

**INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - Cambio de naturaleza jurídica. Regulación legal / SERVIDORES PUBLICOS DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – Clasificación. Regulación legal / FUNCIONARIOS DE SEGURIDAD SOCIAL DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - Desaparición**

La Corte Constitucional mediante sentencia C-579 de 30 de octubre de 1996, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara, resolvió declarar inexecutable el párrafo del artículo 235 de la Ley 100 de 1993 y el Inciso 2° del artículo 3° del Decreto Ley 1651 de 1997, normas relacionadas con la clasificación de funcionarios de seguridad en el Instituto de Seguros Sociales y Posteriormente el Decreto No. 416 de 20 de febrero de 1997, aprobatorio del Acuerdo No. 145 de 4 de febrero de 1997, emanado del Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales, en su artículo 1° clasificó el personal de la Entidad como empleados públicos y trabajadores oficiales; ya no apareció la clasificación de funcionarios de la seguridad social, como lo dispuso la Corte Constitucional.

**FUENTE FORMAL:** LEY 1651 DE 1977 - ARTICULO 2 / LEY 1651 DE 1977- ARTICULO 3 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 123 / DECRETO 2148 DE 1992 - ARTICULO 1 / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 235 / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 275 / ACUERDO 461 DE 1994 - ARTICULO 33 / DECRETO LEY 1651 DE DE 1977- ARTICULO 3 / LEY 10 DE 1990- ARTICULO 26 / DECRETO 416 DE 1997 - ARTICULO 1

**INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION – Procedencia**

Conforme el Decreto 416 de 20 de febrero de 1997, artículo 1°, literal A), numeral 13, el cargo de Profesional Universitario, Grado 28, 8 horas, registro número 16.105, Gerencia Seccional Administrativa de Pensiones y Protección de Riesgos Laborales (VA/VP/VPRL), Seccional Guajira que desempeñaba la actora y del que fue declarada insubsistente en el acto acusado, se encontraba clasificado como de libre nombramiento y remoción. En esas condiciones la actora no gozaba de ningún fuero de estabilidad en el ejercicio del cargo, por lo tanto, su nominador detentaba la facultad discrecional, pudiendo ser removida a través de la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, como efectivamente ocurrió.

**DESVIACION DE PODER - Carga de la prueba**

La demandante afirma que el acto acusado no fue debidamente motivado en razón que la insubsistencia del cargo no obedece a la voluntad del nominador sino a la necesidad de satisfacer apetitos burocráticos y políticos. la actora no cumplió con la carga que le impone el artículo 177 del C.P.C., en el sentido de probar los supuestos fácticos en que apoya su petitum. En resumen, las pruebas arrimadas al proceso no constituyen elemento probatorio alguno que acredite la intención del nominador en orden a proferir un acto administrativo con fines distintos al del buen servicio público, del que se pueda colegir irregularidad en la expedición del acto que se demanda, que sería el fundamento de la desviación de poder que se le endilga al acto de remoción de la demandante

**FUENTE FORMAL:** CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 177

## **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

### **SECCION SEGUNDA**

#### **SUBSECCION "B"**

**Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ**

Bogotá D.C., primero (1°) de julio de dos mil nueve (2009)

**Radicación número: 44001-23-31-000-2001-00382-01(4879-04)**

**Actor: ANA MARIA SMIT DE PEREZ**

**Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**

#### **AUTORIDADES NACIONALES**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la actora contra la sentencia proferida el 8 de julio de 2004 por el Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira, que negó las pretensiones de la demanda incoada por Ana María Smit de Pérez contra el Instituto de Seguros Sociales.

#### **LA DEMANDA**

Estuvo encaminada a obtener la nulidad de la Resolución No. 1072 de 14 de marzo de 2001, por medio de la cual el Presidente del Instituto de Seguros Sociales -ISS, declaró insubsistente el nombramiento de la actora, como Profesional Universitario Grado 28, 8 horas, Registro Número 16.105, de la Gerencia Seccional Administrativa de Pensiones y Protección de Riesgos Laborales (VA/VP/VPRL) Seccional Guajira.

A título de restablecimiento del derecho, pretende que se ordene el reintegro al cargo que venía ocupando o a otro de igual o superior categoría, así como el pago de los salarios, primas, cesantías y todas las demás prestaciones que la entidad cancela a sus funcionarios; se declare que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio y se de cumplimiento a la sentencia con aplicación de lo previsto en los artículos 176 a 178 del C.C.A.

