

OFICIO DE COMUNICACION DE SUPRESION DEL CARGO DEL ACTO ADMINISTRATIVO - No tiene el carácter de acto administrativo. Antecedente jurisprudencial / FALLO DE MERITO - Improcedencia frente oficio de comunicación de supresión de cargo

A juicio de la Sala el Oficio N° 821-000818 de 10 de febrero de 2003, suscrito por la Gerente Nacional de Recursos Humanos del Seguro Social, mediante el cual se informó a la actora la supresión de su empleo de Gerente III- 8, es una simple comunicación que no crea, modifica o extingue situación jurídica, sólo se limitó a comunicar la supresión del cargo ordenada por el Gobierno Nacional mediante los Decretos Nos. 2599 de 12 de noviembre de 2002 y 124 de 21 de enero de 2003 que modificaron la estructura de la planta de personal eliminando los cargos de Gerentes por áreas de servicio en una misma regional dejando una sola Gerencia Seccional. En estas condiciones no procede fallo de mérito en relación con el Oficio impugnado, toda vez que no es un acto administrativo.

Nota de Relatoría: Se cita la sentencia del Consejo de Estado del 15 de marzo de 2007, Exp No 3020-04, M.P. BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL - Naturaleza jurídica

El Instituto de Seguro Social es 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, que para la época de los hechos la determinaba el Decreto N° 2148 de 30 de diciembre de 1992

SUPRESION DEL CARGO - No se desvirtúa por subsistir algunas de sus funciones / SUPRESION DEL CARGO - Empleo equivalente. Requisitos

El hecho que dentro de la nueva planta de personal de la Entidad demandada subsistan algunas funciones de la actora, no implica que el empleo no se suprimió, pues para ello se requiere que se determine el alcance del empleo equivalente bajo la trilogía de los requisitos fijados por el artículo 1 del Decreto 1173 de 1999 que establece: 1. que las funciones sean similares o afines, 2. que se exijan requisitos de educación y experiencia idénticos al anterior y, 3. que la asignación básica del nuevo empleo no sea inferior a la del suprimido. En consecuencia la simple afirmación de la parte actora que el cargo no se suprimió por desempeñar algunas de sus funciones la persona que fue nombrada como Gerente Seccional Clase III de la Seccional Arauca, no es de recibo y por ende el cargo no está llamado a prosperar.

RETEN SOCIAL DE MADRE CABEZA DE FAMILIA SIN ALTERNATIVA ECONOMICA - Presupuestos / DECLARACION EXTRAJUICIO DE LA CALIDAD DE MADRE CABEZA DE FAMILIA SIN ALTERNATIVA ECONOMICA - Alcance / CALIDAD DE MADRE CABEZA DE FAMILIA SIN ALTERNATIVA ECONOMICA - Prueba / RETEN SOCIAL DE MADRE CABEZA DE FAMILIA SIN ALTERNATIVA ECONOMICA - La calidad de profesional calificada no permite ubicarla dentro un sector discriminado / SUPRESION DE CARGO - Calidad de madre cabeza de familia sin alternativa económica. Prueba

En el presente caso la recurrente argumenta que es madre cabeza de familia sin alternativa económica, soportándose en una afirmación general que obra en una declaración extrajuicio donde relaciona tres personas a su cargo de los cuales según la demanda dos son hijos, uno de ellos con sus mismos apellidos, pero sin que se demuestre dentro del plenario de conformidad con los postulados fijados

en la sentencia de la Corte Constitucional precitada, que los padres de los menores no comparten la responsabilidad que les corresponde ó que exista alguna causa física, sensorial, síquica o mental que los releve. Estima la Sala que el status de madre cabeza de familia sin alternativa económica, de acuerdo con los criterios señalados por la Corte Constitucional no se correlaciona con una profesional calificada como la actora, pues si bien la naturaleza del empleo que ejerció no es materia de discriminación, su desempeño en diversos empleos del nivel directivo no la ubican dentro de un sector discriminado que amerite situarla dentro del reten social que reclama. Cabe concluir que la supresión del cargo se encuentra entre las causales de retiro del servicio, que son taxativas y operan exclusivamente en los términos señalados en las normas de derecho positivo, causal que encuentra justificación en la prevalencia del interés general sobre el particular. La Administración, por razones ligadas a la eficacia y eficiencia de la función pública, puede suprimir determinados cargos en la medida en que se contribuya al buen servicio.

Nota de Relatoría: Se cita la sentencia de Unificación de la Corte Constitucional SU-388 del 13 de abril de 2005, M.P. Clara Inés Vargas

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "B"

Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

Bogotá D.C., Veintiséis (26) de febrero de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 07001-23-31-000-2003-00160-01(7339-05)

Actor: MARIA NATALIA MERCHAN ESPINDOLA

Demandado: INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 17 de marzo de 2005, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Arauca negó las pretensiones de la demanda incoada por MARIA NATALIA MERCHAN ESPINDOLA, contra el INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL.

LA DEMANDA

Estuvo encaminada a obtener la nulidad de la Resolución N° 0240 de 30 de enero de 2003, proferida por el Presidente del Instituto de Seguro Social, que retiró del servicio por supresión del cargo a la actora quien se desempeñaba como Gerente III-8, en la Gerencia Seccional de Arauca; la comunicación N° 821-000818 de 10 de febrero de 2003, expedida por la Gerente Nacional de Recursos Humanos del Seguro Social, que le informó que el empleo fue eliminado; el acto ficto configurado por el silencio del Presidente del Seguro Social, al no resolver el recurso de reposición interpuesto por la actora contra la Resolución N° 0240 de 30 de enero de 2003.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó el reintegro al cargo suprimido o a otro de igual o superior categoría, declarando que no existió solución de continuidad, con el pago de los sueldos, primas, bonificaciones, prestaciones sociales y todos los aspectos económicos relacionados con la seguridad social y los aportes pensionales, desde la desvinculación hasta su reintegro; con el reconocimiento de los intereses causados dando aplicación a los artículos 176 y 177 del C.C.A.; sancionando en costas a la demandada con base en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 y el pago de las agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en los siguientes hechos (fls. 5 a 7):

La actora ingresó al Instituto de Seguro Social el 28 de abril de 2000, nombrada mediante la Resolución N° 1033 de 17 de abril del año referido, como Gerente de la Regional Arauca.

El 30 de enero de 2003 el Presidente del Seguro Social expidió la Resolución N° 0240, acto que entró a regir a partir de esa fecha y suprimió el cargo de la actora.

El 10 de febrero de 2003, con el Oficio N° 821-000818 la Gerente Nacional de Recursos Humanos dio a conocer a la actora la Resolución N° 0240 el 17 de febrero del mismo año, en la sede de Arauca.

La accionante se desempeñó en el cargo de Gerente III, 8 horas, Seccional Arauca, de forma eficiente, eficaz y oportuna, sin que hubiera recibido llamados de atención ó sanción alguna por sus superiores o por organismo de control

competente. Su gestión influyó en el mejoramiento del servicio y la racionalización del gasto en ese departamento.

La actora participó en un concurso de méritos que se efectuó en la Presidencia del Dr. Guillermo Fino, lo que determinó su permanencia durante esa Administración.

El Gobierno Nacional implementó el programa de meritocracia para Gerentes del Seguro Social y otras entidades, en el que se inscribió la actora porque cumplía con el perfil requerido, sin que fuera convocada ni informada sobre las razones por las cuales no fue seleccionada.

Con el Decreto 190 de 2003, reglamentario de la Ley 790 de 2002, indicó en su artículo primero numeral 1.3 quienes eran madres cabeza de familia, sin alternativa económica, situación que se presenta en el caso de la actora, la cual comunicó el 31 de enero de 2003.

El artículo 12 de la Ley 790 de 2002 estableció que de los programas de renovación de la Administración Pública, no pueden ser retiradas las madres cabeza de familia sin alternativa económica.

La desvinculación de la actora quebrantó normas Constitucionales, como las disposiciones sobre las madres cabeza de familia, que le permitían permanecer en el cargo o en su defecto haber sido trasladada a la capital de la República, sin desmejorarle su situación laboral dentro de la Entidad demandada.

NORMAS VIOLADAS

Como normas violadas cita las siguientes: artículos 13 y 53 de la Constitución Política; las Leyes 51 de 1981; 790 de 2002 y el Decreto 190 de 2003.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo de Arauca mediante sentencia de 17 de marzo de 2005, negó las suplicas de la demanda (fls. 149 a 162) con los siguientes argumentos:

La comunicación 821-000818 de 10 de febrero de 2003, no es demandable ante esta jurisdicción porque no es un acto administrativo, es una simple comunicación porque la voluntad del Instituto de Seguro Social de suprimir el cargo y de retirar del servicio a la actora se encuentra en la Resolución N° 240 de 30 de enero de 2003.

No es aplicable en el caso de la demandante la Ley 790 de 27 de diciembre de 2002, reglamentada por el Decreto 190 de 31 de enero de 2003, con relación a su condición de madre cabeza de familia, porque la reestructuración del ISS en los niveles Nacional, Seccional, Zonal y Local, se dio en ejercicio de funciones propias del Consejo Directivo del Instituto de Seguro Social, facultado por los artículos 9 numerales 14, 38 y 40 del Decreto 2148 de 1992 y 277 de la Ley 100 de 1993.

Por lo anterior se comparte plenamente el concepto del Agente del Ministerio Público ante esta instancia que expresó lo siguiente:

“Respecto al supuesto desconocimiento de los derechos fundamentales de laborales de la demandante, y el no haber tenido en cuenta los lineamientos consignados en el Decreto 190 de 2003 y la Ley 790 de 2002, estima esta Agencia del Ministerio Público que no le asiste razón a la actora, pues la modificación de la estructura del I.S.S. en su nivel seccional y local mediante el Decreto N° 2599 de 12 de noviembre de 2002, así como la aprobación de la modificación de la Planta de Personal global y flexible del Instituto, fue dispuesta por su Consejo Directivo y sometida a la aprobación del Gobierno Nacional de conformidad con el Acta N° 189 de 24 de septiembre de 2002 de dicho Consejo y no en ejercicio de facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República y las disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública (Sic) (Ley 790 del 27 de diciembre de 2002) y del decreto (Sic) N° 190 del 31 de enero de 2003 por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 790 de 2002. Además, valga puntualizar, que el Decreto 2599 que modifica la estructura del I.S.S. es anterior a la promulgación de dicha Ley cuya vigencia no tiene un efecto retroactivo, pues a pesar de que el Decreto N° 124 por el cual se aprobó dicha modificación de la planta de personal se promulga el 21 de enero de 2003, éste es consecuencia lógica del Decreto 2599 del 12 de noviembre de 2002”.

La Ley 790 de 2002 concedió facultades extraordinarias pro tempore de seis meses al Presidente de la República para adelantar el programa de renovación de la Administración Pública, es decir para modernizar la estructura de la Rama Ejecutiva del orden Nacional.

La misma Ley otorgó un reconocimiento económico para la rehabilitación profesional y técnica de los empleados públicos de libre nombramiento y remoción

de los niveles jerárquicos, diferentes al directivo y las personas vinculadas en provisionalidad en empleos de carrera cuyos cargos se supriman pero en desarrollo del citado programa. A la vez concedió una protección especial que impide el retiro del servicio de las madres cabeza de familia sin alternativas económicas, personas con limitaciones física, mental, visual o auditiva, como de quienes estén cerca de cumplir los requisitos para la pensión de vejez o jubilación.

Como la supresión del cargo no se efectuó en virtud de las facultades extraordinarias que la Ley 790 de 2002 otorgó al Presidente de la República, en desarrollo del programa de renovación y modernización de la Administración Pública, la demandante no puede ser objeto del reten social que señala el artículo 12 a las madres cabeza de familia.

Pero a pesar de no ser objeto de la protección que otorga la Ley 790 de 2002, la mujer cabeza de familia goza de protección Constitucional y legal. Es así como la Ley 82 de 1993, señala el apoyo especial a la mujer cabeza de familia de bajos ingresos, que tenga en forma permanente hijos menores o incapacitados para trabajar, lo cual deberá declarar ante notario expresando las circunstancias básicas de su caso.

En el expediente está probado que la actora tiene dos hijos menores, pero no demostró que fuera una persona de bajos recursos sin alternativa económica, pues se trata de una Contadora Pública con magíster en Administración de Empresas y diplomado en Seguridad Social, titular además de otros cursos y seminarios, con una extensa experiencia laboral, lo que hace evidente que no se encuentra en un estado de necesidad o de bajos ingresos que obliguen al Estado a brindarle una protección especial.

Adicionalmente esta circunstancia no constituye un vicio para anular los actos acusados y, la demandante nunca invocó que se hubieran expedido por funcionario incompetente o en forma irregular, infringiendo las normas en que debían fundarse o desconociendo el derecho de defensa, falsa motivación ó desviación de poder.

En cuanto a la aparente supresión del cargo quedó probado con la certificación de la Gerente Nacional de Recursos Humanos, que las funciones de cada uno de los cargos de Gerentes de Áreas, como el que ocupó la actora (Gerente III- 8), fueron

asignadas parcialmente al Gerente Único de la Seccional de Arauca y otras son diferentes lo que demuestra que el empleo y las funciones de la accionante no equivalen al cargo que se creó.

Con motivo de la reestructuración una Entidad Pública se puede ver obligada a la reducción de su planta de personal, debiendo trasladar funciones a empleos iguales pero en número reducido, sin afectar con ello la prestación del servicio y sin generar una falsa motivación o violación de la ley, pues en tales circunstancias se distribuyen las funciones en los cargos que subsisten.

EL RECURSO

La parte actora inconforme con el anterior proveído interpuso recurso de apelación que obra a folios 181 a 190, con la siguiente sustentación:

La posición del Tribunal no observó los altos índices de desempleo de la clase profesional en el país, no se ajustó ni a la ley ni al derecho y no aplicó las jurisprudencias para asuntos similares.

El Agente del Ministerio Público en el Concepto de 31 de enero de 2005, ante el Tribunal, plantea sus argumentos favoreciendo la Entidad demandada, que fue bastante negligente en su defensa porque no contestó la demanda ni presentó alegatos de conclusión.

El salvamento de voto de 4 de abril de 2005, recoge el verdadero criterio que debió adoptar la Corporación, el cual resalta que debió darse la protección de madre cabeza de familia sin alternativa económica a la actora porque:

- Es una mujer con hijos menores de 18 años, que dependen de ella y cuyo ingreso era el salario que devengaba de la Entidad.
- El Jefe de Personal de la demandada omitió constatar si otra persona del grupo familiar con capacidad económica efectuaba aportes a la Seguridad Social, para lo cual debió verificar la información de la EPS en su hoja de vida.
- Fue la demandante quien acreditó su situación a través de una declaración extrajudicial donde manifestó que es madre cabeza de familia con dos hijos a

cargo, donde se aprecia que uno de los hijos tiene los mismos apellidos de la madre.

Para reafirmar las pretensiones trae a colación la posición asumida en la sentencia de unificación SU-388 de 13 de abril de 2005, Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas, relacionada con el reintegro de madres cabeza de familia a Telecom, donde se indicó que la Administración Pública puede reformarse siempre y cuando no se vulneren derechos fundamentales, especialmente los laborales de los servidores públicos.

