

221

REPÚBLICA DE COLOMBIA



*JUZGADO SEGUNDO (2) ADMINISTRATIVO DE DESCONGESTIÓN
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ*

Bogotá, DC., Junio veintitrés del año dos mil nueve

PROCESO:	2003-9049
DEMANDANTE:	JAIRO HUMBERTO GÓMEZ CÁCERES
DEMANDADO:	INSTITUTO NACIONAL DE LOS SEGUROS SOCIALES E.S.E LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO
CLASE DE ACCIÓN:	ORDINARIA- NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.

ANTECEDENTES

1. Correspondió al Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión, en uso de sus facultades legales y especiales conferidas por el Acuerdo N° PSAA09-5588 de marzo 11 de 2008, el conocimiento para emitir sentencia de la presente Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, por tal razón se procede al estudio de la misma y se establece que la accionante en ejercicio de la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrada en el artículo 85 del C. C. A., previos los trámites de un Proceso Ordinario, solicita de este Despacho se hagan las siguientes:

1.1. DECLARACIONES

PRIMERA. Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la resolución No. 1717 suscrita el 16 de julio de 2003, del Presidente del Instituto de Seguro Social y comunicada el 17 de julio de 2003, mediante oficio No. 821-007660 de julio 17 de 2003 suscrito por el Jefe de Departamento Nacional de Selección T administración de Personal, por medio del cual declara insubsistente el nombramiento de JAIRO HUMBERTO GÓMEZ CÁCERES- jefe de Departamento II, vinculado a la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud- Departamento Nacional de Mejoramiento y Atención al Funcionario de la Salud Nivel Nacional.

Primera Subsidiaria: que se ordene inaplicar por haber perdido su fuerza ejecutoria, la resolución No. 1717 suscrita el 16 de julio de 2003, del

Presidente del Instituto de Seguros Sociales y comunicada el 17 de julio de 2003, mediante oficio No. 821-007660 de julio 17 de 2003 suscrito por el Jefe de Departamento Nacional de Selección y administración de personal, por medio del cual se declara insubsistente el nombramiento de JAIRO HUMBERTO GÓMEZ CÁCERES – Jefe de Departamento II, vinculado a la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de salud- Departamento Nacional de Mejoramiento y Atención al Funcionario de la Salud del Nivel Nacional.

SEGUNDA: Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio DJN-US 08100 de agosto 26 de 2003, suscrito por JAIME EDUARDO RINCON CERON- Director Jurídico Nacional, comunicado al accionante mediante correo certificado No. 150296 del 2 de octubre de 2003, y por medio de la cual da respuesta al derecho de petición JGC No. 006 del 28 de julio de 2003, negando la oposición por perdida de fuerza ejecutoria de la resolución de declaratoria de insubsistencia No. 1717 del 16 de julio de 2003, negando el derecho de incorporación del demandante, sin solución de continuidad, a la planta de personal de la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento, como lo ordena el artículo 17 del Decreto 1750.

TERCERA: Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio G ESE. LCGS- No. 507 de septiembre 3 de 2003, suscrito por el jefe de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, por medio del cual adopta el Oficio del Director Jurídico Nacional No. DJN- US 08100 de agosto 26 de 2003, en el sentido de reiterar la vigencia de la resolución de declaración de insubsistencia No. 1717 de julio 16 de 2003, y negando el derecho de incorporación del demandante, sin solución de continuidad, a la planta de personal de la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento.

1.2. CONDENAS. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a titulo del reestablecimiento del derecho, se ordene lo siguiente:

1.2.1. Que se declare que JAIRO HUMBERTO GÓMEZ CÁCERES trabajó para el Instituto de los Seguros Sociales desde el 4 de julio de 1979, hasta el 26 de junio de 2003, fecha en al que se escindió la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud (VIPS), en Empresas Sociales del Estado.

1.2.2. Que se declare que JAIRO HUMBERTO GÓMEZ CÁCERES es servidor de la Empresa Social del Estado LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO, desde el 26 de junio de 2003, hasta la fecha en que se produzca el fallo definitivo por incorporación automática ordenada en el decreto 1750 de 2003.

1.2.3 Que se declare que JAIRO HUMBERTO GÓMEZ CÁCERES tiene derecho a que a costa de las demandadas se le reconozca y pague a partir del 26 de junio de 2003 los salarios, prestaciones sociales legales, y demás beneficios legales y extralegales que le corresponden como servidor de la E.S.E. LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO.

1.2.4. Que las sumas que resulten a favor del actor, se cancelen con el ajuste de su valor.

1.2.5. Que sobre el total de las mismas se apliquen los intereses moratorios respectivos, a la tasa más alta permitida por la ley.

1.2.6. Que las entidades demandadas den cumplimiento a la respectiva sentencia dentro del término señalado en el artículo 176 del C.C.A., teniendo en cuenta igualmente el artículo 177 ibidem.

1.2.7. Que se condene a las entidades demandadas a las costas del proceso, incluidas las agencias en derecho correspondientes.

2. Como HECHOS se relataron los siguientes:

2.1. Desde el 4 de junio de 1979, JAIRO HUMBERTO GÓMEZ CÁCERES fue nombrado en la planta de cargos del Instituto de Seguro Sociales y ha ocupado desde 1995 a 2003 el cargo de Jefe de Departamento II adscrito a la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud, del mencionado instituto, de conformidad con la resolución No. 1920 del 16 de mayo de 1995.

2.2 El 25 de junio del 2003, mediante resolución No. 1488, el Presidente del Instituto de Seguro Social distribuyó unos cargos y unos servidores en las seccionales del ISS, ubicando el cargo que ocupaba JAIRO HUMBERTO GÓMEZ CÁCERES como Jefe de Departamento Comercial en el seguro social Seccional Cundinamarca.

2.3. El 26 de junio de 2003 el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1750 de 2003, por el cual se escinde la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud (VIPS), y se crean unas entidades denominadas Empresas Sociales del Estado E.S.E con categoría especial de entidad pública descentralizada del nivel nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscrita al Ministerio de la

Protección Social, dentro de los cuales se encuentra la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento.

2.4. La Resolución 1488 en el numeral segundo, fue derogada de manera expresa por el presidente del ISS mediante resolución 1731 del 18 de julio de 2003, la cual en el numeral 12 de la parte considerativa manifestó expresamente que la resolución No. 1488 no "produjo efectos jurídicos frente a terceros", con lo cual las personas trasladadas a las seccionales del ISS, retornaran a su condición de trabajadores de la Vicepresidencia de Salud (VIPS) del ISS, Clínicas y centro de Atención Ambulatoria y por consiguiente incorporados automáticamente en cada una de las Empresas Sociales del Estado creadas por decreto 1750 de 2003, entre ellos el demandante, quien automáticamente queda incorporado en la palnta de personal de la E.S.E. LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO.

2.5 En el interregno comprendido entre la Resolución de distribución de cargos posteriormente derogada (No. 1488 del 25 de junio de 2003), y la resolución de derogatoria (No. 1731 de julio 18 de 2003), el Presidente del ISS profirió la resolución No. 1717 del 16 de julio de 2003, por la cual se declara insubsistente del cargo al demandante GÓMEZ CÁCERES.

2.6 Como se observa de la comparación de fechas de los actos administrativos, para el 16 de julio de 2003, (día de expedición de la resolución No. 1717) el Presidente del ISS, carecía de competencia para proferir este acto administrativo, toda vez que por virtud del decreto 1750 de 2003, JAIRO HUMBERTO GÓMEZ CÁCERES fue vinculado automáticamente a la E.S.E LUIS CARLOS SARMIENTO, luego era su gerente general, quien tenía la competencia legal para declarar la insubsistencia del servidor.

2.7. La resolución No 1717 de 2003 pierde su fundamento y soporte legal a partir del 18 de julio, fecha en la cual se deroga la resolución No. 1488 del 25 de junio de 2003, toda vez que el accionante volvía a su condición anterior, esto es, al cargo que ejercía el 25 de junio de 2003 y que desde 1995 viene desempeñando como Jefe de Departamento II, adscrito a la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud, del ISS.

2.8. Así las cosas, para el 26 de junio de 2003, JAIRO HUMBERTO GÓMEZ CÁCERES regresó a su condición de funcionario vinculado a la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud (VIPS), y por lo tanto es cobijado por las normas del Decreto Presidencial 1750 del 26 de junio de 2003, en especial por el artículo 17. (...).

228

2.9. La interpretación de la norma es tan sencilla, como que sólo el tenor literal es suficiente para entender que aquellos servidores públicos vinculados a la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud (VIPS), como es el caso del demandante, quedan vinculados de manera automática a las E.S.E's, creadas en el decreto 1750, dejando sin efectos (por derogación expresa) la resolución No. 1488 de 2003, y aquellos actos expedidos con fundamento en dichas normas, sobre los cuales operó el decaimiento (artículo 66 numeral 2º C.C.A) tales como la resolución 1717 de julio 16 de 2003. Así fue entendido por la misma E.S.E., cuando en casos similares vincula y asigna funciones a los servidores que trabajaban para la VIPS del Seguro Social, y quienes hoy día trabajan para la E.S.E. LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO.

2.10. En este sentido y por virtud del decreto Presidencial 1750 de 2003, JAIRO HUMBERTO GÓMEZ CÁCERES se incorporó automáticamente a la planta de personal de la Empresa Social del Estado LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO, sin que a la fecha de interposición de esta acción, le haya sido asignadas funciones o determinado el cargo, pese a las deferentes comunicaciones que en este sentido ha enviado, y a que inicialmente acudía a diario a las instalaciones de la E.S.E. con el animo de prestar sus servicios, como se puede determinar del libro de control de personal de la institución.

2.11 No obstante la claridad de la norma y a las diferentes comunicaciones del demandante hacia el gerente General de la ESE y otros funcionarios del ISS, no se ha dado cumplimiento al artículo 17 del decreto 1750 de 2003, continuando el demandante a la espera de una solución de su situación laboral.

2.12 Uno de estos comunicados es el JGC No. 019 de agosto 25 de 2003, en el cual se solicita dar cumplimiento a la norma mencionada, cuya respuesta fue adoptada en el oficio No. G. ESE.LCGS No. 507 de septiembre 3 de 2003 (de la cual se pretende al nulidad), y en oficio y en la cual adoptan el oficio DJN-US 08100 del 26 de agosto de 2003 suscrito por el Director Jurídico Nacional del ISS, concluyendo que el cargo desempeñado por el demandante no corresponde a la mencionada en el artículo 17 del Decreto 1750 de 2003, por tratarse de un funcionario de libre nombramiento y remoción, no un servidor público.

2.13 A la fecha de presentación de la demanda el accionante se encuentra desvinculado del ISS, por un acto de insubsistencia sobre el cual opero el

decaimiento, y desvinculado de la E.S.E. LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO, por cuanto su Gerente General, doctor FARUK URRUTIA JALILIE, no ha dado cumplimiento al decreto 1750 de 2003, en el sentido de no incorporarlo a la planta de personal a lo cual tenía derecho por al entrada en vigencia del mencionado decreto, al encontrarse vinculado a la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud, desde mayo de 1995.

3. Como NORMAS VIOLADAS se citan las siguientes:

CONSTITUCIONALES: Artículos. 1, 2, 13, 53, 90, 123, 209.

CODIGO CONTENCIOSO ADMNSITRATIVO: Artículos. 1, 3, 35, 36, 78, 85, 158 y 206 a 214, y demás normas concordantes del Código de Procedimiento Civil.

Ley 4 de 1992. Articuló 2, literal a) y h); artículo 4; parágrafo del artículo 14.

Decreto 1750 de 2003, por el cual se escinde el ISS y se crean unas ESE's.

Resolución No. 1731 del 18 de julio de 2003, por medio de la cual se revoca la resolución 1488 de junio de 2003.

4. CONTESTACION DE LA DEMANDA

4.1. INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL. El Instituto de Seguro Social se opuso a las pretensiones de la misma, pues considera haber obrado conforme a las normas vigentes y en ejercicio del poder discrecional que le confiere la ley, para ello expone las razones de defensa, y propone como excepción La Indebida Acumulación de Pretensiones.

4.2. Mientras que la E.S.E LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO, vinculada para integrar el contradictorio según auto del 29 de julio de 2005, amén de oponerse a las pretensiones propuesto las excepciones de carencia de acto administrativo demandable, falta de agotamiento de la Vía Gubernativa y la innominada o genérica, cuyos fundamentos de hecho serán determinados en la parte motiva de esta providencia, si es del caso.

5. ACTUACIÓN PROCESAL. Decretadas las pruebas solicitadas por las partes y oídas éstas en alegaciones de bien probado compete al Juzgado proferir la sentencia que en derecho corresponda, ya que no se advierte motivo de nulidad que deba declararse de oficio.

CONSIDERACIONES

1. Con la demanda se persigue la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 1717 de 16 de julio de 2003 expedida por el Presidente del I.S.S, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento de JAIRO

HUMBERTO GÓMEZ CÁCERES como Jefe Departamento II; la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio DJN-US 08100 de 26 de agosto de 2003, proferido por el Director Jurídico Nacional de la Gerencia Nacional del I.S.S por la cual se responde en forma negativa la solicitud de JAIRO HUMBERTO GÓMEZ CÁCERES de revocar el acto aquí demandado, y la nulidad del acto contenido en el oficio No. G.ESE.LCGS 507 de 3 de septiembre de 2003 en el que el Gerente de la "E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento" responde negativamente la petición presentada por el actor solicitando se le den instrucciones con respecto al cargo y funciones a desempeñar en la E.S.E.

2. En lo que respecta a la indebida acumulación de pretensiones formulada por el I.S.S. (que es necesario resolver antes de juzgar el mérito de la controversia porque podría generar la nulidad de lo actuado o una sentencia inhibitoria), se fundamenta en que de, de un lado, se reclama la nulidad de unos actos y seguidamente, en el punto 3.2 de la demanda, se plantea el reconocimiento de una relación laboral con la entidad accionada lo cual deriva en una incongruencia. Sin embargo, no puede olvidarse que la última pretensión se formuló como consecuencia de la primera, es decir, como una condena nacida de la declaración de nulidad, de un lado, y que el actor lo que pretende es la nulidad del acto administrativo que declaró insubsistente su nombramiento y por ello escogió la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, razón por la cual se juzgará la aspecto y luego, si prospera tal petición, se juzgará lo atinente a las condenas consecuenciales de tal declaración, del otro. De modo que no existe una indebida acumulación de pretensiones, pues no se acumulan la nulidad y restablecimiento del derecho con pretensiones meramente declarativas atinente a la existencia de una relación laboral (Art. 82 C.P.C.).

3. PROBLEMA JURÍDICO. Compete, ahora, juzgar si son legales o constitucionales los actos administrativos cuestionados y que sustentan la declaratoria de insubsistencia de Jaime Humberto Gómez Cáceres, si los servidores públicos de libre nombramiento y remoción tienen fueron de estabilidad y en qué condiciones puede la administración declarar la insubsistencia de nombramientos de empleados de libre nombramiento y remoción, y si la entidad demandada tenía competencia para proferir el acto mencionado.

4. PREMISA FÁCTICA. De suerte que si de conformidad con los antecedentes del presente caso, la materia litigiosa del *sub-examine* se contrae en definir la legalidad del acto en virtud del cual se declaró insubsistente en el cargo de Jefe de Departamento II en el Instituto

Nacional de Seguro Social, teniendo en cuenta que, amén de lo anterior, está probado que el actor fue nombrado en dicho cargo de forma adscrita a la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud del I.S.S, que posteriormente y mediante Resolución 1488 del 25 de Junio de 2003, fue ubicado como Jefe del Departamento Comercial en el Seguro Social Seccional Cundinamarca, que en virtud del Decreto 1750 del 26 de Junio de 2003, entre otras, se escindió la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud del I.S.S. y se constituyeron Empresas Sociales del Estado, que en virtud de la resolución No. 1731 del 18 de Julio de 2003 se dispuso que las personas trasladadas a las seccionales en virtud de la Resolución 1488 aludida, retornaran a la Vicepresidencia de Servicios de Salud con el propósito de incorporarlas automáticamente a las E.S.E creadas por el Decreto 1750 de 2003, para el caso, la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento, reincorporación de la que no fue participe el actor dada su declaratoria de insubsistencia.

5. En el caso está probado que mediante Resolución No. 1488 de 25 de junio de 2003, expedida por la Presidencia del I.S.S. —por la cual se distribuyen unos cargos y unos servidores en las seccionales del I.S.S- y que rige a partir de su expedición, se ubicó a JAIRO HUMBERTO GÓMEZ CÁCERES como Jefe del Departamento II Sección de Administración de Documentos de la Seccional Cundinamarca (fls 8 ss, 28 C.1). Y como en el hecho 7° de la demanda se afirma que dicha resolución al ser revocada por la 1731 del 18 de Julio posterior, el demandante volvió a su “condición anterior, esto es, al cargo que ejercía el 25 de junio de 2003”, sin hesitación aparece que en virtud de la primera el cargo que ocupaba el demandante fue distribuido en la Seccional de Cundinamarca y allí aquél cumplió sus funciones a partir de esa fecha, pues de otra manera no se hubiese alegado en la demanda ese “volver” al cargo que aquél ocupaba en la Vicepresidencia de Prestaciones de Servicios de Salud y no se explicaría qué labores ejerció entre el 25 de Junio y el 16 de Julio de 2003, cuando fue declarado insubsistente. Además, en el libelo no se niega tal hecho ni se alega que el demandante haya seguido cumpliendo sus funciones en la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud, pues dicha dependencia dejó de existir el 26 de Junio de 2003, ni tampoco que haya sido incorporado en alguna de las ESE creadas mediante el Decreto 1750 del 26 de Junio de 2003.

5.1. De modo que la Resolución 1488, respecto del demandante, cumplió el propósito en ella querido y aquél principió a ejecutar sus labores como Jefe de Departamento II en la Seccional de Cundinamarca a partir del 25 de Junio de 2003 y hasta el 16 de Julio de 2003, para el momento en que se

232

profirió el Decreto 1750 del 26 de Junio de 2003, JAIRO HUMBERTO GÓMEZ CÁCERES no pertenecía a la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud, a las Clínicas ni a uno de los Centros de Atención Ambulatoria del Instituto de Seguro Social, que fueron las dependencias escindidas, sino que seguía perteneciendo a este último y, por tanto, el competente para proferir la insubsistencia del nombramiento era el presidente de dicho Instituto, como efectivamente ocurrió, y esa la razón para que no se evidencie la falta de competencia invocada, para que se concluya que la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento no esté legitimada en la causa por pasiva y para que deba juzgarse en qué condiciones aquél podía proferir la insubsistencia, si el Decreto 1750 establecía algún fuero de estabilidad a los empleados públicos de libre nombramiento y remoción, y si se produjo el decaimiento del acto administrativo aquí demandado.

5.1. PREMISA NORMATIVA. Ciertamente el poder discrecional que tiene la administración de libre nombramiento y remoción no es absoluto, ni ilimitado sino que debe estar destinado al mejoramiento del servicio público. Empero y en virtud del principio de la seguridad jurídica, se presume que la administración cuando utiliza dicha potestad lo hace con el propósito de mejorar el servicio público, lo cual, de otra parte, no siempre ocurre. De allí que tal propósito de la administración constituye una presunción legal – *iuris tantum* – que admita prueba en contrario y, por tanto, quien pretenda desconocer dicha presunción tenga la carga de probar lo contrario conforme al artículo 177 del Código de Procedimiento Civil.

Uno de los aspectos que tiene la virtud de cuestionar la presunción de legalidad mencionada es la desviación de poder y ésta debe ser demostrada en forma clara, fehaciente y contundente, para llevar al Juez de lo contencioso administrativo a la certeza incontrovertible que motivos distintos al buen servicio fueron los que impulsaron al nominador a proferir el acto cuestionado. Y como en la demanda se afirma que la razón para que se proferiera el acto administrativo cuestionado no fue el mejoramiento del servicio sino el capricho o aspectos subjetivos de la entidad demandada, es del caso establecer si tales aspectos fueron acreditados dentro del proceso. Y como el actor ocupaba un cargo directivo y, por tanto, uno de libre y nombramiento y remoción, la administración podía declarar insubsistente dicho nombramiento sin necesidad de motivación alguna, como en efecto ocurrió y ese el motivo por el cual tampoco se advierte irregularidad alguna en el acto demandado. Sobre el particular, el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda - Subsección "A". C.P Dra.: Ana Margarita Olaya Forero en Sentencia de 2 de noviembre de 2000. Radicación No. 1553-00 señaló: "El acto de insubsistencia de un

233

empleado de libre nombramiento y remoción es discrecional y debe ser adecuado a los fines de la norma que lo autoriza. Y si bien es cierto que tal potestad no es omnímoda, en forma tal que pueda llegar a convertirse en arbitrariedad, dicha facultad está amparada legalmente cuando se trata de una atribución cuya conveniencia y oportunidad, está enmarcada dentro de la racionalidad de la medida."

5.2. De otra parte Decreto ley número 1750 de 2003, que dispuso la escisión del Instituto de Seguros Sociales y la creación de siete Empresas Sociales del Estado, estableció, en su artículo 16, que de acuerdo con la naturaleza jurídica que tienen las E.S.E, para todos los efectos legales, que los servidores de éstas son empleados públicos, salvo los que sin ser directivos desempeñen funciones de mantenimiento de la planta física hospitalaria y de servicios generales, quienes serán trabajadores oficiales. Y en su artículo 17, relativo a la continuidad de la relación laboral, prescribió que los servidores públicos que a la entrada en vigencia del referido decreto se encontraran vinculados a la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud, a las Clínicas y a los Centros de Atención Ambulatoria del Instituto de Seguro Social, quedarían automáticamente incorporados, sin solución de continuidad, en la planta de personal de las Empresas Sociales del Estado creadas por tal decreto. Y de igual manera que los servidores que sin ser directivos desempeñaren funciones de mantenimiento de la planta física hospitalaria y de servicios generales conservarían la calidad de trabajadores oficiales, sin solución de continuidad. Mientras que el artículo 19 *ibidem*, prescribió: "**PERMANENCIA.** Los servidores del Instituto de Seguros Sociales incorporados como empleados públicos a la planta de personal de las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto tendrán derecho de acceder a la carrera administrativa a través del proceso de selección que previa convocatoria se adelante para proveer el empleo."

De suerte que los artículos citados se tiene que las Empresas Sociales del Estado (E.S.E) creadas tendrían conformada su planta personal, por regla general, por empleados públicos de carrera, excepcionalmente los servidores que desempeñen funciones de mantenimiento de la planta física hospitalaria y de servicios generales conservarían la calidad de trabajadores oficiales (que entre otras cosas era la regla general que imperaba en los servidores del I.S.S como Empresa Industrial y Comercial del Estado¹), y por empleados de libre nombramiento y remoción, quienes, por obvias razones, mantendrían su naturaleza jurídica y de ninguna manera podrían ser incorporados automáticamente como trabajadores oficiales ni mucho

¹ El Decreto 2148 de 1992 estableció que El instituto de Seguros Sociales sería 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.

234

menos como empleados públicos; de tal suerte que la continuidad y permanencia de los mismos, de forma alguna puede ser predicada en igual condición que la que traían aquellas personas que ostentaban un empleo de carrera² o la condición de trabajadores oficiales.

De conformidad con lo anterior concluye el Despacho que para asegurar la prestación del servicio y la estabilidad laboral de los servidores del Instituto de Seguro Social, el legislador consagró la incorporación automática a las plantas de personal de las E.S.E creadas mediante el Decreto 1750 de 2003; sin embargo, ese decreto es aplicable a aquellos servidores que fueran trabajadores oficiales al servicio del Instituto de Seguro Social, en las dependencias en él descritas, al momento de su proferimiento y de manera alguna consagraba fuero de estabilidad alguno a las personas con él favorecidas, es decir, que los empleados de libre nombramiento y remoción igualmente estaban bajo la égida de la estabilidad laboral precaria que los caracterizaba.

5.3. Ahora, en lo relativo a la solicitud del accionante de declarar el decaimiento del acto administrativo que le declara insubsistente por pérdida de fuerza ejecutoria, es preciso señalar que dicha figura, la del decaimiento, alude a que en el evento de que un acto administrativo producido válidamente puede llegar a perder su fuerza en el ámbito de la eficacia al desaparecer los fundamentos de hecho o de derecho que le dieron origen (art. 66.2 del C.C.A). El decaimiento del acto en el derecho colombiano³ está íntimamente ligado con la motivación del mismo y se estructura por la desaparición de los elementos integrantes del concepto motivante del acto.

Y en el caso que se examina, expresa el actor que mediante Resolución No. 1488 de 25 de junio de 2003, expedida por la Presidencia del IS.S. –por la

² SENTENCIA C-579 DE 1996. EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO.-En principio quienes prestan sus servicios a una empresa calificada como industrial y comercial del Estado tienen la calidad de trabajadores oficiales vinculados por una situación contractual de carácter laboral. Es la excepción la posibilidad de ostentar la calidad de empleado público, y para determinarla se ha adoptado el criterio de la actividad o función, pues sólo si se trata de tareas de dirección o confianza podrá darse ésta, regida por una relación legal y reglamentaria. Pero además, es necesario que en los estatutos de la respectiva empresa se indique qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por empleados públicos.

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

³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo –Acto Administrativo. Ed. Universidad Externado de Colombia. 2006. Pág. 346.

cual se distribuyen unos cargos y unos servidores en las seccionales del I.S.S- se le nombra o ubica como Jefe del Departamento Comercial de la Seccional Cundinamarca de la entidad, que posteriormente con la expedición del Decreto 1750 de 2003 de 26 de junio de 2003, se escinde la Vicepresidencia de prestación de servicios de salud (dependencia donde venía laborando hasta antes de la expedición de la resolución No. 1488) y se constituye como empresa social del estado con personería jurídica propia y que, finalmente, con posterioridad a la declaratoria de insubsistencia de su cargo, se expide la Resolución No. 1731 de 18 de julio de 2003, que ordena el retorno de los servidores trasladados, a las seccionales a la Vicepresidencia de servicios de salud -ahora Empresa Social del Estado, razones por las cuales la resolución de insubsistencia pierde su fuerza ejecutoria.

Las razones esbozadas por el actor no son de recibo por el Despacho toda vez que, como ya se explicó, la pérdida fuerza ejecutoria del acto pende de la desaparición de los fundamentos de hecho o de derecho que dieron lugar a la existencia del acto, lo cual de ninguna forma se configura en el caso bajo examen, puesto que a la fecha de declaratoria de insubsistencia del cargo que tenía el demandante efectivamente éste laboraba como Jefe de Departamento II en el Seguro Social seccional Cundinamarca. Y como el acto administrativo demandado se profirió cuando estaba vigente la Resolución 1488 del 25 de Junio de 2003, pues no se demostró que ésta haya sido suspendida, anulada, revocada para esa fecha, ni tampoco se advierte su ilegalidad o inconstitucionalidad⁴, se trata de un acto proferido dentro del ordenamiento jurídico.

Y aunque la Resolución 1488 del 25 de Junio de 2003, fue revocada por la 1731 del 18 de Julio posterior, de ello no puede concluirse que no haya producido efecto alguno o que los efectos por ella producidos deban anularse, porque todas las decisiones de la administración están destinadas a producir efectos jurídicos, porque los actos administrativos producen efectos mientras no hayan sido retirados del ordenamiento jurídico y porque la revocatoria de actos administrativos sólo produce efectos hacia el futuro⁵ y no hacia el pasado como si ocurre con su anulación. De modo que

⁴ No evidencia el Juzgado que la Resolución 1488 resulte inconstitucional respecto del demandante, ya que éste es un empleado público de libre nombramiento y remoción, según se dijo, y por ello no se encontraba dentro del grupo de trabajadores oficiales que gozaran de algún fuero de estabilidad, como se indica en la Resolución 1731 del 18 de Junio de 2003. De allí que el ISS podía hacer la distribución del cargo, como lo hizo.

⁵ "En presencia de los actos administrativos citados, la Corporación encuentra que habiendo sido satisfecha por la entidad obligada la finalidad buscada con la demanda, el proceso pierde su interés, careciendo de sentido un pronunciamiento jurisdiccional sobre nulidad de los actos acusados.

Es cierto que la jurisprudencia ha sido renuente a aplicar la tesis de la sustracción de materia cuando el acto revocado es de contenido particular, generador de efectos concretos que eventualmente podrían haber tenido daño o lesión, porque la revocación surte efectos hacia el futuro y no permite el resarcimiento del

si la resolución 1488 fue retirada del ordenamiento jurídico el 18 de Julio de 2003, para el 16 de Julio anterior, cuando se profirió la Resolución 1717 aquí demandada, se encontraba vigente y, por tanto, esta última tenía soporte normativo. Ahora bien, el hecho que la Resolución 1488 de 2003, haya sido retirada del ordenamiento jurídico no conlleva al decaimiento de la declaratoria de insubsistencia demandada, ya que ésta no se sustenta en aquélla, es decir, que la declaratoria de insubsistencia no tiene como sustento normativo dicha resolución sino en otras normas jurídicas vigentes, como se indicó, y para lo único que interesaba la vigencia de la Resolución 1488 de 2003, era con el propósito de establecer la competencia del ISS para proferir el acto demandado. Una consideración distinta, conllevaría a afirma que cada vez que se cambie la competencia de un ente público, todos los actos por éste proferidos pierde fuerza ejecutoria por decaimiento, lo cual resulta inadmisibile.

4. Según lo dicho, no se desvirtuó la presunción de legalidad del acto administrativo demandado, por lo cual se denegarán las pretensiones de la demanda, sin que sea necesario juzgar las excepciones propuestas por la parte demandada.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

DECISIÓN

PRIMERO. Declárase no probada la excepción de “Indebida Acumulación” interpuesta por el Instituto de Seguro Social.

SEGUNDO. Niéganse las pretensiones de la demanda.

TERCERO. Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría DEVUÉLVASE al interesado el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso si la hubiere, déjese constancia de dicha entrega y ARCHÍVESE el expediente.

CUARTO. Conforme al Acuerdo PSAA09-5588 del 11 de Marzo de 2009 proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura

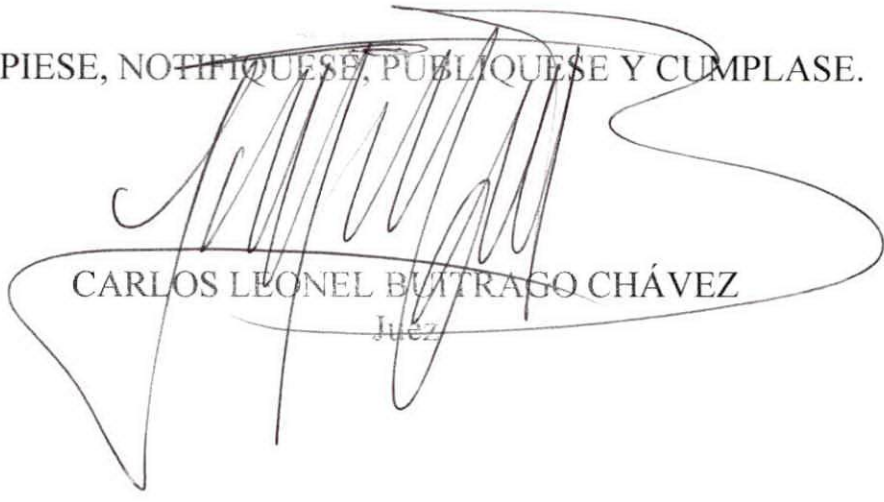
daño, pero en el *sub lite* es diferente, porque la modificación de la fecha señalada en la Resolución número 1725 de 1986 y la contabilización del tiempo de servicios requerido para que la demandante ascendiera al grado sexto, a partir de la fecha señalada en el acto de revocación, implican el logro a plenitud de la tutela jurídica impetrada en la demanda que ninguna otra pretensión contiene". (Sent. de oct. 23 / 91, Exp. 2174, Cons. de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Secc. 2ª, Cons. Pon. Dra. Dolly Pedraza de Arenas).

237

Señor(a) expediente Rad. No. 2003-09019
Abogado: Julio Humberto Gómez Cáceres
Asesorado: Instituto de Seguros Social - I.S.S. E. Luis Carlos Galán Sarmiento

y una vez ejecutoriada esta providencia, por secretaría remítanse las diligencias al Juzgado de Conocimiento para que liquide los gastos del proceso y efectúe el correspondiente archivo.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE.


CARLOS LEONEL BUITRAGO CHÁVEZ
Juez

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL
DE CONOCIMIENTO DEL TRIBUNAL DE BOGOTÁ

En Bogotá, hoy 03 Jul/2009

Procurador () Judicial, la providencia anterior.