Las anteriores pretensiones fueron sustentadas en los siguientes hechos:

Mediante Resolución No. 2697 de 1° de julio de 1993, la Presidente del ISS, nombró a la demandante en el cargo de Jefe de Sección Clase I, Grado 28, 8

horas, Sección Administrativa, Sede Administrativa UPNE Guajira, tomando posesión el 12 del mismo mes y año.

Por Resolución No. 2799 de 1° de julio de 1994, fue incorporada en el cargo de Profesional Universitario, Grado 28, Nivel A, dedicación completa, Seccional Guajira, tomando posesión el 1° de agosto de la misma anualidad.

Posteriormente mediante Resolución No. 1072 de 14 de marzo de 2001, expedida por el Presidente del Instituto de Seguros Sociales procedió a declarar insubsistente su nombramiento en el cargo de Profesional Universitario, Grado 28, 8 horas, Registro Número 16.105, Gerencia Seccional Administrativa de Pensiones y Protección de Riesgos Laborales (AV/VP/VPRL), Seccional Guajira.

El acto de retiro, cuya nulidad se solicita, no expuso ninguna motivación que hiciera alusión a las razones que se tuvieron para su desvinculación, a sabiendas de que su vinculación al ISS lo era en su condición de Trabajador Oficial y no como Empleada Pública, que en tal caso no ameritaría motivación alguna, para la declaratoria de insubsistencia.

La accionada en forma absurda ha pretendido hacer uso de la figura de la insubsistencia con relación al nombramiento de un funcionario que tiene carácter de trabajador oficial como en el caso de la accionante, cuya remoción obedeció a intereses políticos y clientelitas.

### **NORMAS VIOLADAS**

Como disposiciones violadas cita las siguientes:

Constitución Política, artículos 1°, 2°, 6°, 13, 25, 29, 48, 49, 90, 124 y 125; Convención Colectiva de Trabajo del ISS, artículos 1° al 8° y 170; Decreto 3135 de 1968, artículo 5°, numeral 2°; C.C.A., artículo 36; Ley 100 de 1993, artículo 275; Decreto 1294 de 1994, artículos 70, Inciso 1° y 264; Decreto 1950 de 1973, artículos 6°, 26, 46, 105 y 107; Decreto 2400 de 1968, artículos 4°, 6°, 7° y 8°. (Fls. 1-11)

### **LA SENTENCIA**

El Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira, mediante sentencia de 8 de julio de 2004, negó las súplicas de la demanda (Fls. 109-118), con base en las siguientes consideraciones:

Los empleados públicos de la Administración pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera; y en cuanto a la forma de retiro, el artículo 37 de la Ley 443 de 1998 estipula las causales, dentro de las cuales se encuentra la declaratoria de insubsistencia.

El artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968, prevé que el nombramiento de los empleados que no pertenezcan a la carrera, puede ser declarado insubsistente en cualquier momento sin necesidad de motivar la decisión, pero que se dejará constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida; y, en cuanto a los trabajadores oficiales, éstos serán retirados del servicio si se cumple alguna de las causales de terminación del contrato estipuladas en la Ley 50 de 1990, en su artículo 5°.

La demandante no acertó al señalar que ostenta la calidad de trabajador oficial del ISS, puesto que en primer término lo que se persigue es la nulidad de una resolución que declara insubsistente su nombramiento, más no se cuestiona la terminación de un contrato de trabajo por causa injustificada, porque de haber sido así ésta no sería la Jurisdicción competente para conocer del caso, sino la Ordinaria Laboral, y, en segundo término conforme al acervo probatorio obrante en el proceso, la accionante era una empleada pública de libre nombramiento y remoción del ISS, toda vez que su vinculación fue legal y reglamentaria.

En esas condiciones el acto acusado mediante el cual se produjo la declaratoria de insubsistencia de la actora en el cargo que venía ocupando, obedeció al estricto acatamiento del orden legal vigente, por lo que se mantiene incólume la presunción de legalidad.

### **EL RECURSO**

La actora impugnó la anterior decisión con la fundamentación que corre a folios 136 a 139, haciendo consistir su inconformidad en dos aspectos a saber:

El análisis hecho por el A-quo se limita a la calidad de la actora, pero no así frente a la naturaleza jurídica en sí del cargo ejercido durante aproximadamente ocho (8) años, lo cual sería importante bajo órbita jurídica del artículo 53 de la Constitución Política, lo cual no desbordaría la potestad del Juez para un pronunciamiento de fondo conforme el artículo 138 del C.C.A., estudio que le permitiría proferir decisión distinta.

Tanto en el libelo introductorio, como en las pruebas aportadas y las pretensiones de la demanda, no hay duda alguna que el acto administrativo acusado fue individualizado sin equivocación, siendo este el origen de la acción incoada, más no la ubicación de la actora frente a la clasificación de los empleados del ISS, tal como se analizó en la providencia recurrida y que no fue objeto de análisis por el Juez de Instancia

El A-quo olvidó que cuando se traba la litis con la contestación de la demanda, se abren las puertas a los fundamentos jurídicos soporte de la legalidad o ilegalidad de la actuación administrativa, lo cual consideró no se tuvo en cuenta cuando en la contestación de la demanda, el ISS admitió que la actora era una empleada pública y no una trabajadora oficial como erróneamente se clasificó en la demanda, pues el hecho de haber admitido tal calidad, ameritaba por parte del Tribunal un análisis de fondo frente al tema lo cual no se hizo, pese a que en el fondo se discutía era la legalidad del acto acusado y no otra cosa.

Finalmente no se puede olvidar que en un Estado Social de Derecho como el nuestro, los debates administrativos laborales se deben analizar bajo la órbita Constitucional prevista en el artículo 53, sin dejar de lado reglamentos subsidiarios que hacen un acompañamiento proteccionista frente a derechos fundamentales como el que se discute.

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

## **CONSIDERACIONES**

### **EL PROBLEMA JURÍDICO**

Se circunscribe a dilucidar por un lado la naturaleza del cargo desempeñado por la accionante, y si el acto en virtud del cual fue declarado insubsistente es producto de una desviación de poder y se debía ser motivado.

### **ACTO ACUSADO**

Resolución No. 1072 de 14 de marzo de 2001, suscrita por el Presidente del Instituto de Seguro Social 'ISS', por la cual declaró insubsistente el nombramiento de la actora en el cargo de Profesional Universitario, Grado 28, 8 horas, Registro Número 16.105, Gerencia Seccional Administrativa de Pensiones de Riesgos Laborales (VA/VP/VPRL), Seccional Guajira. (Fl. 16)

## **HECHOS PROBADOS**

### **Vinculación Laboral**

Según certificación suscrita por el Jefe de Recursos Humanos de la Seccional Guajira del ISS, quedó demostrado que la demandante prestó sus servicios desde el 12 de julio de 1993 hasta el 14 de marzo de 2001, y el último cargo desempeñado fue el de Profesional Universitario, Grado 28, 8 horas, Gerencia Seccional Administrativa de Pensiones y Riesgos Profesionales. (Fl. 78)

Por Resolución No. 2697 de 1° de julio de 1993, la actora fue nombrada como Jefe de Sección, Clase I, Grado 28, 8 horas, Sección Administrativa – UPNE Guajira, tomando posesión el 12 del mismo mes y año. (Fls. 80-81)

Seguidamente por Resolución No. 2799 de 1° de julio de 1994, fue incorporada al cargo de Profesional Universitario, Grado 28ª, jornada 8 horas, ubicado en la Gerencia Seccional Administrativa, posesionándose el 1° de agosto de la misma anualidad. (Fl. 82)

## **ANÁLISIS DE LA SALA**

### **Clasificación de los Servidores Públicos del ISS**

#### a) El Instituto de Seguros Sociales como Establecimiento Público

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

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

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

Los demás cargos son administrativos.”

Artículo 3°. De los Servidores del Instituto de los Seguros Sociales. Serán empleados públicos de libre nombramiento y remoción, el Director General del Instituto, el Secretario General, los Subdirectores y los Gerentes Seccionales de la entidad. Tales empleados se sujetarán a las normas generales que rigen para los funcionarios de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

Las demás personas naturales que desempeñen las funciones de que trata el artículo precedente, se denominarán Funcionarios de la Seguridad Social, con excepción de las personas que cumplan las funciones relacionadas con las siguientes actividades, que serán trabajadores oficiales: aseo, jardinería, electricidad, mecánica, cocina, celaduría, lavandería, costura, planchado de ropa y transporte. (Inexequible el texto subrayado).<sup>1</sup>

Los Funcionarios de Seguridad Social estarán vinculados a la administración por una relación legal y reglamentaria de naturaleza especial, que les confiere el derecho a celebrar colectivamente con el Instituto convenciones para modificar las asignaciones básicas de sus cargos”.

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

El artículo 123 de la **Constitución Política de 1991** prevé:

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

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

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

Posteriormente el artículo 1º del Decreto No. 2148 de 30 de diciembre de 1992, en el que se fundamentó el acto acusado y por el cual se reestructura el Instituto de Seguros Sociales, dispone:

“Naturaleza. El Instituto de Seguros Sociales funcionará en adelante como una empresa industrial y comercial del Estado, del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, vinculada al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

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

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

---

<sup>1</sup> Por En Sentencia C-579 de octubre 30 de 1996, la Corte Constitucional declaró inexequible el Inciso 2º, artículo 3º del Decreto-Ley No. 1651 de 1977, en el aparte que se subraya.

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

Parágrafo: Los trabajadores del Instituto de Seguros Sociales mantendrán el carácter de empleados de la Seguridad Social. (Inexequible el texto subrayado<sup>2</sup>)

A su vez el artículo 275 ibídem, preceptúa:

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

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

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

- A. El Presidente del Instituto
- B. El Secretario General
- C. Los Subdirectores Nacionales
- D. Los Jefes de Oficina Nacional, Seccional o Local
- E. Los Asistentes de la Dirección General
- F. Los Gerentes Seccionales
- G. Los Subgerentes Seccionales
- H. Los Secretarios Generales Seccionales
- I. Los Directores de Unidad Programática Institucional
- J. Los Directores de Unidad Programática Local
- K. Los Directores de Unidad Programática Zonal
- L. Los Directores de Unidad Programática de naturaleza especial
- M. Los Jefes de División del Nivel Nacional, Seccional y de Unidad Programática Institucional, Local, Especial o Zonal.

---

<sup>2</sup> Por Sentencia **C-579 de octubre 30 de 1996**, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara, la Corte Constitucional también declaró inexequible el parágrafo del artículo 235 de la Ley 100 de 1993, y a transcrito.

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

- N. Los Jefes de Departamento de Unidad Programática Institucional, Local, Especial o Zonal
- O. Los Jefes de Servicio de Unidad Programática Institucional, Local, Especial o Zonal
- P. Los Directores de Clínica u Hospital
- Q. Los Coordinadores de Servicios Asistenciales
- R. Los Aprendices
- S. Los Capellanes, y
- T. Los Practicantes.

Salvo lo dispuesto en los numerales anteriores, los servidores del Instituto conservarán su carácter de funcionarios de la Seguridad Social o de Trabajadores Oficiales, de conformidad con lo establecido en el artículo 3° del Decreto - Ley No. 1651 de 1977 y el párrafo del artículo 26 de la Ley 10 de 1990".<sup>4</sup>

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

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

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

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

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

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

Son Funcionarios de Seguridad Social Discrecionales, las personas que desempeñan los cargos que a continuación se señalan: Gerente Grados 38 y 39, Director I, II, III y Grados 38, 39 y 41, Jefe de Departamento, Subgerente,

---

<sup>4</sup> Se anota que la clasificación de personal de esta entidad, realizado en este decreto, también resulta afectado por la posterior Sentencia C- 579/96 ya citada, dado su contenido.

Coordinador, Jefe de Unidad, Jefe de Sección, Jefe de Grupo, Aprendiz, Capellán y Practicante, Técnico de Servicios Asistenciales (Regente de Farmacia), Técnico de Servicios Administrativos (Almacenista, Administrador Hospitalario, Banca, Finanzas, Comercio, Ventas, Informática, Mercadeo), Funcionario de Auditoría, Técnico de Mantenimiento (de Equipo Médico y Odontológico, de Máquinas y Equipos, Mecánica, Electricidad, Supervisor de obra).

### **Igualmente son cargos discrecionales los de los Despachos de los Empleados**

#### **Públicos.**

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

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

La Corte Constitucional mediante sentencia C-579 de 30 de octubre de 1996<sup>5</sup>, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara, resolvió declarar inexecutable el parágrafo del artículo 235 de la Ley 100 de 1993 y el Inciso 2° del artículo 3° del Decreto Ley 1651 de 1997, normas relacionadas con la clasificación de funcionarios de seguridad en el Instituto de Seguros Sociales, y sobre lo particular dijo:

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

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

---

<sup>5</sup> RESUELVE: “(...) Primero.- Declarar **INEXEQUIBLE** el parágrafo del artículo 235 de la Ley 100 de 1993.

Segundo.- Declarar **INEXEQUIBLE** el inciso 2° del artículo 3° 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*”.

cual el Presidente, Secretario General y demás funcionarios que desempeñen cargos de dirección o confianza, ostentan la calidad de funcionarios públicos.

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

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

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

"Los servidores del Instituto de Seguros Sociales se clasifican en Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales.

**A. Son empleados públicos**, las personas que ocupan los siguientes cargos en la planta de personal del ISS:

(...)

**13. Los Servidores Profesionales** y Secretarías Ejecutivas del Instituto **de los Despachos del Presidente, Secretario General o Seccional, Vicepresidente, Gerente** y Director.

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

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

### **Caso Concreto**

Conforme el Decreto 416 de 20 de febrero de 1997, artículo 1°, literal A), numeral 13 (Fls. 87-88), el cargo de Profesional Universitario, Grado 28, 8 horas, registro número 16.105, Gerencia Seccional Administrativa de Pensiones y Protección de

Riesgos Laborales (VA/VP/VPRL), Seccional Guajira (Fls. 82 y 16) que desempeñaba la actora y del que fue declarada insubsistente en el acto acusado, se encontraba clasificado como de libre nombramiento y remoción.

En esas condiciones la actora no gozaba de ningún fuero de estabilidad en el ejercicio del cargo, por lo tanto, su nominador detentaba la facultad discrecional, pudiendo ser removida a través de la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, como efectivamente ocurrió.

El A-quo en la sentencia impugnada si se refirió a la naturaleza jurídica del cargo, estableciendo las diferencias entre un trabajador oficial y un empleado público, para posteriormente negar las súplicas de la demanda, por considerar que su vinculación era legal y reglamentaria y que su retiro obedeció a la discrecionalidad del nominador.

### **Desviación de Poder**

La demandante afirma que el acto acusado no fue debidamente motivado en razón que la insubsistencia del cargo no obedece a la voluntad del nominador sino a la necesidad de satisfacer apetitos burocráticos y políticos.

En procura de probar los hechos de la demanda, peticionó los testimonios de Rita Marquez Urbina y Nora Isabel Correas F. (Fls. 60-62), que se limitan a hacer referencia a las buenas calidades de la demandante y la naturaleza jurídica de su vinculación, sin que aporten documentos que soporten sus afirmaciones y cuando se refieren a los móviles políticos, no precisan las condiciones de modo, tiempo y lugar que puedan respaldar su dicho, sino por el contrario afirman desconocer si así ocurrió o no.

En esas condiciones la actora no cumplió con la carga que le impone el artículo 177 del C.P.C., en el sentido de probar los supuestos fácticos en que apoya su petitum. Pudiendo el Juez en ejercicio del principio de la 'sana crítica' realizar una libre apreciación de las pruebas, que le permitan impartir justicia a la luz de lo probado en el proceso.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> CONSEJO DE ESTADO, sentencia de 4 de mayo de 2000, M.P. Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora.

En resumen, las pruebas arrojadas al proceso no constituyen elemento probatorio alguno que acredite la intención del nominador en orden a proferir un acto administrativo con fines distintos al del buen servicio público, del que se pueda colegir irregularidad en la expedición del acto que se demanda, que sería el fundamento de la desviación de poder que se le endilga al acto de remoción de la demandante.

En estas condiciones, se concluye que la sentencia apelada que negó las pretensiones de la demanda amerita ser confirmada.

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**

**CONFÍRMASE** la sentencia de 8 de julio de 2004, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira que negó las súplicas de la demanda incoada por Ana María Smit de Pérez contra el Instituto de Seguros Sociales.

Se reconoce a la Doctora Gressy Rojas Cardona con T.P. No. 152.759, como apoderada de la actora, de conformidad con el poder visible a folio 145.

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

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

**BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ**

**VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA**

**GERARDO ARENAS MONSALVE**