Como no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Problema Jurídico

Consiste en determinar si es procedente el reintegro de la actora, al cargo de Gerente III-8 en la Seccional Arauca, del cual fue desvinculada por supresión del cargo, para lo cual controvierte la legalidad de los actos acusados por considerar que era madre cabeza de familia sin alternativa económica.

Actos Acusados

1. Resolución N° 0240 de 30 de enero de 2003, proferida por el Presidente del Instituto de Seguro Social, mediante la cual se retiró a la actora por la supresión del cargo de Gerente III-8, ubicado en la seccional Arauca. (fl. 21 Cdno 1)

La citada Resolución en su parte considerativa expresa que el Gobierno Nacional expidió los Decretos Nos. 2599 de 12 de noviembre de 2002 que reformó la estructura organizacional del ISS, creó la Gerencia Seccional Única y suprimió las Gerencias Seccionales por áreas de servicio; y la 124 de 21 de enero de 2003 que eliminó de la planta de personal los cargos de Gerentes de Área.

2. La Comunicación N° 821-000818 de 10 de febrero de 2003, expedida por la Gerente Nacional de Recursos Humanos del Seguro Social, que informó a la demandante la supresión de su empleo. (fl. 30 Cdno 1)

3. El acto ficto configurado por el silencio del Presidente del Seguro Social, al no resolver el recurso de reposición interpuesto por la actora contra la Resolución N° 0240 de 30 de enero de 2003.

Cuestión Previa

A juicio de la Sala el Oficio N° 821-000818 de 10 de febrero de 2003, suscrito por la Gerente Nacional de Recursos Humanos del Seguro Social, mediante el cual se informó a la actora la supresión de su empleo de Gerente III- 8, es una simple comunicación que no crea, modifica o extingue situación jurídica, sólo se limitó a comunicar la supresión del cargo ordenada por el Gobierno Nacional mediante los Decretos Nos. 2599 de 12 de noviembre de 2002 y 124 de 21 de enero de 2003 que modificaron la estructura de la planta de personal eliminando los cargos de Gerentes por áreas de servicio en una misma regional dejando una sola Gerencia Seccional.

Esta Sala en repetidas ocasiones ha expresado que el Oficio por medio del cual se comunica la decisión asumida por una determinada autoridad pública no tiene el carácter de acto administrativo, como lo expresó este Despacho con ponencia de quien hoy redacta esta providencia,¹ en sentencia de 15 de marzo de 2007, Exp. 3020-04, actora Sara Rodríguez Ospina, cuando señaló lo siguiente:

“Como bien se observa la comunicación de supresión del cargo se limitó a informarle a la actora que fue desvinculada del servicio a partir del 3 de abril de 2000 como consecuencia de la supresión del cargo de Jefe de Programas dispuesta por el Decreto 411 de 2000, oficio que no crea, extingue o modifica una situación jurídica

En estas condiciones no procede fallo de mérito en relación con el Oficio impugnado, toda vez que no es un acto administrativo; en consecuencia se revocará la decisión proferida por el Tribunal de instancia que negó su nulidad para en su lugar declarar la inhibición.

¹ Consejera Ponente Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

De lo Probado en el Proceso

La Naturaleza Jurídica del Instituto de Seguro Social

El Instituto de Seguro Social es 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, que para la época de los hechos la determinaba el Decreto N° 2148 de 30 de diciembre de 1992 (fls. 73 a 76 Cdno 1).

La Naturaleza del empleo desempeñado por la Actora

De conformidad con el inciso segundo del artículo 5° del Decreto N° 3135 de 1968: **“Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.”**

El cargo ocupado por la actora al momento de su desvinculación era el de Gerente III- 8 horas, asignado a la Seccional Arauca, y se encuentra clasificado como un empleo público de libre nombramiento y remoción del nivel directivo, de conformidad como lo indica el Decreto N° 124 de 21 de enero de 2003 (fl. 82. Cdno 1).

La Vinculación de la Actora

Obra en el plenario la comunicación N° 821-007677 de 27 de abril de 2000, mediante la cual el Jefe del Departamento Nacional de Selección y Administración informa que la actora fue nombrada por el Presidente del Seguro Social a través de la Resolución N° 1033 de 17 de abril del año referido, en el cargo de Gerente III-8 Seccional Arauca (fl. 117 Cdno 1), del cual tomó posesión mediante el acta N° 0056 de 28 de abril del mismo año (fl. 119 Cdno 1).

La Supresión del cargo

El Consejo Directivo del ISS en sesión del 24 de septiembre de 2002, decidió someter a consideración del Gobierno Nacional la reestructuración del Nivel Seccional y Local de la Entidad, y en consecuencia el Presidente de la República mediante el Decreto N° 2599 de 12 de noviembre de 2002 (fls.77 a 81 Cdno. 1), modificó la estructura del Instituto de Seguro Social en el Nivel Seccional y Local.

Este acto en el artículo primero determinó para éste Nivel una sola Gerencia que atendería las áreas de servicios: Administrativa, Pensiones, Empresa Promotora de Servicios de salud EPS y Protección de Riesgos Laborales; del mismo modo dispuso en el artículo segundo literal D, la nueva estructura interna del Nivel Seccional concretando para la Seccional Arauca la Gerencia Única, una Unidad Jurídica Seccional y los Departamentos de Salud, Pensiones y Protección de Riesgos Laborales, como Administrativo; y en el artículo tercero contempló las nuevas funciones de las Gerencias Seccionales.

La modificación de la estructura administrativa generó a su vez la reforma de la planta de personal que se consolidó en el Decreto N° 124 de 21 de enero de 2003 (fl.82 Cdno. 1), el cual en el artículo primero determinó lo siguiente:

“Suprímase de la planta de personal de empleados públicos del Instituto de Seguros Sociales los siguientes cargos del nivel directivo (1) del área administrativa”.

“Número de Cargos Clase (...)”	Denominación del Cargo
3 (tres)	Gerente
III (...)”	

Con fundamento en los anteriores Decretos, el Presidente del Instituto de Seguro Social expidió la Resolución N° 0240 de 30 de enero de 2003 acto a través del cual se retiró del servicio a la actora por supresión del cargo de Gerente III- 8 horas, de la Seccional Arauca a partir de dicha fecha (fl. 21 Cdno 1).

Las Funciones de los Cargos

Las funciones generales desempeñadas por la Doctora MARÍA NATALIA MERCHAN ESPINDOLA como Gerente de Área de la Seccional Arauca son las

contempladas en el Decreto N° 1403 de 1 de julio de 1994, como se indica en la constancia expedida por la Gerente Nacional de Recursos Humanos (fl. 91 Cdo 2), con el siguiente tenor literal:

“Según artículo (Sic) 75 del Decreto No. 1403 de 1994. La Gerencia Regional de (sic) Promotora de Salud cumplirá las siguientes funciones:

- a. **Establecer y mantener relaciones con las direcciones de salud territoriales, Instituciones Prestadoras de Salud, otras Empresas Promotoras de Salud y demás organismos, asociaciones e instituciones relacionadas de su área de influencia.**
- b. **Conocer los proyectos, programas y planes de las instituciones de salud de otras empresas promotoras de salud de su regional.**
- c. **Reportar a la Vicepresidencia Promotora de Salud los resultados de la gestión de su regional.**
- d. **Difundir y controlar la aplicación de las normas y políticas definidas a Nivel Nacional sobre los planes ofrecidos, la contratación de prestación de servicios y la evaluación de la calidad de los mismos.**
- e. **Participar en la planeación estratégica de la EPS y de la regional.**
- f. **Asegurar la difusión y el cumplimiento de los planes definitivos.**
- g. **Definir y controlar el cumplimiento de los presupuestos de su área.**
- h. **Responder por la rentabilidad de su regional.**
- i. **Definir los recursos necesarios para atender los asegurados de su regional.**
- j. **Detectar necesidades de salud insatisfechas y proponer al nivel nacional mecanismos para satisfacerlas.**
- k. **Identificar grupos de población no afiliados a la seguridad social y promover su afiliación al Instituto.**
- l. **Verificar los patrones de garantía de calidad de los servicios contratados y prestados a los afiliados por parte de la IPS.**
- m. **Celebrar contratos de prestación de servicios de salud de ámbito regional.**
- n. **Las demás que se le asignen.**

En la misma certificación se precisa que el doctor VIDAL MAURICIO APONTE RODRÍGUEZ fue nombrado como Gerente Seccional Clase III de la Seccional Arauca mediante Resolución N° 406 de 24 de febrero de 2003, y que según el artículo tercero del Decreto 2599 de 12 de noviembre de 2002, que modificó la estructura del Instituto de Seguros Sociales en el Nivel Seccional y Local, las funciones de las Gerencias Seccionales son las que se precisan a continuación:

- a. **Ordenar el gasto por delegación y suscribir los actos, contratos y convenios para la adquisición de bienes y servicios que requiera la seccional, de conformidad con las facultades que le sean delegadas por la Presidencia del ISS.**
- b. **Definir y responder por la ejecución de los planes operativos de los negocios de pensiones, salud y riesgos profesionales en la seccional, acorde con las directrices de la Presidencia, Vicepresidencias y Direcciones del ISS.**

- c. **Presentar mensualmente los Estados Financieros, la ejecución presupuestal, de inversiones, de gestión de recaudo y flujo de caja de cada Unidad de Negocio y trimestralmente los informes de costos.**
- d. **Elaborar para cada Unidad de Negocio el proyecto del Programa Anual de Caja en conjunto con las demás herramientas de control presupuestal que se establezcan.**
- e. **Definir en coordinación con las unidades de actividad el presupuesto de ingresos, egresos y los recursos necesarios para atender los programas de su Seccional y controlar su cumplimiento.**
- f. **Responder por la comercialización y los estudios de mercadeo de las diferentes actividades en la seccional.**
- g. **Reportar periódicamente a la Presidencia y Vicepresidencia sobre los resultados de la gestión de la Seccional.**
- h. **Responder por el uso eficiente y óptimo de los recursos físicos, tecnológicos, financieros y el talento humano asignados a la Seccional.**
- i. **Garantizar la aplicación del Sistema de Control Interno en la Seccional.**
- j. **Coordinar la ejecución de planes conjuntos con otras entidades de la Seguridad Social en su seccional.**
- k. **Evaluar la rentabilidad económica y social de los planes, programas y proyectos que se apliquen en la seccional y proponer ajustes.**

Siendo así, la creación de un cargo nuevo al que se le reasignaron las funciones de todas las Gerencias de Área eliminadas (Administrativa, Pensiones, Empresa Promotora de Servicios de Salud EPS y Protección de Riesgos Laborales) no queda desvirtuada, además no se puede afirmar que específicamente se le dejaron las mismas funciones que desempeñó la actora.

El hecho que dentro de la nueva planta de personal de la Entidad demandada subsistan algunas funciones de la actora, no implica que el empleo no se suprimió, pues para ello se requiere que se determine el alcance del empleo equivalente bajo la trilogía de los requisitos fijados por el artículo 1 del Decreto 1173 de 1999 que establece: 1. que las funciones sean similares o afines, 2. que se exijan requisitos de educación y experiencia idénticos al anterior y, 3. que la asignación básica del nuevo empleo no sea inferior a la del suprimido.

En consecuencia la simple afirmación de la parte actora que el cargo no se suprimió por desempeñar algunas de sus funciones la persona que fue nombrada como Gerente Seccional Clase III de la Seccional Arauca, no es de recibo y por ende el cargo no está llamado a prosperar.

Madre Cabeza de Familia

El 20 de enero de 2003, la impugnante rindió ante el Notario Único del Círculo de Arauca una declaración bajo la gravedad del juramento donde expresa que es

soltera, contadora pública, de 43 años de edad y que tiene bajo su responsabilidad a Carolina Mateus Merchán, Miguel Ángel Merchán Espíndola y Mauricio Merchán Arias (fl. 25)

El 31 de enero de 2003, la actora solicitó al Presidente del Seguro Social la posibilidad de mantenerla en el cargo o trasladarla en razón a su condición de madre cabeza de familia por tener a su cargo a los padres, algunos hermanos y dos hijos como madre soltera (fl.24).

El Perfil de la Actora

Con el formato único de hoja de vida del Departamento Administrativo de la Función Pública. (fl.11 Cdo 1), se demuestra que la actora es Contadora Pública de la Universidad Externado de Colombia, con un Magíster en Administración de Empresas de la New Hampshire College, y una serie de diplomados en temas como Seguridad Social, Políticas Comerciales del Seguro Social, Gestión Integral para la Prestación de Servicios de Salud, Aplicación de Manual de Tarifas, Planeación en Salud, Gerencia y Derecho Internacional Humanitario. (fl. 107 a 112 Cdo1)

En el mismo formato consta que laboró en la Contraloría General de la República en el cargo de Auditora Fiscal Delegada del 1 de octubre de 1986 al 30 de diciembre de 1988; en el Fondo de Fomento Empresarial de Arauca (IDEAR) como Directora de Comercialización y Mercadeo del 1 de abril de 1993 al 30 de diciembre del mismo año; en la Empresa de Energía Eléctrica de Arauca (ENELAR) desempeñándose como Asesora de Gerencia durante el 11 de febrero al 11 de junio de 1994; en la Lotería Nueve Millonaria como Asesora de Comercialización del 3 de marzo al 30 de septiembre de 1995; en el Instituto Departamental de Salud (IDESA) en el cargo de Subdirectora Administrativa y Financiera del 1 de noviembre de 1995 al 30 de diciembre de 1996, en el INURBE desempeñándose como Coordinadora Regional del Departamento de Arauca del 1 de marzo de 1997 al 1 de enero de 1998, en la firma Abogados, Ingenieros y Contadores Asociados como Asesora del Área Contable del 1 de Septiembre de 1998 al 30 de junio 1999; en ADCOLSALUD LTDA en el Departamento Administrativo y Financiero del 1 de junio al 30 de diciembre de 1999, y en el Instituto de Seguro Social como Gerente III de la Seccional Arauca entre el 27 de abril de 2000 al 10 de febrero de 2003.

Análisis de la Sala

Examinará la Sala la censura que formula el recurso de apelación al fallo del Tribunal por ser el marco de resolución judicial que delimita esta instancia, el cual se concreta en el argumento de la impugnante en el sentido que es madre cabeza de familia sin alternativa económica.

El Reten Social

En cumplimiento de los mandatos constitucionales relacionados con los fines del Estado Social de Derecho, el legislador buscó la protección del núcleo familiar, de los niños o de las personas de la tercera edad, frente a quienes se tiene la obligación de velar por la igualdad real y efectiva de los derechos fundamentales, y en consecuencia de adoptar medidas a favor de los grupos discriminados y marginados protegiendo a las personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

Buscando esta protecciones se expidió la Ley 790 de 27 de diciembre de 2002 y el Decreto 190 de 30 de enero de 2003, que buscaron materializar el mentado concepto doctrinal del reten social, dentro del escenario de la renovación de la Administración Pública, con el fin de que la idea de igualdad sustantiva o material se pudiera hacer exigible y cierta en dicho ámbito.

Para la recurrente se desconocieron derechos fundamentales al no otorgarle la estabilidad laboral que plasmó la Ley 790 de 27 de diciembre de 2002, que estableció las disposiciones para adelantar el programa de renovación de la Administración Pública y otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República, y en el artículo 12 se refirió a las protecciones especiales a los empleados bajo el siguiente tenor literal:

“De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley.” <Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE exequible>**

La expresión "las madres" subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1039-03 de 5 de noviembre de 2003, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra, "en el entendido que la protección debe extenderse a los padres que se encuentren en la misma situación, en aras de proteger la prevalencia de los derechos de los niños y el grupo familiar al que pertenecen".

A su vez la Corte Constitucional mediante Sentencia [C-044-04](#) de 27 de enero de 2004, Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Rentería, precisó **"... la protección debe extenderse a los padres que se encuentren en la misma situación, en aras de proteger la prevalencia de los derechos de los niños y el grupo familiar al que pertenecen."**

En este sentido quiso la Corte Constitucional al declarar la expresión las madres contenida en el artículo 12 de la ley 790 condicionalmente exequible resaltar que la protección a la que se ha venido haciendo referencia no procede de una disposición legal sino de un mandato Constitucional e Institucional relacionado con la forma de Estado que hemos adoptado, cual es, el Estado Social de Derecho; de allí el amparo a los niños como al grupo familiar, se soporta directamente en la Constitución Política y en los principios fundamentales de la misma.

La referida Ley 790 de 2002 fue reglamentada a través del Decreto 190 de 30 de enero de 2003; en el artículo primero dio una serie de definiciones para precisar el alcance de la protección especial de los servidores públicos, indicando para la madre cabeza de familia sin alternativa económica el siguiente concepto:

"Mujer con hijos menores de 18 años de edad, biológicos o adoptivos, o hijos inválidos que dependen económicamente y de manera exclusiva de ellas, y cuyo ingreso familiar corresponde únicamente al Salario que devenga del organismo o entidad pública a la cual se encuentra vinculada."

A su vez el artículo 13 de la Ley 790 de 2002 se refirió a su aplicación en el tiempo, y dispuso lo siguiente:

"Las disposiciones de este Capítulo se aplicarán a los servidores públicos retirados del servicio a partir del 1o. de septiembre del año 2002, dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública del orden nacional, y hasta el vencimiento de las facultades extraordinarias que se confieren en la presente ley"

Observa la Sala que la reestructuración del Nivel Seccional y Local del Instituto de Seguro Social se realizó por iniciativa del Consejo Directivo de la Entidad, que en

sesión del 24 de septiembre de 2002 (Acta N° 189 fl.82 Cdo 1), decidió someter a consideración del Gobierno Nacional la supresión de las Gerencias de Áreas en las Seccionales creando en su lugar una Gerencia Única, lo cual tuvo como consecuencia la reducción de cargos en la planta de personal.

El 12 de Noviembre de 2002, el Presidente de la República con fundamento en los artículos 189 numeral 16 de la Constitución Política y 54 de la Ley 489 de 1998, expidió el Decreto N° 2599 que acogió la propuesta del Consejo Directivo del ISS, reestructurando el Nivel Seccional y creando las Gerencias Seccionales Únicas y como consecuencia de éste acto expidió el Decreto N° 124 de 21 de enero de 2003 modificando la planta de personal.

Para la fecha en que se expidió el Decreto N° 2599 de 12 de noviembre de 2002, no se había dictado la Ley 790 de 27 de diciembre del mismo año, que dio las instrucciones para desarrollar el programa de renovación de la Administración Pública y otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República con fundamento en el artículo 150 numeral 10 de la Constitución Política, por el término de seis meses.

Lo anterior significa que las modificaciones estructurales y de planta de personal del Instituto de Seguro Social fueron dispuestas por su Consejo Directivo y sometidas a consideración del Gobierno Nacional y no en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República ni dentro del Programa de renovación de la Administración Pública (Ley 790 de 2002).

Pero independiente de dilucidar si los beneficios que se desprenden del Programa de renovación de la Administración Pública son aplicables en el proceso de reestructuración del Instituto de Seguro Social, el cual no se adelantó dentro del marco de las facultades extraordinarias que la Ley 790 de 2002 le otorgó al Presidente de la República, la protección a la mujer cabeza de familia es una garantía Constitucional que se encuentra consagrada en el artículo 43 de la Carta cuando establece:

“(...) El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”

Atendiendo este precepto Constitucional el legislador expidió la Ley 82 de 1993, relativa a la mujer cabeza de familia, que busca propiciar condiciones favorables a la

mujer en diversos escenarios y en el artículo segundo precisa las características esenciales de la condición de madre cabeza de familia señalando literalmente lo siguiente:

“Para los efectos de la presente ley, entiéndase por "Mujer Cabeza de Familia", quien siendo soltera o casada, tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.

Parágrafo. Esta condición y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, deberá ser declarada por la mujer cabeza de familia de bajos ingresos ante notario, expresando las circunstancias básicas de su caso y sin que por este concepto se causen emolumentos notariales a su cargo.”

En consecuencia la Ley 790 de 2002 y el Decreto 190 de 2003, quisieron materializar el citado concepto de madre cabeza de familia, porque el ámbito de la protección es de orden Constitucional. Sin embargo a su vez es viable establecer que en el escenario de la reestructuración de la Administración Pública y respectó al amparo que persigue la actora, prevalecen los intereses generales de la Administración, claro esta sin desconocer los particulares de los empleados.

La Corte Constitucional en sentencia de unificación SU-388 de 13 de abril de 2005, Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas, relacionada con el reintegró de Madres cabeza de familia a Telecom, expresó respecto de la definición estructural del concepto de madre cabeza de familia y las reformas institucionales lo siguiente:

“Al respecto la Corte advierte que no toda mujer puede ser considerada como madre cabeza de familia por el sólo hecho de que esté a su cargo la dirección del hogar. En efecto, para tener dicha condición es presupuesto indispensable (i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental ó, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar.

Así pues, la mera circunstancia del desempleo y la vacancia temporal de la pareja, o su ausencia transitoria, por prolongada y desafortunada que resulte, no constituyen elementos a partir de los cuales pueda predicarse que una madre tiene la responsabilidad exclusiva del hogar en su condición de madre cabeza de familia. (...)

“ (...) De la misma forma conviene aclarar que la condición de madre cabeza de familia no depende de una formalidad jurídica sino de las circunstancias materiales que la configuran. Así, por ejemplo, en la Sentencia C-034 de 1999, MP. Alfredo Beltrán Sierra, la Corte sostuvo que el estado civil de la mujer es irrelevante a la hora de determinar si es o no cabeza de familia porque lo esencial son las cuestiones materiales.² Con la misma óptica esta Corporación ha precisado que la declaración ante notario a que hace referencia el parágrafo del artículo 2 de la Ley 82 de 1993 no es exigencia indispensable para efectos probatorios, toda vez que la condición de madre cabeza de familia no depende de dicha formalidad sino de los presupuestos fácticos.³”

En el presente caso la recurrente argumenta que es madre cabeza de familia sin alternativa económica, soportándose en una afirmación general que obra en una declaración extrajuicio (fl. 25 Cdo 1) donde relaciona tres personas a su cargo de los cuales según la demanda dos son hijos, uno de ellos con sus mismos apellidos, pero sin que se demuestre dentro del plenario de conformidad con los postulados fijados en la sentencia de la Corte Constitucional precitada, que los padres de los menores no comparten la responsabilidad que les corresponde ó que exista alguna causa física, sensorial, síquica o mental que los releve.

Estima la Sala que el status de madre cabeza de familia sin alternativa económica, de acuerdo con los criterios señalados por la Corte Constitucional no se correlaciona con una profesional calificada como la actora, pues si bien la naturaleza del empleo que ejerció no es materia de discriminación, su desempeño en diversos empleos del nivel directivo no la ubican dentro de un sector discriminado que amerite situarla dentro del reten social que reclama.

Cabe concluir que la supresión del cargo se encuentra entre las causales de retiro del servicio, que son taxativas y operan exclusivamente en los términos señalados en las

²La Corte declaró exequible la expresión “siendo soltera o casada” del artículo 2 de la Ley 82 de 1993, por considerar irrelevante el estado civil de la mujer a la hora de establecer si es o no cabeza de familia. Según la Corte, “lo esencial, de acuerdo con la definición que sobre el particular adoptó el legislador en la norma acusada, es que ella “tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios o de otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar”, lo que significa que será tal, no sólo la mujer soltera o casada, sino también aquella ligada en unión libre con un “compañero permanente”.

normas de derecho positivo, causal que encuentra justificación en la prevalencia del interés general sobre el particular.

La Administración, por razones ligadas a la eficacia y eficiencia de la función pública, puede suprimir determinados cargos en la medida en que se contribuya al buen servicio.

Ahora en cuanto al acto ficto generado por el silencio del Presidente del Seguro Social, al no resolver el recurso de reposición interpuesto por la actora contra la Resolución N° 0240 de 30 de enero de 2003 que la retiró del servicio, es preciso indicar que es improcedente recurso alguno, porque se trata de un acto de cúmplase consecuente a los Decretos Nos. 2599 de 12 de noviembre de 2002 y 124 de 21 de enero de 2003, que eliminaron los cargos de los Gerentes de Áreas en las Seccionales del Instituto de Seguro Social.

Con las anteriores consideraciones, quedan sin fundamento las afirmaciones de la recurrente y por lo tanto los cargos impetrados han de desestimarse, razón por la cual la Sala confirmará parcialmente en cuanto negó las pretensiones de la demanda.

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

F A L L A

CONFIRMASE PARCIALMENTE la sentencia proferida el 17 de marzo de 2005, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Arauca negó las pretensiones de la demanda incoada por MARIA NATALIA MERCHAN ESPINDOLA, contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

REVOCASE la comunicación N° 821-000818 de 10 de febrero de 2003 sobre la cual se negaron las pretensiones y en su lugar Declarase la inhibición para pronunciarse de fondo por no constituir un acto administrativo.

RECONÓCESE personería a la abogada BELLA SOBEIDA GOMEZ RODRIGUEZ, identificada con Cédula de Ciudadanía N° 68´289.548 de Arauca y

³ Sentencia C-184 de 2003, MP. Manuel José Cepeda.

Tarjeta Profesional N° 95.692 del Consejo Superior de la Judicatura, para representar a la actora conforme a los términos y para los efectos del poder visible a folio 206.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Publíquese en los anales del Consejo de Estado. Cúmplase

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PAEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE