



Sentencia 7784 de 2002 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

RETIRO DEL SERVICIO / INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES / REINTEGRO - Solicitud improcedente / NOTIFICACIÓN - Falta de la misma / INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - Evolución normativa / PENSION DE INVALIDEZ - Irregularmente reconocida en forma oficiosa / RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Procedencia

Según lo expuesto son dos los problemas jurídicos a resolver. El primero, establecer si la demanda presentada es inepta, por las razones aducidas por el Tribunal. Y el segundo, determinar si la resolución No. 000348 de 1994 expedida por el Gerente del Instituto de los Seguros Sociales, Seccional Huila, mediante la cual se retiró del servicio a la señora MARIA IDALY POLANIA DE GUTIERREZ fue expedida conforme a derecho o si como lo afirma la parte demandante la misma es anulable por los cargos señalados en la demanda. Del recuento probatorio relacionado se establece que el Instituto de los Seguros Sociales retiró del servicio activo a la demandante señora MARIA IDALY POLANIA DE GUTIERREZ, mediante resolución No. 000348 del 29 de marzo de 1994, motivando su retiro en el hecho de que se le reconoció una pensión por invalidez permanente total de origen no profesional. La notificación de la resolución en comento no cumplió con los preceptos del artículo 44 del C.C.A., concretamente, no se probó que la administración haya efectuado la notificación personal o, por lo menos, que lo haya intentado tal como lo ordena el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo. Al no estar debidamente notificada, la demandante estaba facultada para demandar sólo la resolución que la retiró del servicio, previa ocurrencia del silencio administrativo negativo porque, al momento de presentar la demanda, no le se le había notificado la decisión respecto de la reclamación presentada. Por lo anteriormente expuesto, la Sala revocará la providencia recurrida y en su lugar entrará a resolver el fondo del asunto. Entrando al fondo del asunto, se tiene que la parte demandante pretende la anulación de la resolución que la retiró del servicio por una incapacidad laboral decretada en tanto fue expedida con falsa motivación, desviación de poder, incompetencia y violación normativa. Aplicando la sentencia al caso concreto (C-579 de 1996, Corte Constitucional) y respetando las situaciones consolidadas, la demandante era funcionaria de la seguridad social vinculada por una relación legal y reglamentaria al momento de su retiro del servicio y de la presentación la demanda, por lo cual esta jurisdicción era la competente para definir si su retiro se efectuó conforme a derecho. Conforme a los anteriores planteamientos para la Sala es claro que el acto administrativo acusado es anulable por expedición irregular ya que retiró del servicio a la actora cuando el procedimiento administrativo de calificación de invalidez y reconocimiento pensional no se encontraba terminado. La irregularidad que cometió la entidad demandada al disponer el retiro de la actora antes de que se hubieran resuelto los recursos interpuestos contra la resolución que reconoció la pensión de invalidez y, especialmente, al ejecutar un acto administrativo que no se encontraba en firme, contrariando el artículo 65 del C.C.A., lesiona las garantías legales y constitucionales del debido proceso. Además de lo anterior, la resolución se encuentra viciada de falsa motivación porque la manifestación unilateral de la administración se fundamentó en hechos que no existieron o que, por lo menos, son diferentes a los expuestos por la administración para retirar del servicio a la demandante. Está debidamente acreditado que los supuestos de retiro de la demandante no fueron ciertos, o, en todo caso fueron desvirtuados e inexactos, configurándose de esta forma la causal de anulación de falsa motivación consagrada en el artículo 84 del C.C.A., al no existir congruencia entre los motivos y la decisión. Como consecuencia de lo anterior, se anulará el acto administrativo demandado y se ordenará el consiguiente restablecimiento del derecho consistente en el pago de los salarios dejados de percibir por parte de la actora, se negará la condena referente al pago de perjuicios morales y materiales porque no se demostraron en el proceso. No se ordenará el reintegro de la demandante por cuanto durante el trámite del presente proceso solicitó y obtuvo el reconocimiento de su pensión de jubilación mediante resolución No.00033 de 1998.

NOTA DE RELATORIA: Cita sentencia C-579 del 30 de octubre de 1996 de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado: Fallo del 17 de septiembre de 1990, Expediente 3778; sentencia del 18 de febrero de 1999, Sección Tercera, expediente 10775, M.P. Dr. RICARDO HOYOS DUQUE; Sentencia del 28 de agosto de 1996, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Exp. S-638, M.P. Dr. Carlos A. Orjuela Góngora.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "B"

Consejero ponente: JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de abril de dos mil dos (2002).

Rad. No.: 41001-23-31-000-1994-7784-01(1767-01)

Actor: MARIA IDALY POLANIA DE GUTIERREZ

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, SECCIONAL HUILA

AUTORIDADES NACIONALES.-

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 20 de noviembre de 2000, proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, que declaró probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda propuesta por la entidad demandada en la demanda incoada por MARIA IDALY POLANIA DE GUTIERREZ contra el Instituto de Seguros Sociales, Seccional Huila.

LA DEMANDA

Estuvo encaminada a obtener la nulidad de la resolución No. 000348 de 1994, que carece de fecha específica, y no fue notificada, expedida por el Gerente del Instituto de Seguros Sociales, Seccional Huila, mediante la cual se retiró del servicio a MARIA IDALY POLANIA DE GUTIERREZ, quien desempeñaba el cargo de Ayudante de Servicios Asistenciales (Laboratorio) Clase I, Grado 9, con dedicación completa en Laboratorio Clínico, Centro de Atención Especializada de Urgencias y Servicios de Apoyo de Neiva .

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho solicitó condenar al Instituto de los Seguros Sociales, Seccional Huila, a reintegrar a la demandante al cargo que desempeñaba al momento de su desvinculación o a otro de superior categoría y remuneración; a reconocerle y pagarle los salarios dejados de percibir con los incrementos legales y convencionales desde la fecha del retiro y hasta cuando sea reintegrada, incluyendo todos los factores que integran dicha remuneración, así como las prestaciones sociales compatibles con el reintegro tales como primas, bonificaciones, vacaciones y demás emolumentos inherentes al cargo desde el retiro y hasta el reintegro, incluyendo el valor de los aumentos que se hubieren decretado con posterioridad a su retiro del servicio; considerar que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios desde el retiro hasta el reintegro y condenar a la entidad demandada al resarcimiento de los perjuicios económicos y morales ocasionados con la desvinculación laboral, los que se considerarán conforme a los hechos y pruebas, y al pago de las costas y agencias en derecho. El Instituto demandado cumplirá el fallo dentro de los 30 días siguientes a su ejecutoria.

Para fundamentar las pretensiones, expuso, en síntesis, los siguientes hechos:

La demandante MARIA IDALY POLANIA DE GUTIERREZ se vinculó al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, SECCIONAL HUILA, el 11 de febrero de 1967, en el cargo de Ayudante de Servicios Asistenciales (Laboratorio), Clase I, Grado 9, con dedicación completa en el Laboratorio Clínico Centro de Atención Especializada de Urgencias y Servicios de Apoyo de Neiva, cargo en el cual permaneció hasta el 30 de marzo de 1994, fecha en la cual el Instituto la retiró del servicio mediante el acto administrativo cuya nulidad se solicita.

Según lo expuesto en la Resolución demandada, los motivos por los cuales se retiró a la demandante fueron:

“... mediante oficio 942272 del 24 de marzo de 1994 le reconoce PENSION POR INCAPACIDAD a partir del 1 de abril de 1994”.

“...el artículo 77 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969 y 32 del Decreto 1042 de 1978, prohíben la percepción de más de una asignación del Tesoro Público SALVO LAS EXCEPCIONES CONTEMPLADAS EN LA LEY”.

“...la pensión por INCAPACIDAD que le reconoce el Instituto de Seguros Sociales es INCOMPATIBLE con la ASIGNACION QUE PERCIBE DEL INSTITUTO DE SEGUROS COMO TRABAJADORA ACTIVA”. (Negrillas y Subrayas del texto).

La demandante afirma que como antecedentes de la decisión adoptada por el Instituto de Seguros Sociales se presentaron los siguientes hechos: constantemente la Jefe de la División de Personal le manifestó su interés de desvincularla de la entidad, sin que ella hubiera dado ningún motivo para ello; esa misma funcionaria, utilizando al parecer sus influencias y jerarquía institucional, logró que a MARIA IDALY le expidieran incapacidades sin que previamente un médico la evaluara, es decir, de oficio y sin que la demandante hubiese asistido al médico, se le expidieron incapacidades de origen no profesional, no obstante que dichas incapacidades corresponden a períodos en los cuales se encontraba laborando en perfectas condiciones; la pensión contenida en la resolución acusada fue concedida de oficio sin que mediara solicitud alguna por parte de la demandante, es decir, ella nunca solicitó el reconocimiento y pago de la pensión por incapacidad y existen conceptos médicos que señalan que las alteraciones orgánicas que presenta la ex trabajadora no le impiden ejecutar las labores encomendadas por la entidad.

Agrega la actora que nunca le fue notificada la resolución demandada, tal como lo establece el Código Contencioso Administrativo, por cuanto el Instituto de los Seguros Sociales no le dio cumplimiento a la preceptiva contenida en el artículo 44 ibídem y, por el contrario, procedió a notificar el acto administrativo mediante edicto sin haberla requerido para notificarla personalmente, omisión que, considera, sólo pretendía negarle el derecho de defensa y de contradicción que le asiste. Tampoco le fue notificada en debida forma la resolución que le reconoció la pensión por incapacidad.

La accionante, al enterarse de la decisión adoptada por la entidad demandada, la impugnó mediante escrito del 11 de abril de 1994, poniendo de presente que se hallaba en condiciones de seguir laborando e indicando tanto las consultas médicas como los conceptos que relatan que se encuentra en condiciones de seguir laborando a cabalidad pero hasta la fecha de presentación de la demanda la entidad no ha desatado el recurso interpuesto.

Si bien es cierto la demandante padece una enfermedad de origen no profesional, también lo es que su dolencia no la incapacita para realizar a cabalidad la actividad laboral encomendada por el I.S.S.

Afirma la actora que no es cierto que el reconocimiento de una pensión provisional como lo es la pensión a ella reconocida sea justa causa de despido, como tampoco lo es que el artículo 2º de la resolución No. 06052 del 15 de noviembre de 1991 autorice al Gerente del Instituto de Seguros Sociales, Seccional Huila, para proceder conforme lo hizo, por cuanto tal norma preceptúa que los Gerentes tienen por delegación la facultad de retirar del servicio al funcionario por motivos de invalidez absoluta, y la demandante, tal como lo manifestó la misma entidad, presenta una incapacidad y no una invalidez absoluta.

De igual manera considera la parte actora que no es cierto que el percibir una pensión sea incompatible con el hecho de percibir simultáneamente un salario u otra pensión, según lo establecido en el artículo 8º del Decreto Ley 433 de 1971, y tampoco existe norma que autorice a un funcionario para pedir la expedición de una incapacidad a nombre de un tercero ni para solicitar el reconocimiento de oficio de una pensión a favor de un tercero.

Finalmente insiste la demandante en que la decisión adoptada por el Instituto de los Seguros Sociales le ha ocasionado graves perjuicios de índole moral y económico, violándose de paso por parte de la entidad el derecho fundamental al trabajo consagrado constitucionalmente.

NORMAS VIOLADAS

Artículos 16, 20 y 30 de la Constitución de 1886; 2º inciso final, 4, 5, 6, 13, 25, 34, 53, 58, 90, 209 y 373 de la Constitución Política de 1991; 2 literal b del decreto ley 3118 de 1968; y, 85, 137 y 206 del C.C.A.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo del Huila, se refirió a las excepciones propuestas por la entidad demandada y consideró probada la ineptitud sustantiva de la demanda.

La alegada falta de competencia en realidad corresponde a una falta de jurisdicción por considerar que los asuntos relacionados con la calidad de empleada de la seguridad social de la demandante son del conocimiento de la jurisdicción laboral y no de la contenciosa pero, observa la Sala, la demandante ostentaba la calidad de empleada de la seguridad social en virtud de una situación legal y reglamentaria de naturaleza especial y no de un vínculo derivado de un contrato de trabajo y, por ende, la jurisdicción contencioso administrativa es la llamada a conocer de los asuntos laborales relacionados con esta categoría de empleados.

No halló probadas el Tribunal las excepciones de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones, ni que el acto a demandar fuera un acto administrativo complejo.

Consideró procedente la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por inadecuada integración de los actos administrativos demandados, al tenor de lo dispuesto en el artículo 138 del Código Contencioso Administrativo: "(...) si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también deberán demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen; pero si fue revocado, sólo procede demandar la última decisión", toda vez que por resolución No. 00643 del 20 de mayo de 1994, notificada por edicto desfijado el 14 de junio del mismo año, se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el acto acusado; la demanda se presentó el 11 de julio de 1994, luego para esa fecha ya le era oponible a la actora la resolución mencionada, por tanto no operó el fenómeno del silencio administrativo negativo invocado, y debió demandarse igualmente esta resolución; al no hacerlo, no se integró adecuadamente el acto administrativo demandado y, en consecuencia, se configura la excepción propuesta.

EL RECURSO

La parte actora impugnó la decisión del Tribunal argumentando que mal podía la demandante enterarse del acto administrativo que desataba el recurso de reposición, puesto que de las pruebas obrantes en el expediente se establece que el Seguro Social no agotó el requisito previo y obligatorio de notificar dicha providencia de manera personal antes de proceder a su notificación por edicto, puesto que esta última es subsidiaria de la primera, razón por la cual sí se presentó la figura del silencio administrativo y por ende es procedente acceder a lo peticionado en la demanda.

Apoya su alegato, entre otras, en las siguientes providencias de esta Corporación y de la Corte Constitucional: Sentencia de abril 17 de 1997, Expediente 3358, Consejo Ponente: Dr. Juan Alberto Polo Figueroa; Auto de Mayo 20 de 1975 Sección Cuarta; Sentencia de Septiembre 1º de 1995, Expediente AC.2928 Magistrado Ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo; Sentencia T-419 del 23 de septiembre de 1994, Expediente T-38881 Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia 8022 del 7 de Marzo de 1997 Magistrada Ponente, Doctora Consuelo Sarria Olcos; Sentencia C-339 del 1 de Agosto de 1996 Magistrado Ponente doctor Julio Cesar Ortíz Gutiérrez, entre otras.

Concluye diciendo que la administración tenía la obligación de notificar en legal y debida forma la resolución mediante la cual resolvía el recurso interpuesto, y mal hace ahora al alegar en su favor su propia culpa, amén de que la falta de información por parte del ente demandado de los recursos que procedían contra el "presunto acto administrativo notificado", conlleva unas consecuencias por cuanto el principio constitucional del debido proceso se ve alterado al no proceder la administración conforme a la ley. En su respaldo cita apartes de las sentencias de esta Corporación del 3 de Julio de 1982 y del 7 de Septiembre de 1988 y del auto de 20 de Septiembre de 1985.

CONSIDERACIONES

Según lo expuesto son dos los problemas jurídicos a resolver. El primero, establecer si la demanda presentada es inepta, por las razones aducidas por el Tribunal. Y el segundo, determinar si la resolución No. 000348 de 1994 expedida por el Gerente del Instituto de los Seguros Sociales, Seccional Huila, mediante la cual se retiró del servicio a la señora MARIA IDALY POLANIA DE GUTIERREZ fue expedida conforme a derecho o si como lo afirma la parte demandante la misma es anulable por los cargos señalados en la demanda.

1) En el expediente aparecen las siguientes pruebas:

- Resolución No. 000348 de 29 de marzo de 1994, por la cual se retira del servicio activo a MARIA IDALY POLANIA DE GUTIERREZ, expedida por el Gerente del Instituto de los Seguros Sociales, Seccional del Huila. Folios 22 y 23 del cuaderno principal.
- Resolución No. 000668 de 1994, suscrita por el Gerente del Instituto de los Seguros Sociales, Seccional del Huila, por la cual se produce el retiro del escalafón de la carrera de funcionario de Seguridad Social de la actora. Folio 24.
- Resolución No. 002606 de 1994, mediante la cual se reconoció pensión por invalidez permanente total de origen no profesional a MARIA IDALY POLANIA DE GUTIERREZ, expedida el 27 de abril de 1994. Folio 26.
- Oficio 000384 calendarado el 30 de marzo de 1994, mediante el cual se envía copia de la resolución No. 000348 del 29 de marzo de 1994 a la actora. Folio 28.
- Recursos de reposición y en subsidio de apelación interpuestos por la demandante el 11 de abril de 1994 contra la resolución No. 000348 de 1994. Folios 31 a 33.
- Escrito de ampliación de los recursos contra la resolución No. 000348 de 1994 suscrito por la demandante. Folios 34 y 35.
- Concepto médico de fecha 15 de octubre de 1993, suscrito por la Doctora Nohemy Casas de Salamanca, Reumatóloga UPI 03 del Instituto de los Seguros Sociales, en el cual concluye respecto de la demandante que es “una paciente con un LES inactivo, con capacidad funcional I que no amerita bajo ningún parámetro, pensión por invalidez”. Folio 36.
- Concepto médico de 20 de enero de 1994, suscrito por la Doctora Giovanna Roza Villalobos, Médico Fisiatra UPI 03 del Instituto de los Seguros Sociales en el cual se lee en relación con IDALY POLANIA “se encuentra una paciente que no presenta incapacidad funcional ni laboral”. Folio 38.
- Oficio No. 942272 calendarado el 2 de marzo de 1994, suscrito por el Jefe de Sección Nacional de Prestaciones Económicas del Instituto de Seguros Sociales, en donde se refiere que atendiendo la solicitud de pensión por incapacidad presentada por la demandante el 26 de enero de 1994, el Instituto de Seguros Sociales, al establecer que se cumplen los requisitos legales exigidos, ha determinado conceder la prestación a partir del 1º de abril de 1994; en consecuencia solicita tramitar la desafiliación de la actora como trabajadora activa del Instituto. Folio 43.
- Recurso de reposición y en subsidio apelación contra la resolución No. 02606 de 1994, suscrito por la señora MARIA IDALY POLANIA DE GUTIERREZ, en el cual manifiesta que en ningún momento ha presentado solicitud de pensión por invalidez, tal como lo indica el considerando de la resolución impugnada y que, por el contrario, goza de un estado de salud satisfactorio y posee las capacidades necesarias para desempeñar a satisfacción sus labores. Folios 45 y 46.

· Resolución No. 06052 del 15 de Noviembre de 1991, expedida por el Director General del Instituto de Seguros Sociales, por la cual se delegan funciones en materia de personal y, en su artículo 2º, faculta a los Gerentes Seccionales para retirar a los funcionarios de planta a quienes le haya sido otorgada pensión por invalidez. Folios 47 a 56.

· Resolución No. 000643 expedida el 20 de Mayo de 1994 por el Gerente del Instituto de Seguros Sociales, Seccional Huila, por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la actora contra la resolución No. 000348 del 29 de marzo de 1994, confirmándola. Folio 74 y 75.

· Oficio calendarado el 27 de mayo de 1994, dirigido a la actora, suscrito por la Jefe de División de Personal del Instituto de Seguros Sociales, Seccional Huila, por el cual se solicita a la actora presentarse en esa División con el fin de notificarle personalmente el contenido de la Resolución No. 000643 del 20 de mayo de 1994. Folio 76.

· Edicto fijado el 30 de mayo de 1994, por el cual se notifica la resolución No. 000643 del 20 de mayo de 1994 a la actora. Folio 77.

· Fotocopia de la hoja de vida de la actora, vista de folios 114 a 423, en la cual se destacan: la resolución No. 001401 del 15 de marzo de 1995, mediante la cual se resuelve recurso de reposición contra la resolución No. 002606 del 27 de abril de 1994 ordenando su revocatoria y, en consecuencia, se suspende la pensión por invalidez común concedida a la actora. Folios 170 y 171. Resolución No. 00033 del 27 de enero de 1998, por la cual se concede una pensión de jubilación a la actora a partir del 15 de mayo de 1996. Folios 131 a 133.

2) Del recuento probatorio relacionado se establece que el Instituto de los Seguros Sociales retiró del servicio activo a la demandante señora MARIA IDALY POLANIA DE GUTIERREZ, mediante resolución No. 000348 del 29 de marzo de 1994, motivando su retiro en el hecho de que se le reconoció una pensión por invalidez permanente total de origen no profesional.

La demandante, mediante escrito presentado el 11 de abril de 1994, interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la resolución No. 000348 de 1994, ampliándolo mediante oficio visto a folios 34 y 35 del cuaderno principal.

La administración desató el mencionado recurso mediante la resolución No. 000643 del 20 de Mayo de 1994; que, según la demandante, nunca le fue notificada.

Ahora bien, al manifestar que nunca le fue notificada la resolución que resolvió el recurso interpuesto en vía gubernativa, tal afirmación es una negación indefinida, la que por su naturaleza y al tenor de lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al asunto por remisión del artículo 168 del C.C.A., no requiere prueba.

En este orden de ideas es a la parte demandada a quien le corresponde infirmar la negación indefinida y aportar las pruebas que tiendan a demostrar su dicho, lo que no ocurrió en el presente asunto, antes, por el contrario, se demostró que la notificación por edicto realizada no se hizo conforme lo autoriza el Código Contencioso Administrativo y, por lo mismo, no puede tenerse por surtida.

Para la notificación de las decisiones de la administración los artículos 44, 45 y 48 del Código Contencioso Administrativo, en su orden, establecen:

“ART. 44.- Deber y forma de la notificación personal. Las decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, o a su representante o apoderado.

Si la actuación se inició por petición verbal, la notificación personal podrá hacerse de la misma manera.

Si no hay otro medio más eficaz de informar al interesado, para hacer la notificación personal se le enviará por correo certificado una citación a

la dirección que aquel haya anotado al intervenir por primera vez en la actuación, o en la nueva que figure en comunicación hecha especialmente para tal propósito. La constancia del envío de la citación se anexará al expediente. El envío se hará dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto.

No obstante lo dispuesto en este artículo, los actos de inscripción realizados por las entidades encargadas de llevar los registros públicos se entenderán notificados el día en que se efectúe la correspondiente anotación.

Al hacer la notificación personal se entregará al notificado copia íntegra, auténtica y gratuita de la decisión, si ésta es escrita.

En la misma forma se harán las demás notificaciones previstas en la parte primera de este Código.

ART.45.- Si no pudiere hacer la notificación personal al cabo de cinco (5) días del envío de la citación, se fijará edicto en lugar público del respectivo despacho, por el término de diez (10) día, con inserción de la parte resolutive de la providencia.

ART. 48.- Falta o irregularidad de las notificaciones. Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación ni producirá efectos legales la decisión, a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga con ella o utilice en tiempo los recursos legales.

Tampoco producirán efectos legales las decisiones mientras no se hagan las publicaciones respectivas en el caso del artículo 46. (Desatacado no es del texto)

La notificación de la resolución en comento no cumplió con los preceptos del artículo 44 del C.C.A., concretamente, no se probó que la administración haya efectuado la notificación personal o, por lo menos, que lo haya intentado tal como lo ordena el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo.

No aparece dentro del expediente prueba alguna que evidencie la diligencia de la administración para lograr la notificación personal de que trata el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo, ya citado, solamente obra un oficio calendado el 27 de mayo de 1994, dirigido a la actora, pero carente de dirección y sin constancia de recibido, donde se le solicita presentarse a la División de Personal de la entidad con el fin de notificarle personalmente el contenido de la resolución No. 000643 del 20 de mayo de 1994, oficio que, tal como aparece a folio 76 del expediente, no constituye prueba suficiente ni fehaciente de la diligencia de la administración para efectuar la notificación personal de que trata el ya citado artículo 44 del C.C.A., como tampoco aparece constancia del envío por correo certificado por parte del Instituto de Seguros Sociales de una citación a la dirección consignada ante dicha entidad por la demandante, de tal suerte que la actuación de la administración conforme a lo que aparece probado en el expediente solo evidencia una indebida notificación.

Al no estar debidamente notificada, la demandante estaba facultada para demandar sólo la resolución que la retiró del servicio, previa ocurrencia del silencio administrativo negativo¹ porque, al momento de presentar la demanda, no le se le había notificado la decisión respecto de la reclamación presentada.

Por lo anteriormente expuesto, la Sala revocará la providencia recurrida y en su lugar entrará a resolver el fondo del asunto.

3) Entrando al fondo del asunto, se tiene que la parte demandante pretende la anulación de la resolución que la retiró del servicio por una incapacidad laboral decretada en tanto fue expedida con falsa motivación, desviación de poder, incompetencia y violación normativa por las siguientes razones: 1) Existía animadversión de la Jefe de la División de Personal respecto de la demandante, y aquella la amenazó con lograr su desvinculación; 2) Dicha funcionaria, utilizando influencias y jerarquía institucional, sin el consentimiento o la presencia de la demandante logró que la incapacitaran médicamente. 3) La pensión de invalidez con fundamento en la cual se expidió el acto administrativo de retiro fue reconocida sin petición de parte, violando lo dispuesto por el artículo 1º del Decreto 758 de 1990; 4) La pensión transitoria de incapacidad no impide que la demandante pueda seguir laborando y dicha prestación es compatible con el sueldo; 5) No se le notificó la resolución demandada ni se le dio oportunidad para interponer recursos y los interpuestos, a la fecha de presentación de la demanda no se han resuelto; 6) El Director Seccional no podía retirarla del servicio porque este funcionario sólo puede retirar por invalidez absoluta y no por incapacidad; 7) La causal de retiro invocada es inexistente; y 8) Existen conceptos médicos que señalan que la demandante no está incapacitada para laborar

La entidad demandada se opuso a los anteriores planteamientos, señalando que el retiro de la demandante fue producto de la mera constatación de un "hecho incontrolable" y que no es compatible el pago de "lo absolutamente contradictorio" porque no puede el demandante ser al mismo tiempo dos cosas absolutamente diferentes, ser incapaz para laborar, según las calificaciones realizadas por expertos, y ser capaz para seguir laborando.

Asimismo propuso las siguientes excepciones: a) incompatibilidad de pretensiones con los hechos de la demanda porque la demandante pretende el pago de una pensión por incapacidad y seguir laborando; b) carencia de fundamento de las pretensiones porque las normas no le dan el derecho pretendido; c) indebida acumulación de pretensiones e inepta demanda porque la demandante pide el restablecimiento del

derecho y de otra parte el pago de una indemnización; d) falta de competencia porque el Instituto de Seguros Sociales es una Empresa Industrial y Comercial del Estado conforme a lo dispuesto por los artículos 33 y 36 del Decreto 461 de 1994, que prevén que todos sus actos son gobernados por las normas del derecho privado y porque la demandante no está dentro de la clasificación de los empleados públicos allí señalada; e) la solicitud de nulidad está incompleta porque no demandó la nulidad de la resolución 02606 del 27 de abril de 1994, que reconoció la incapacidad, y fue la que generó el retiro del servicio; y f) incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 138 del C.C.A., al no demandar la proposición jurídica completa.

La Sala desestima las excepciones de los literales a), b) y f) porque las dos primeras corresponden al fondo del asunto y no pueden tratarse como excepciones. Y la última porque, como ya se señaló, la demandante no estaba obligada a demandar la totalidad del acto complejo pues no aparece debidamente notificada de la última decisión.

La excepción de indebida acumulación de pretensiones (literal c) no prospera porque el artículo 85 del C.C.A., autoriza la inclusión de las dos pretensiones, restablecimiento e indemnización, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

La excepción de falta de jurisdicción (literal d) en atención a que siendo el Instituto de Seguros Sociales una Empresa Industrial y Comercial del Estado, conforme a lo dispuesto por los artículos 33 y 36 del Decreto 461 de 1994, todos sus actos son gobernados por las normas del derecho privado y la demandante no está dentro de la clasificación de los empleados públicos allí señalada, también se desestima por las siguientes razones:

Según lo estableció el artículo 4o. del Decreto No.2324 de 1948, los empleados y obreros del Instituto de Seguros Sociales y de las Cajas Seccionales tenían la categoría de trabajadores particulares.

Posteriormente el Decreto No 433 de 1971, por el cual se reorganizó el Instituto de Seguros Sociales, le otorgó al citado organismo el carácter de establecimiento público con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio e independiente, adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Luego se expidió el Decreto No.1651 de 1977 ¹, cuyo artículo 3o. previó la creación de una tercera modalidad de servidores, además de los empleados públicos y los trabajadores oficiales, los así denominados funcionarios de seguridad social. Dicho precepto dispuso que tendrían la calidad de empleados públicos de libre nombramiento y remoción aquellos que desempeñaran funciones de carácter directivo, a saber el director y secretario general así como los gerentes y subdirectores seccionales, regidos por las mismas normas previstas para esa clase de funcionarios en la Rama Ejecutiva. Serían trabajadores oficiales los que se ocuparan de labores como aseo, jardinería, electricidad, mecánica, cocina, celaduría, lavandería, costura, planchado de ropa y transporte. Los demás funcionarios del Instituto ostentarían la categoría de funcionarios de la seguridad social, vinculados por relación legal y reglamentaria, con la particularidad de poder negociar convenciones colectivas con la entidad. Esta última categoría fue establecida para comprender en ella a los trabajadores de la salud, de distintos niveles y ocupaciones.

Más adelante, el Decreto No.413 de 1980, por el cual se reglamentó la carrera del funcionario de seguridad social del Instituto de Seguros Sociales, estableció en sus artículos 2o., 3o. y 4o. que las personas que prestaran sus servicios en el Instituto de Seguros Sociales se clasificarían en empleados públicos y funcionarios de seguridad social.

Según el Decreto No.2148 del 30 de diciembre de 1992, disposición por la cual se reestructuró el Instituto de Seguros Sociales, la entidad se organizó 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. Esta naturaleza jurídica fue ratificada por el artículo 275 de la Ley 100 de 1993, agregando que el régimen de los cargos de dicha entidad sería el consagrado en el Decreto Ley No.1651 de 1977 y estipulando la posibilidad de realizar encargos fiduciarios, en los términos del numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Por su parte, el párrafo del artículo 235 de la Ley 100 de 1993, dispuso que los trabajadores del Instituto de Seguros Sociales mantendrían el carácter de empleados de la seguridad social.

Más tarde el Acuerdo No.063 del 29 de junio de 1994, aprobado por Decreto No.1754 del 3 de agosto del mismo año, reiteró la clasificación de los cargos de servidores del Instituto de Seguros Sociales en empleados públicos, funcionarios de seguridad social y trabajadores oficiales e indicó qué cargos del Instituto correspondían a cada una de las categorías, estableciendo, en el caso de los funcionarios de seguridad social, la distinción entre los discrecionales y los de carrera, en la primera de las cuales ubicó el cargo de jefe de departamento. Esta disposición fue reformada por el Acuerdo No.082 de 1995, aprobado por el Decreto No 656 del 26 de abril de 1995.

Posteriormente, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-579 del 30 de octubre de 1996², suprimió la categoría de funcionarios de la seguridad social por considerar que siendo el Instituto de Seguros Sociales una empresa industrial y comercial del Estado sus trabajadores debían ostentar, por regla general, la calidad de trabajadores oficiales y, excepcionalmente, según lo dispusieran los estatutos de la entidad, la de empleados públicos, condición reservada para quienes cumplieran funciones de dirección y confianza.

Es más, dicha sentencia, que declaró inexecutable el parágrafo del artículo 235 de la Ley 100 de 1993 y 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”*, conforme a lo autorizado por el artículo 45 de la ley 270 de 1993, fijó los efectos de la providencia hacia el futuro, a partir de su ejecutoria, dejando a salvo situaciones “consumadas con anterioridad a la misma”.

Aplicando la sentencia al caso concreto y respetando las situaciones consolidadas, la demandante era funcionaria de la seguridad social vinculada por una relación legal y reglamentaria al momento de su retiro del servicio y de la presentación la demanda, por lo cual esta jurisdicción era la competente para definir si su retiro se efectuó conforme a derecho.

Finalmente la excepción e), atinente a que la solicitud de nulidad está incompleta porque no se demandó la nulidad de la resolución 02606 del 27 de abril de 1994 que reconoció la incapacidad y fue la que generó el retiro del servicio, tampoco prospera porque, en criterio de la Sala, el acto que presuntamente lesionó el derecho de la actora fue el contenido en la resolución demandada que la retiró del servicio y la calificación de incapacidad para seguir laborando constituyó sólo la motivación del acto y se trató de dos actos independientes pues éste fue proferido casi un mes después de expedida la resolución No. 0348 de 29 de marzo de 1994, que la desvinculó del servicio, para la cual únicamente se tuvo en cuenta el oficio 942272 del 24 de marzo de 1994, visible a folio 72, y el dictamen médico laboral del 5 de abril de 1993, visible a folio 71, actos de trámite no susceptibles de ser acusados ante esta jurisdicción (artículo 135 del C.C.A.).

Desestimadas las excepciones entra la Sala a estudiar las pretensiones.

El fundamento del retiro del servicio de la demandante lo constituye la evaluación médico laboral y el oficio aludido 942272 del 24 de marzo de 1994 según el cual como reúne los requisitos para el reconocimiento de una pensión por incapacidad se la concede a partir del 1º de abril de 1994 y solicita su “desafiliación como trabajador activo”, es más, la administración lo hizo de oficio, pues la actora no presentó petición de pensión de invalidez como dice el oficio, o por lo menos, en el expediente no se demostró.

La resolución No. 002606 del 27 de abril de 1994 le otorgó la pensión por invalidez permanente total de origen no profesional y señaló que contra la resolución proceden los recursos de reposición y en subsidio apelación.

La demandante interpuso los recursos indicados (folio 45 y 46) solicitando tener como prueba los dictámenes médicos que obran en la historia clínica, que en el expediente aparecen de folios 36 a 41, según los cuales puede continuar laborando y no amerita el reconocimiento de una pensión por invalidez.

La resolución No. 001401 del 15 de mayo de 1994 al desatar el recurso de reposición revocó la resolución recurrida al descubrir el Instituto de los Seguros Sociales que le había otorgado pensión por invalidez común a una funcionaria que, según el dictamen médico laboral, no ameritaba ser calificada como inválida.

Conforme a los anteriores planteamientos para la Sala es claro que el acto administrativo acusado es anulable por expedición irregular ya que retiró del servicio a la actora cuando el procedimiento administrativo de calificación de invalidez y reconocimiento pensional no se encontraba terminado.

La irregularidad que cometió la entidad demandada al disponer el retiro de la actora antes de que se hubieran resuelto los recursos interpuestos contra la resolución que reconoció la pensión de invalidez y, especialmente, al ejecutar un acto administrativo que no se encontraba en firme, contrariando el artículo 65 del C.C.A., lesiona las garantías legales y constitucionales del debido proceso.

Además de lo anterior, la resolución se encuentra viciada de falsa motivación porque la manifestación unilateral de la administración se

fundamentó en hechos que no existieron o que, por lo menos, son diferentes a los expuestos por la administración para retirar del servicio a la demandante

En efecto dentro del proceso se constata que la demandante padece una enfermedad denominada LUPUS ERITEMATOSO SISTEMICO, que según los dictámenes médicos que obran de folios 36 a 40 no amerita bajo ningún parámetro pensión por invalidez pues no presenta incapacidad funcional ni laboral por lo que puede continuar sus labores habituales.

Estos criterios médicos contrastan con el dictamen pericial que obra a folio 71, que le otorga una incapacidad laboral del 85% y la califica como acreedora a pensión de invalidez.

El a quo, aceptando la prueba solicitada por la demandante (folio 20) la remitió al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Sección Medicina Laboral con el fin de que se calificara su incapacidad laboral.

El dictamen médico laboral practicado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Regional Huila el 22 de diciembre de 1998, concluyó (folio 181 cuaderno de pruebas):

“En resumen se trata de una paciente con lupus eritematoso sistémico que recibe tratamiento con tegetol, fenobarbital y azatioprina y actualmente no presenta manifestaciones clínicas de la enfermedad.

De lo anterior se concluye que la señora MARIA IDALY POLANIA DE GUTIERREZ puede desempeñarse como auxiliar de laboratorio clínico.”

De acuerdo con la jurisprudencia, “Cuando existen conceptos médicos que discrepan en cuanto a la disminución de la capacidad laboral del funcionario, la Sala ha sostenido que debe darse prelación al dictamen que emitan los peritos dentro del proceso, dado que puede ser controvertido como medio de prueba, lo que no acontece con las evaluaciones médicas realizadas en los trámites administrativos de reconocimiento de pensión de invalidez.” (Fallo del 17 de septiembre de 1990, Expediente No. 3778).

Es decir, está debidamente acreditado que los supuestos de retiro de la demandante no fueron ciertos, o, en todo caso fueron desvirtuados e inexactos, configurándose de esta forma la causal de anulación de falsa motivación consagrada en el artículo 84 del C.C.A., al no existir congruencia entre los motivos y la decisión.

Como consecuencia de lo anterior, se anulará el acto administrativo demandado y se ordenará el consiguiente restablecimiento del derecho consistente en el pago de los salarios dejados de percibir por parte de la actora, se negará la condena referente al pago de perjuicios morales y materiales porque no se demostraron en el proceso.

No se condenará en costas y agencias en derecho porque no se observó temeridad o mala fe en la defensa por parte de la entidad demandada, sobre el particular, esta Corporación ha sostenido:

“ El artículo 55 de la ley 446 de 1998, que modificó el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, faculta al juez para condenar en costas a la parte vencida pero en consideración a la conducta asumida por ella. Dice la norma:

‘ En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil’. (...)

La nueva disposición contiene dos modificaciones sustanciales: a) posibilita la condena en costas para la entidad pública vencida, pues bajo la vigencia del artículo 171 del C.C.A. sólo se permitía dicha condena para el litigante particular vencido en el proceso, incidente o recurso, con lo cual se atiende por este aspecto al principio de igualdad de las partes y, b) exige una valoración subjetiva para su condena, en tanto que en la

norma anterior el criterio para su procedencia era simplemente objetivo, pues remitía al artículo 392 del Código de Procedimiento Civil.

En la nueva regulación de las costas en el proceso administrativo no basta entonces que la parte sea vencida, toda vez que se requiere una valoración de la conducta observada por ella en el proceso. La dificultad surge al determinar los criterios que debe tener en cuenta el juez para decidir cuando la conducta de la parte justifica la condena en costas.

La norma remite así a lo que la doctrina ha denominado "cláusulas abiertas" o "conceptos jurídicos indeterminados", los cuales no dan vía libre a la arbitrariedad del operador jurídico sino a una aplicación razonable de la norma con un mayor margen de apreciación.

Respecto de los criterios jurídicos indeterminados ha sostenido García de Enterría que el margen de apreciación que los conceptos jurídicos indeterminados permiten no implican en ningún caso una discrecionalidad para determinar si ellos objetivamente existen o no³. En este sentido el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo en relación con los actos administrativos señala que "en la medida en que el contenido de una decisión... sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

Es decir que en el caso concreto, la cláusula abierta que contiene el artículo 56 de la ley 446 de 1998 no faculta al juez para decidir a su arbitrio sobre la existencia material de la conducta procesal, sino para resolver en frente de una actuación claramente verificable, cuándo ella amerita la condena al reembolso de los gastos hechos por la parte favorecida con el juicio, incidente o recurso, en consideración a los fines de esa facultad discrecional.

La Sala considera que el juicio que en este caso debe hacerse implica un reproche frente a la parte vencida, pues sólo en la medida en que su actuación no se acomode a un adecuado ejercicio de su derecho a acceder a la administración de justicia sino que implique un abuso del mismo, habrá lugar a la condena respectiva.

En otros términos, en la medida en que la demanda o su oposición sean temerarias porque no asiste a quien la presenta un fundamento razonable, o hay de su parte una injustificada falta de colaboración en el aporte o práctica de pruebas, o acude a la interposición de recursos con un interés meramente dilatorio se considerará que ha incurrido en una conducta reprochable que la obliga a correr con los gastos realizados por la otra parte para obtener un pronunciamiento judicial.

Es claro que el Legislador no ha querido en este caso aplicar un criterio absoluto para determinar a cargo de quién están las costas del proceso y por lo tanto, no es la ausencia de razón en la pretensión u oposición lo que hace sujeto de la sanción a la parte sino su conducta abusiva que implique un desgaste innecesario para la administración y para la parte vencedora.".(sentencia del 18 de febrero de 1999, Sección Tercera de esta Corporación, expediente número 10.775. M.P. Dr. RICARDO HOYOS DUQUE)

Se aceptará la tesis acogida por la Sala en cuanto a la aplicación de los ajustes de valor contemplados en el artículo 178 del C.C.A. (indexación), habida consideración de que se trata de un factor de equidad, en virtud del cual se conserva la capacidad adquisitiva de las sumas de condena.

Para liquidar la indexación la entidad demandada deberá aplicar la fórmula que se señalará en la parte resolutive de esta providencia de manera escalonada, es decir, que el mes más antiguo tendrá una actualización mayor a la de los subsiguientes y el más reciente una menor y, como es lógico, ejecutando una operación aritmética similar en relación con cada aumento o reajuste salarial. O sea, que para ello deberá tomar en cuenta los aumentos o reajustes reconocidos o decretados periódicamente, para deducir la indexación que afecta las sumas causadas mes por mes.

Se ordenará descontar los dineros recibidos como pago de pensión de invalidez porque al no poder coexistir en la demandante las condiciones de capaz e incapaz, activa y retirada, no puede ser acreedora simultáneamente a pensión de invalidez y sueldo de trabajador activo y apto para laborar.

No se ordenará el reintegro de la demandante por cuanto durante el trámite del presente proceso solicitó y obtuvo el reconocimiento de su pensión de jubilación mediante resolución No.00033 de 1998 (visible a folios 131 a 133), a partir del 15 de mayo de 1996.

Los ingresos recibidos por la libelista, con los límites señalados, desde su desvinculación hasta la fecha del reconocimiento de su pensión no constituyen doble asignación al tenor de lo previsto en el artículo 128 de la Carta Política, tal como lo ha venido sosteniendo esta Corporación a partir de la Sentencia del 28 de agosto de 1996, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Exp. S-638, M.P. Dr. Carlos A. Orjuela Góngora.

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

FALLA

Revocase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila del 20 de noviembre de dos mil (2000), en el juicio promovido por MARIA IDALY POLANIA DE GUTIERREZ contra el Instituto de Seguros Sociales, que declaró probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, y en su lugar, se dispone:

1º.- Decrétase la nulidad de la resolución No. 00348 del 29 de marzo de 1994, expedida por el Gerente del Instituto de Seguros Sociales, Seccional del Huila, que retiró a la demandante del cargo de Ayudante de Servicios Asistenciales (laboratorio) clase I, grado 9, dedicación completa, Laboratorio Clínico, Centro de Atención Especializada de Urgencias y Servicios de Apoyo de Neiva en la Seccional del Huila.

2º.- Como consecuencia de lo anterior, condenase al Instituto de Seguros Sociales, a pagar a la demandante la diferencia entre la pensión de invalidez que le fue reconocida y el salario, prestaciones y demás emolumentos correspondientes al cargo que venía ocupando al momento del retiro, desde cuando fue retirada hasta el 15 de mayo de 1996, fecha en que empezó a devengar la pensión de jubilación a petición suya y con su aceptación.

Las sumas anteriores deberán ser reajustadas conforme al artículo 178 del C.C.A., aplicando la siguiente fórmula:

$$R = RH \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente al momento del retiro.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada diferencia salarial, comenzando por la que le correspondía a la actora al momento de su retiro en el cargo, teniendo en cuenta para cada mes que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

3º.- Declárase, para todos los efectos legales y prestacionales, que no existió solución de continuidad en los servicios prestados por la señora MARIA IDALY POLANIA DE GUTIERREZ durante el lapso del reconocimiento a que alude esta providencia, conforme a lo declarado en los numerales anteriores.

4º.- Declárase, con las limitantes señaladas en la parte motiva, que para todos los efectos legales no constituye doble asignación recibida del Tesoro Público, o de empresa o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, lo percibido por la libelista desde la fecha de retiro del cargo por invalidez hasta la de la causación de su status pensional, o sea, el 15 de mayo de 1996.

5º.- Se dará aplicación a los artículos 176 y 177 del C.C.A.

6º.- Niéganse las demás pretensiones.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVA EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 18 de abril de 2002.-

TARSICIO CACERES TORO

ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO

JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE

ENEIDA WADNIPAR RAMOS

Secretaria

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹ Al respecto se considera que el silencio administrativo es un hecho y como tal constituye una garantía del administrado que una vez ocurre puede acceder directamente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sin que sea necesario solicitar expresamente su declaratoria o su anulación como ya se ha indicado por esta Corporación.

² El inciso 2 del artículo 3 de este Decreto fue declarado inexecutable por la sentencia C-579 del 30 de octubre de 1996 de la Corte Constitucional. El texto de dicha norma era el siguiente: “Las demás personas naturales que desempeñen las funciones de que trata el artículo precedente, se denominarán funcionarios de seguridad social (...)”

³ Sentencia C-579 del 30 de octubre de 1996 de la Corte Constitucional, expediente D-1183, magistrado ponente Hernando Herrera Vergara, actor Nemesio Camelo.

Fecha y hora de creación: 2026-05-31 13:58:08