



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA

Consejero Ponente: Dr. ALFONSO VARGAS RINCÓN

Bogotá D.C., dieciocho (18) de mayo de dos mil once (2011)

No. de Referencia: 110010325000200500158 01

No. Interno: 7428-05

Actor: LUZ EUGENIA QUINTERO TELLO Y OTRO.

Autoridades Nacionales

LUZ EUGENIA QUINTERO TELLO Y DIANA MARCELA ANGULO, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicitó a esta Corporación se declare la nulidad parcial del Decreto No. 190 de 30 de enero de 2003 *"por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 790 de 2002"*, concretamente de los apartes subrayados de los artículos 14 y 16 que disponen:

"Artículo 14. Pérdida del derecho. La estabilidad laboral a la que hace referencia este capítulo cesará cuando de constate que el ex empleado ya no hace parte del grupo de personas beneficiarias de la protección especial.

En todo caso, la estabilidad laboral cesará una vez finalice, el Programa de Renovación de la Administración Pública, conforme a lo establecido en el artículo 16 del presente decreto."

Artículo 16. *Aplicación en el tiempo. Salvo lo dispuesto en el artículo anterior sobre la supresión de cargos vacantes y en el capítulo II sobre el reconocimiento económico para la rehabilitación profesional y técnica, las disposiciones contenidas en el presente decreto se aplican a partir del 1º de Septiembre de 2002, dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública del orden nacional, y hasta su culminación, la cual no podrá exceder, en todo caso, el 31 de enero de 2004"*

Los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones de la demanda, se resumen así:

El Congreso de la República expidió la Ley 790 de 27 de diciembre de 2002, con el fin de adelantar el Programa de Renovación de la Administración Pública y otorgar unas facultades extraordinarias al Presidente de la República.

En el artículo 12 de la mencionada norma; dispuso:

"PROTECCIÓN ESPECIAL. 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."

El Presidente de la República en ejercicio de la facultad reglamentaria, expidió el Decreto 190 de 2003 en desarrollo de la Ley 790 de 2002, el cual en su artículo 16 estableció una limitación de tipo temporal para la protección especial ordenada por la ley reglamentada, indicando que se extendería hasta el 31 de enero de 2004.

Tal limitación resulta contraria a la voluntad del legislador, quien no estableció ninguna limitación en el tiempo para la aplicación de la protección especial. Contrario a ello lo que hizo fue consagrar una prohibición clara y expresa para el retiro de los trabajadores sujetos de protección especial.

En este sentido, la Corte Constitucional en sentencia C-1039 de 5 de noviembre de 2003, amparó el derecho a la protección especial y precisó los alcances del artículo 12 de la Ley 790 de 2002, aclarando que dicha protección se extiende hasta el momento en el que desaparezcan las circunstancias que motivan la permanencia en el retén social, sin sujetarlo a plazo alguno.

En esas condiciones, la limitante impuesta en el artículo 16 del Decreto 190 de 2003, desconoce normas superiores especialmente el artículo 12 de la Ley 790 de 2002.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Invocó como transgredidas las siguientes: Artículos 2, 4, 5, 3, 25, 42, 43, 44, 47, 93 de la Constitución Política; artículo 12 de la Ley 790 de 2002; artículo 2° de la Ley 82 de 1993.

Al explicar el concepto de violación de la normatividad invocada expresa que los artículos 189 numeral 11 y 237 numeral 2° de la Constitución Política disponen que el control de legalidad sobre los decretos expedidos por el Presidente de la República, corresponde al Consejo de Estado.

De acuerdo con los artículos 4° y 243 de la Constitución Política los pronunciamientos que la Corte Constitucional emita en ejercicio del control de constitucionalidad, hacen tránsito a cosa juzgada, y ninguna autoridad puede reproducir el contenido de un acto declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan las disposiciones constitucionales con las cuales se confrontaron con la norma ordinaria.

En esas condiciones dado que la Corte Constitucional se pronunció en relación con los alcances del artículo 12 de la Ley 790 de 2002, aclarando que la protección especial allí prevista se extiende hasta el momento en el que

desaparezcan las circunstancias que lo incluyeron en el retén social. Siendo así, la limitante impuesta en el artículo 16 del Decreto 190 de 2003 contraría normas de carácter superior.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Ministerio de la Protección Social

Se opuso a que se declare nulo "el artículo 5 del Decreto 515 de 2004" puesto que fue proferida con plena observancia del ordenamiento jurídico vigente.

Considera que en el presente caso no es preciso hacer un pronunciamiento de fondo para demostrar la ilegalidad de los apartes demandados, ante la nutrida jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el particular. Por lo tanto manifiesta el apoderado de la entidad, que deja en manos del Consejo de Estado el análisis y decisión del tema.

Ministerio de Hacienda y Crédito Público

El apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público propone la excepción de inepta demanda, por considerar que en la demanda no se hacen cargos específicos contra los actos acusados, ni se expone el concepto de violación de las normas invocadas como violadas.

Manifiesta que a partir de la sentencia C-991 de 2004 la Corte Constitucional ha venido aplicando la excepción de inconstitucionalidad con ocasión de un expediente de tutela puesto bajo su consideración.

Como fundamento para aplicar la excepción consideró que los apartes demandados exceden la disposición con fundamento en la cual fueron expedidos, además de que vulneran algunos apartes de la Constitución Política. En esas condiciones, los fundamentos de derecho de las normas acusadas han desaparecido.

Así las cosas se presenta carencia de objeto que hace innecesario un pronunciamiento por parte del Consejo de Estado sobre los apartes demandados, teniendo en cuenta que no están produciendo efectos jurídicos.

De otra parte, el propósito del Plan de Renovación de la Administración Pública es desarrollar principios constitucionales como la eficiencia, tal y como se desprende de la exposición de motivos de la Ley 790 de 2002. En ese sentido, no es coherente extender unos beneficios adicionales indefinidamente que obedecen a circunstancias específicas, afectando la consecución de los fines de la norma puesto que resultarían más onerosos que la situación administrativa anterior.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Tercero Delegado ante esta Corporación intervino en esta oportunidad solicitando se declare la nulidad de las expresiones demandadas, toda vez que desconocen los postulados constitucionales que protegen la población vulnerable, excediendo su facultad reglamentaria en lo relacionados con el límite temporal, puesto que la norma que reglamenta, la Ley 790 de 2002, no impone restricción temporal alguna.

Por su parte la Procuradora Segunda Delegada solicitó declarar la cosa juzgada respecto a los apartes demandados de los artículos 14 y 16 del Decreto 190 de 2004, y estarse a lo resuelto en sentencia de 19 de abril de 2005, radicado No. 3701-03.

Para resolver, se

CONSIDERA

El problema jurídico se contrae a establecer si el Presidente de la República se excedió en el ejercicio de la potestad reglamentaria al expedir el Decreto 190 de 2003 concretamente los apartes demandados contenidos en los artículos 14 y 16, por haber establecido una restricción de

tipo temporal que no contenía la norma que reglamenta, esto es la Ley 790 de 2002.

Los apartes demandados son los subrayados:

"Artículo 14. Pérdida del derecho. La estabilidad laboral a la que hace referencia este capítulo cesará cuando de constate que el ex empleado ya no hace parte del grupo de personas beneficiarias de la protección especial.

En todo caso, la estabilidad laboral cesará una vez finalice, el Programa de Renovación de la Administración Pública, conforme a lo establecido en el artículo 16 del presente decreto."

Artículo 16. Aplicación en el tiempo. Salvo lo dispuesto en el artículo anterior sobre la supresión de cargos vacantes y en el capítulo II sobre el reconocimiento económico para la rehabilitación profesional y técnica, las disposiciones contenidas en el presente decreto se aplican a partir del 1º de Septiembre de 2002, dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública del orden nacional, y hasta su culminación, la cual no podrá exceder, en todo caso, el 31 de enero de 2004"

A juicio de la parte actora, la restricción de tipo temporal establecida por las normas acusadas, resulta contraria a la voluntad del legislador, puesto que aquel no estableció ninguna limitación en el tiempo, para la aplicación de la protección especial. Contrario a ello lo que hizo fue consagrar una prohibición clara y expresa para que los trabajadores sujetos de protección especial del retén social no puedan ser retirados, sin establecer distinción alguna.

En este sentido la Corte Constitucional en sentencia C-1039 de 5 de noviembre de 2003, amparó el derecho a la protección especial y precisó los alcances del artículo 12 de la Ley 790 de 2002, aclarando que dicha protección se extiende hasta el momento en el que desaparezcan las circunstancias que motivan la permanencia en el retén social, sin sujetarlo a plazo alguno.

Respecto de este cargo observa la Sala que en sentencia de 19 de abril de 2005¹ esta Sección, se ocupó del punto y consideró lo siguiente:

"En efecto, el plan de protección social (PPS) fue establecido en el artículo 8-D de la Ley 812 de 2003 (Plan Nacional de Desarrollo). Dicha prescripción que estableció un límite a la protección especial consagrada en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-991 de 2004.

Así se expresó la Corte Constitucional en el citado fallo:

"Es un hecho notorio que hoy en día los discapacitados y los padres y madres cabeza de familia no son objeto de preferencia a la hora de contratación laboral. Ciertamente, en procura de un eficientismo se busca contratar a personas con capacidades físicas plenas que pueda producir en mayor cantidad y calidad en el menor tiempo posible, característica que no reúnen, en términos generales, los limitados físicos, mentales, visuales o auditivos; además, se busca que la disposición de tiempo mental y físico sea plena, e incluso mayor a la del tiempo reglado de trabajo, cuando las necesidades de la empresa así lo impliquen, rasgo que, en términos generales, madres y padres cabeza de

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Expediente No. 3701-03 Actor: WINSTON MIGUEL LEON OSORIO.

familia, que deben velar por la seria responsabilidad del manejo del núcleo familiar, no tienen. Así las cosas, es casi nula la posibilidad de que las personas con estas características que fueron desvinculadas en el proceso de Reestructuración de la Administración consigan trabajo. Esto, en primera medida, afecta sus ingresos monetarios. La disminución de ingresos es aún más grave para este tipo de personas por los altos costos médicos que, en la mayoría de ocasiones, implica el manejo de la limitación, o las erogaciones que conlleva el manejo de una familia -las cuales, para quienes son cabeza de esta institución, están exclusivamente a su cargo-.

Además, así estas personas hayan recibido una indemnización en el momento de su desvinculación, el dinero de ésta no equivale al salario que, de manera indefinida, ellos seguirían recibiendo de continuar vinculados laboralmente. Lo anteriormente señalado permite afirmar que se deriva una consecuencia grave del trato diferenciado radicada en la afectación del mínimo vital de los desvinculados en estado de debilidad manifiesta.

Por otro lado, se generaría una consecuencia desventajosa en el derecho a la seguridad social en salud y en pensiones, puesto que ya no tendrían soporte del empleador en la cotización de los aportes a la segunda y perderían la continuidad y seguridad de la cancelación de los aportes de la primera que se ve plenamente garantizada con el pago de un salario.

A las consecuencias desventajosas en materia de seguridad social y mínimo vital se añaden los perjuicios al libre desarrollo de la personalidad derivados del trato diferencial. En efecto, como se señaló en la Sentencia C-023/94, arriba citada, el trabajo no tiene como única recompensa la monetaria, sino la proyección social del individuo y la búsqueda diaria de un móvil, parte integrante de un plan de vida. En el caso de las personas con limitaciones, es verdaderamente relevante la posibilidad de desarrollo social a través de una ocupación laboral, puesto que, de otra manera, generalmente, son objeto de ciertas discriminaciones o subestimaciones por parte de la comunidad que los rodea. Ahora bien, el hecho de que sea más relevante para las personas con limitaciones no implica que deje de ser altamente importante para una persona con salud plena, como lo puede ser una madre o un padre cabeza de familia.

A la grave afectación de los sujetos objeto de discriminación se contrapone un beneficio medio en la eficiencia en el gasto público. En efecto, la reestructuración de la administración implicó el despido de un número de personas que, en términos generales, es considerablemente mayor al porcentaje de individuos que se vio beneficiado con el denominado "retén social". En esta medida, el fin buscado, a saber la eficiencia en el

manejo de los fondos públicos, comparativamente hablando sólo obtendría un beneficio medio de mantenerse vigente el límite. Este beneficio medio, y no grave, se confirmaría si se tiene en cuenta que, en mayor o menor medida, la desvinculación de los funcionarios también representaba productividad para la entidad a la cual estaban vinculados lo cual implica que para determinar el efectivo aumento en la eficiencia de la Administración se debe realizar una sumatoria entre la productividad que pierde con la desvinculación y la erogación que deja de realizarse en virtud de la desvinculación del funcionario. Al realizar ésta se disminuiría el beneficio conseguido para la eficiencia.

Aplicando la regla de la ponderación según la cual para que una limitación sea exequible el grado del beneficio del fin buscado por el legislador debe ser tanto mayor cuanto mayor sea la afectación del principio constitucional en colisión, se tiene que el límite del 31 de enero de 2004 establecido en el último inciso del artículo 8, literal D, de la Ley 812 de 2003 es inexecutable.

Al juicio anteriormente adelantado, vale la pena agregar que la norma que ahora se declara inexecutable ya había sido inaplicada por inconstitucional, a través de la excepción de inconstitucionalidad. La Sentencia T-792/04, Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería, estudió un caso de una Mecnógrafa de Telecom. con 47% de incapacidad laboral, quien a su vez era madre cabeza de familia, la cual fue desvinculada después del 31 de enero de 2004, en aplicación del límite de la protección laboral especial fijado en el Decreto 190 de 2003, reiterado en la Ley 812. La accionante solicitaba se mantuviera la especial protección laboral fijada, sin límite de tiempo, en la Ley 790.

Después de analizar que dentro de la población en general existen personas con protección constitucional reforzada (entre ellos los niños, las madres cabeza de familia y los discapacitados), la Sala de Revisión estudió, de manera sistemática, el límite de aplicación en el tiempo fijado por el Decreto 190 de 2003, artículo 16, a la protección establecida en la Ley 790, y por la Ley 812 de 2003, artículo 8, literal D, último inciso. Para la Sala de Revisión, el plazo fijado por este inciso contrariaba el derecho a la igualdad, en virtud de que si bien a la protección especial laboral de los sujetos próximos a pensionarse no le establecía el límite del 31 de enero de 2004, sin razón suficiente, sí se lo fijaba a las madres y padres cabeza de familia y a los discapacitados. Por tanto, concedió la tutela aplicando de manera directa la Constitución al caso concreto.”²

² Sentencia Corte Constitucional C-991 del 12 de octubre de 2004. M.P.: Dr. Marco gerardo Monroy Cabra.

Es de resaltar que la Corte Constitucional en la precitada sentencia precisó que la protección laboral reforzada, cuyo límite declaraba inexecutable, no es de carácter absoluta, pues si bien los sujetos a los cuales va dirigido la norma no pueden ser despedidos sin motivación alguna, y mucho menos cuando el motivo de la desvinculación sea la razón que los hace merecedores de la especial protección laboral, sí lo pueden ser cuando exista justa causa para esto y el retiro del servicio observe celosamente el debido proceso.

Ahora bien, como se colige de la decisión de la Corte, desapareció del ordenamiento jurídico el límite temporal de protección para los discapacitados, mujeres embarazadas y para las mujeres cabeza de familia, es decir, fue suprimida del mundo jurídico la norma que sirve de sustento del Decreto que se acusa en esta litis en los artículos 14 inciso final y 16, luego es forzoso concluir que tales normas deben correr igual suerte, pues se produce el fenómeno de inconstitucionalidad por consecuencia, lo que impone su declaratoria de nulidad, al tenor del artículo 84 inciso 2 del C.C.A.

Precisamente la misión del reglamento es precisar aquellos aspectos que no han sido definidos por el legislador, sin que ello implique un desbordamiento en el ejercicio de la potestad, pues sabido es que el límite del reglamento está en la normas que precisamente regula.(...)”

De acuerdo con lo anterior, las expresiones demandadas del artículo 14 y del artículo 16 del Decreto 190 de 2003 ya fueron declaradas nulas por esta Corporación, razón por la cual habrá de estarse a lo dispuesto en sentencia de 19 de abril de 2005.

281

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

FALLA

Estése a lo resuelto en sentencia 19 de abril de 2005 expediente 3701-03 de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

Cópiese, notifíquese y ejecutoriada esta providencia, y en firme esta providencia archívese el expediente.

Discutida y aprobada en sesión celebrada en la fecha.



VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA



GERARDO ARENAS MONSALVE



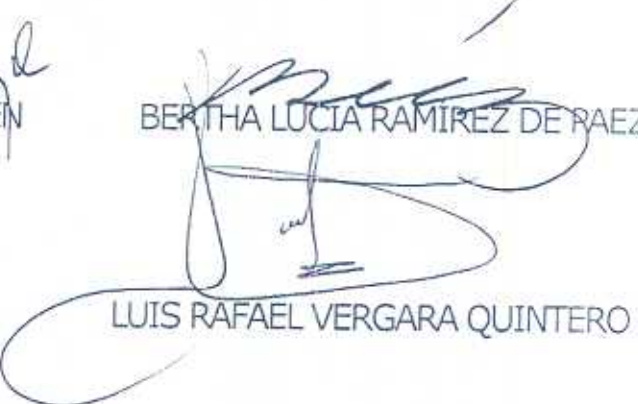
GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN



BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE RAEZ



ALFONSO VARGAS RINCÓN



LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO