

RETEN SOCIAL- Omisión de inclusión de prejubilados en el acto de supresión de la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander / ACTO DE SUPRESION DE LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO FRANCISCO DE PAULA SANTANDER – No inclusión en el reten social de los prejubilados / NULIDAD DEL ACTO DE SUPRESION DE LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO FRANCISCO DE PAULA SANTANDER POR OMISION – Efecto

Se acusa que mediante el Decreto No. 810 de 2008, el Gobierno Nacional suprimió la E.S.E. Francisco de Paula Santander y ordenó su liquidación, pero en el parágrafo del artículo 12, que ha sido demandado, se señalaron las personas favorecidas por el retén social, y allí no se incluyó dentro de los beneficiarios a los “prejubilados”, conforme lo había ordenado de modo general la Corte Constitucional en la Sentencia C-381 de 2000. Sobre este cargo, es menester decir que la acción de nulidad cae en el vacío, en tanto no ataca el contenido objetivo de la norma que reconoció los beneficios de estabilidad a las personas con discapacidad, embarazadas y al padre o a la madre cabeza de familia sin alternativa económica. No discrepa el demandante del contenido material de la norma, protesta porque considera que otro grupo de personas debió ser incluido, en tanto hay leyes que otorgan beneficios entre otros, a los prejubilados o prepensionados. Aquí el debate propuesto resulta ser entonces de técnica legislativa, pues la inclusión que hiciera el Decreto de las personas con discapacidad, embarazadas, padres o madres cabeza de familia, no tiene la virtud de derogar las normas especiales que otorgan beneficios a los prepensionados y a los prejubilados, ni prohíbe la aplicación de las sentencias de constitucionalidad y de tutela que puedan beneficiar a las personas en trance de consolidar el derecho a la pensión de jubilación. En suma, la inclusión de una categoría de beneficiarios, no excluye los otros a los que las leyes especiales, no derogadas por este decreto, les reconozcan beneficios. No prospera entonces el cargo porque si se decretara la nulidad de la norma, por lo que supuestamente no dijo, se llegaría al absurdo de aniquilar los derechos de las personas con discapacidad, padre o madre cabeza de familia incluidos en ellas. En conclusión, se ha demandado un contenido jurídico inexistente, por lo cual, la acción no podría prosperar.

INDEMNIZACION POR SUPRESION DE LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO FRANCISCO DE PAULA SANTANDER – Improcedencia de aplicar la convención colectiva. Aplica a despido injustificados

La indemnización prevista en la Convención Colectiva es una sanción al empleador que despide injustamente a un empleado, mientras que la indemnización prevista en el Decreto demandado está llamada a compensar al trabajador por la desaparición de la empresa y por supuesto del cargo, extinguida por razones de conveniencia social. Por lo anteriormente expuesto, como la tabla de indemnización prevista en el Decreto demandado, no coincide en los supuestos de hecho, con la tabla prevista en la Convención Colectiva de Trabajo, la norma acusada no ha violado la convención ni los derechos adquiridos, pues sencillamente el empleador y los trabajadores en la Convención Colectiva de Trabajo nunca pactaron una indemnización para el caso de liquidación de la empresa.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 810 DE 2008. GOBIERNO NACIONAL. ARTICULO 14. (No nulo)

INDEMNIZACION POR SUPRESION DE CARGOS EN LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO FRANCISCO DE PAULA SANTANDER – Período de aplicación

El primer límite que fija el parágrafo 2º del artículo 14 que ha sido demandado, es el de la fecha de ingreso, el segundo será, desde luego el de la fecha de retiro del cargo por supresión del mismo. Mayor será entonces la indemnización, si mayor es el tiempo de servicio a la institución, esa es la inspiración del parágrafo del artículo 14 del Decreto 810 de 2008, que lleva naturalmente a buscar el límite más antiguo de vinculación del empleado, el que debe estar referido al ingreso al Instituto de Seguros Sociales, criterio este que no viola ninguna norma de orden superior y que si fuera declarado nulo, lejos de beneficiar a los empleados cuyo cargo se suprime, causaría la supresión de uno de los parámetros para fijar el monto de la indemnización. Puestas en esta dimensión las cosas, dicho parágrafo no puede ser retirado del ordenamiento.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 125

INDEMNIZACION POR SUPRESION DE CARGOS – No procede para empleados de libre nombramiento y provisionales

El derecho de igualdad se predica entre iguales y no hay esa identidad entre los empleados que ingresaron al servicio por el sistema de mérito, con sujeción al artículo 125 de la Carta y quienes no pueden exhibir ese mérito. Repítase a manera de conclusión, si la indemnización es la compensación por la pérdida del derecho a la estabilidad, fruto de haber superado las etapas de un concurso, cómo otorgar tal beneficio a quienes no concursaron y carecen del derecho a la estabilidad. Por lo mismo, el parágrafo tercero del artículo 14 del Decreto No. 810 de 2008, en cuanto establece que la “indemnización no se aplica a quienes desempeñen cargos de libre nombramiento y remoción”, no contraviene la normatividad superior, ni está aquejado de nulidad.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá. D.C., veintidós (22) de septiembre de dos mil diez (2010).

Radicación número: 11001-03-25-000-2008-00045-00(1227-08)

Actor: ALBERTO PARDO BARRIOS

Demandado: GOBIERNO NACIONAL

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala, en única instancia, la acción de **simple nulidad** interpuesta por Alberto Pardo Barrios, contra el parágrafo único del artículo 12, y los artículos 13 y 14 del Decreto No. 810 de 2008, expedido por el Gobierno Nacional.

LA DEMANDA

ALBERTO PARDO BARRIOS, en ejercicio de la acción de simple nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicitó que se retiren del ordenamiento jurídico algunos de los apartes de las siguientes normas:

- Parágrafo único del artículo 12 y los artículos 13 y 14 del Decreto No. 810 de 2008, en los apartes señalados en la demanda, expedido por el Presidente de la República y los Ministros de Hacienda y Crédito Público, de la Protección Social, así como por el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, decreto por medio del cual se suprimió la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander.

Las pretensiones tienen apoyo en los hechos que enseguida se compendian:

Existía una Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre el Instituto de los Seguros Sociales y SINTRAISS, acuerdo vigente hasta el 31 de octubre de 2004, que continuó rigiendo, a pesar de haber sido denunciada por el I.S.S., toda vez que en el fallo proferido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, se negó la revisión de la Convención,¹ decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá.²

A su vez, la Corte Constitucional, en palabras del actor, ordenó "...que la Convención Colectiva vigente entre el ISS y sus trabajadores, al momento de la escisión, se tenía que seguir aplicando a los Servidores de las Empresas Sociales del Estado creadas, entre ellas la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO demandada, así el trabajador pasara a tener la condición de empleado público..."

Para el actor, la escisión y supresión de una entidad no afecta la vigencia de la Convención Colectiva de Trabajo, pues la Corte Constitucional declaró la inexecutable de la segunda parte del artículo 18 del Decreto No. 1750 de 2003³,

¹ Proceso Ordinario Laboral No. 048 de 2005.

² Sala Laboral, Magistrado Ponente Dra. Carmen Elisa Genecco Mendoza, Sentencia de 29 de febrero de 2008.

³ Por el cual se escinde el I.S.S. y se crean unas Empresas Sociales del Estado.

por tanto, los derechos adquiridos que reconoce el artículo 5º del Decreto No. 1919⁴ de 27 de agosto de 2002, conservan plena vigencia.

Argumenta el demandante, que la reestructuración de la E.S.E., Francisco de Paula Santander, realizada mediante el Decreto No 4032 del 10 de noviembre de 2005, conllevó la supresión de algunos empleos. No obstante, mediante el Decreto No. 810 de 2008, el Gobierno Nacional suprimió la E.S.E. Francisco de Paula Santander y ordenó su liquidación. Así, en el párrafo del artículo 12 del Decreto demandado, se señalaron las personas favorecidas por el “retén social”, pero no se incluyó a los prejubilados, o “prepensionados”, lo que debió hacerse para cumplir lo ordenado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-381 de 2000.

De otro lado, en el artículo 13 del Decreto No. 810 de 2008, al tratar el tema de la protección de los trabajadores aforados, y el procedimiento para el levantamiento del fuero, no atendió los condicionamientos señalados por la Corte Constitucional en la Sentencia antes señalada.

A su vez, el artículo 14 del Decreto No. 810 de 2008, determinó la tabla de indemnización para quienes fueran retirados con ocasión de la liquidación, pero no tuvo en cuenta la tabla pactada convencionalmente, con lo cual desconoció la vigencia de la Convención Colectiva de Trabajo.

Y en cuanto a la indemnización, el párrafo segundo del artículo 14 del mentado Decreto No. 810 de 2008, preceptúa que cobija “a partir de la fecha de nombramiento en el Instituto de Seguros Sociales”, y excluye con tal determinación las personas designadas en las Empresas Sociales del Estado que se escindieron del I.S.S.

LAS NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE VIOLACIÓN

De la Ley 790 de 2002, el artículo 12.

De la Ley 812 de 2003, el artículo 8º, en conexión con la Sentencia C-991 de 2004.

De la Constitución Política, los artículos 25, 39 y 243.

El Convenio 98 de la OIT.

⁴ Por el cual se fija el Régimen de Prestaciones Sociales para los Empleados Públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial.

Del Código Sustantivo del Trabajo, los artículos 113, 114, y 118 (con las modificaciones establecidas en el Decreto No. 204 de 1957 y la Ley 712 de 2001).

De la Ley 4ª de 1992, el artículo 1º.

Del Decreto No. 1572 de 1998.

1.- Considera el demandante que la expedición del párrafo del artículo 12 del Decreto No. 810 de 2008, viola la Constitución y las normas legales señaladas en la acusación, pues a su juicio, hubo una omisión, en tanto se excluyó de los beneficios del llamado “retén social”, a los trabajadores que tienen la calidad de “prejubilados” o “prepensionados”.

La parte demandante acomete una reseña del sistema de seguridad social existente en Colombia, y tras recordar los modelos de Bismarck, Beveridge y mixtos, invoca los principios del sistema, tales como universalidad, solidaridad y eficiencia, previstos en el artículo 48 de la Constitución Política. Reclama que los “prepensionados” tienen algo más que simples expectativas protegidas por el ordenamiento; pues en materia pensional las expectativas legítimas, sí merecen protección por parte del legislador, de ahí la existencia de regímenes de transición reconocidos en las Sentencias C-168/95, C-147/97 y T-235/02.

Se remite el demandante a la Ley 790 de 2002⁵ que en el artículo 12 consagró, una protección especial para los trabajadores en trance de ganar la pensión, si ellos resultaren afectados con la supresión o modificación de las plantas de personal en el proceso de reestructuración de las instituciones del sector salud. Este derecho está fundado en el principio de la confianza legítima, esperanza que alimenta a quien está cerca de ganar la jubilación, en cuanto a que no serían cambiadas inopinadamente las "reglas del juego" sobre su pensión.

En cuanto al límite temporal, el recuento de las distintas leyes arroja que el reten social cobija el periodo de los tres años a partir del decreto de liquidación y hasta que ésta realmente se concrete. Por consiguiente, a juicio del demandante durante todo el periodo de liquidación de una de estas entidades (tanto el inicialmente fijado como las prorrogas que hubiere), el prejubilado queda amparado con una estabilidad laboral y debe ser incluido en las listas del “retén social”.

⁵ Por el cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República.

En consecuencia, la parte acusada de la norma, viola los artículos 11, 48 y 53 de la Constitución Política y los artículos 12 de la Ley 790 de 2002 y 8º de la Ley 812 de 2002, en conexión con la sentencia C-991-04 y el artículo 243 de la Constitución Política.

2.- Una segunda acusación hace la parte demandante, esta vez, por violación directa, de las normas superiores, según dijo, con la expedición del artículo 13 del Decreto No. 810 de 2008 en el cual, "Para efectos de la desvinculación del personal que actualmente goza de la garantía de fuero sindical, el liquidador adelantará el proceso de levantamiento de dicho fuero, dentro de los términos y condiciones establecidas en las normas que rigen la materia, es decir, solicitando los pronunciamientos correspondientes en los mencionados procesos.

Los jueces laborales deberán adelantar los procesos tendientes a obtener permiso para despedir a un trabajador amparado con fuero sindical, de las entidades que se encuentren en liquidación, dentro de los términos establecidos en la ley y con prelación a cualquier asunto de naturaleza diferente, con excepción de la acción de tutela".

La acusación en sede contencioso administrativa comprende la parte subrayada del texto, según ella, se desconoció el artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo, pues la norma cuya nulidad se pide no incluyó expresamente los condicionamientos puestos por la Corte Constitucional, que son cosa juzgada constitucional; por tal motivo, viola los artículos 25, 39 y 243 de la Constitución Política, el Convenio 98 de la OIT, así como también, los artículos 113, 114 y 118 del C. S. del T con las modificaciones establecidas en el Decreto No. 204 de 1957 y los artículos 44, 45 y 48 de la Ley 712 de 2001.

3.- En tercer lugar, se reprocha porque el artículo 14 del Decreto No. 810 de 2008, viola directamente las normas superiores, pues dispuso unas tablas de indemnización contrarias a las previstas en la Convención Colectiva y en la ley. La violación viene de que el artículo 58 de la Constitución Política protege los derechos adquiridos, y el artículo 55 eleva a rango constitucional los beneficios convencionales. Los derechos adquiridos – prosigue el demandante - son intangibles, inmodificables, quedan cobijados por la jurisprudencia consignada en la Sentencia C-314 de 2004, según la cual ninguna disposición normativa inferior a la Carta puede contener orden alguna que implique su desconocimiento. Luego, al analizar la inexequibilidad de la noción de derecho adquirido contenida en el

artículo 18 del Decreto No. 1750 de 2003, se dijo que la Convención Colectiva es ley para las partes, genera derechos adquiridos y toda norma que menoscabe el valor de una Convención Colectiva en la que se hayan reconocido, derechos, debe ser excluida del ordenamiento.

La citada Sentencia C-314 de 2004 abogó por una visión no restringida de los derechos adquiridos, y mantuvo la orientación casi inalterable que han tenido la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional sobre esta materia. Además, la Sentencia es importante porque se refiere expresamente a los derechos adquiridos mediante Convención Colectiva en el I.S.S., cuya vigencia se extendería a quienes pasaron a las Empresas Sociales del Estado por el fenómeno de la escisión. En consecuencia, para tasar la indemnización hay que tener en cuenta lo acordado en la Convención Colectiva.

Entonces, como el artículo 5º de la Convención Colectiva vigente establece una tabla de indemnización que beneficia a los trabajadores, y ésta no fue cumplida cabalmente en el Decreto demandado, que fijó unos límites de indemnización inferiores a los convencionales, tal disposición debe ser retirada del ordenamiento, en tanto la norma contiene una tabla de indemnización diferente a la convencional.

4.- En cuarto lugar, se acusa la violación de normas superiores, con la expedición del párrafo segundo del artículo 14 del Decreto No. 810 de 2008, en cuanto la regla demandada parte para hacer cálculos de " la fecha de nombramiento en el Instituto de Seguros Sociales", pues excluyó con tal determinación a los trabajadores nombrados en las E.S.E., que se escindieron del I.S.S.

Como es sabido, el Decreto No. 1750 de 26 de junio de 2003, creó, entre otras, la Empresa Social del Estado E.S.E., Francisco de Paula Santander, que sustituyó como empleador, en todas sus obligaciones laborales y derechos, al Instituto de los Seguros Sociales. El mismo Decreto No. 810 de 2008, en gracia de discusión, estableció una indemnización por retiro para quienes tuvieran "Por menos de cinco (5) años de servicios continuos: Cuarenta y cinco (45) días de salario por el primer año; y quince (15) días de salario por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos". Si eso fuera cierto, y dado que hace casi cinco años se creó la E.S.E., carece de explicación que el citado Decreto estableciera la indemnización para la "planta de personal de la Empresa

Social del Estado Francisco de Paula Santander en cumplimiento de la Sentencia C - 349 de 2004"; y, a renglón seguido la guitarra para los mismos funcionarios de la E.S.E. Francisco de Paula Santander, designados después de junio de 2003, pues tal cosa no tiene coherencia. Se afecta por consiguiente el derecho de igualdad, y se violan los artículos 13, 58, 55, 243 de la Constitución Política, la Sentencia C-349 de 2004, y la misma estructura del Decreto acusado.

5.- En el quinto de los cargos, se acusa la violación de normas superiores con la expedición del parágrafo tercero del artículo 14 del Decreto No. 810 de 2008. Dicho parágrafo, establece que la "indemnización no se aplica a quienes desempeñen cargos de libre nombramiento y remoción, ni a quienes hayan ingresado después del 26 de junio de 2003 a la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander, creada mediante el Decreto-Ley 1750 de 2003."

Argumenta el demandante, que la Corte Constitucional, en la Sentencia C-349 de 2004, ha resaltado la relación directa entre la indemnización y la afectación de la estabilidad laboral, que también incluye a funcionarios en provisionalidad, con mayor razón si ellos ocupan cargos de carrera administrativa.

Existe, por consiguiente, el derecho a la indemnización, que tiene como causa la reparación como compensación, por la pérdida de la estabilidad que se sustenta en el artículo 53 de la Constitución Política. De ahí que por mandato legal expreso, se determinó la compatibilidad de las prestaciones e indemnización en el citado artículo 16 del Decreto No. 554 de 2003. Por consiguiente, la norma acusada viola los artículos 13, 243 y 53 de la Carta, en conexidad con las Sentencias C-314 y C-349 de 2004; el artículo 1º de la Ley 4ª de 1992; el artículo 16 del Decreto No. 554 de 2003; y el artículo 139 del Decreto No. 1572 de 1998.

LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Ministerio de la Protección Social, se opuso a las pretensiones de la demanda, lo que hizo con apoyo en los siguientes argumentos (Fls. 265 a 281):

Para el Ministerio no resulta claro cómo es que la disposición atacada, contenida en el Decreto No. 810 de 2008, puede contravenir las normas constitucionales y legales señaladas, al indicar los beneficiarios del "reten social", pues tal decisión

se adoptó con sujeción a las facultades que le otorga al Presidente de la República el numeral 15 del artículo 189 de la Carta y el artículo 52 de la Ley 489 de 1998. Tampoco contraviene las normas de liquidación de las entidades públicas, esto es, el Decreto Ley 254 de 2000 y la Ley 1105 de 2006, pues en su expedición no podía atender o dar aplicación a normas que carecen de vigencia por la temporalidad en ellas establecidas, como el caso de la Ley 790 de 2003 o bien por la generalidad de sus mandatos, como lo es la Ley del Plan del pasado periodo presidencial, Ley 812 de 2004.

El Decreto Ley 254 de 2000, en su artículo 8º manda que el liquidador elabore y presente a la Junta Liquidadora un programa de supresión de cargos, determinando el personal necesario para el proceso de liquidación, previendo que "al vencimiento del término de liquidación quedarán automáticamente suprimidos los cargos existentes y terminarán los contratos de trabajo de acuerdo con el respectivo régimen legal aplicable.", sin que haya un régimen de estabilidad laboral para otro grupo de personas; por lo tanto, tal disposición sólo impone la obligación de atender la estabilidad laboral relativa de quienes se encuentran escalafonados en carrera administrativa y a quienes gocen de fuero sindical.

El Gobierno Nacional dispuso la protección temporal de algunos servidores públicos de la E.S.E. Francisco de Paula Santander, en concreto las personas con discapacidad, las embarazadas y las madres o padres cabezas de familia sin alternativa económica, lo que constituye una medida legítima, en cuanto es una acción afirmativa en favor de las personas más débiles, sin que ello afecte el derecho a la igualdad, pues tal discriminación positiva superaría el test de razonabilidad en tanto, si bien puede el ejecutivo ordenar la supresión de entidades y organismos administrativos, al tiempo está obligado a mitigar el impacto que en los servidores públicos puede producir su desvinculación inmediata por efecto de la orden de supresión y liquidación.

En el presente caso, a pesar que el demandante cita y desarrolla supuestos cargos de violación, en realidad ninguno permite establecer si existe una oposición objetiva y verificable entre el contenido del Decreto No. 810 de 2008 y las normas de rango superior que informan la liquidación de las entidades públicas, es decir, no permite que se aplique un juicio de legalidad de la norma impugnada, pues en el cargo se persigue, no la nulidad de la disposición acusada, sino la inclusión en ella de la categoría de los "prepensionados", por lo que, la demanda carece de

objeto por no haber texto normativo que pueda ser anulado o suprimido por el Consejo de Estado.

En lo que atañe al cargo segundo, que reside en la violación directa de normas superiores, con la expedición de la parte acusada del artículo 13 del Decreto No. 810 de 2008, el señalamiento trata de un cargo formulado con base en una particular lectura de la norma, para inferir que no se tuvo en cuenta el condicionamiento que a los artículos 114, 118 y 113 del Código Procesal del Trabajo efectuara la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-381 de 2000, pues al parecer, los mismos condicionamientos debieron reproducirse expresamente en la norma demandada.

Para la parte demandada, la expresión "dentro de los términos y condiciones establecidas en las normas que rigen la materia", consignada en el artículo 13 del Decreto No. 810 de 2008, como exigencia para la realización de los procesos de levantamiento del fuero sindical por parte del liquidador, consagra la obligación de éste de sujetarse en todo a las disposiciones legales de carácter laboral que informan este tipo de procesos.

El tercero de los cargos atinente al desconocimiento de la tabla de indemnización prevista en el artículo 14 del Decreto acusado, en cuanto ella es diferente a la tabla contenida en la Convención Colectiva vigente con el Instituto de Seguros Sociales, la que, en consideración del demandante constituye derecho adquirido para el trabajador, derecho que de acuerdo con la sentencia C-314 de 2004 de la Corte Constitucional se transmitiría a quienes pasaron a las Empresas Sociales del Estado, E.S.E., por la escisión; por lo tanto, tal disposición viola los artículos 58 y 55 de la Carta.

No hay razón para la acusación formulada, dice la entidad demandada, pues de acuerdo con lo expresado en la Sentencia C-314 de 2004, no hay la sustitución patronal que alega el demandante, además, la indemnización prevista en la Convención no constituye, ni podía constituir un derecho adquirido conforme a lo expresado por la Corte Constitucional en múltiples pronunciamientos. Así, conforme a copiosa jurisprudencia de la Corte Constitucional, constituye derecho adquirido aquel que, por haber ingresado al patrimonio de su titular, resulta intangible y no puede ser modificado por normas posteriores. En efecto, el artículo 58 de la Constitución precisa que un derecho goza de protección constitucional

cuando ha sido adquirido con arreglo a la ley. En el presente caso, a juicio de la parte demandada el reconocimiento de la indemnización por la supresión del cargo, o por su estipulación convencional, no puede tomarse como parte del patrimonio de los trabajadores, por el mero hecho de haber contado con la posibilidad remota, de adquirir una posición en la nueva planta de personal de las Empresas Sociales del Estado, menos contando apenas con un nombramiento de carácter provisional. Sobre los derechos adquiridos, destaca la demandada la jurisprudencia del Consejo de Estado, especialmente la Sentencia del 1º de marzo de 2007, dictada dentro del expediente No. 3707-2005.

En segundo término, si se tiene en cuenta que los servidores públicos de la E.S.E. Francisco de Paula Santander, en virtud del cambio de naturaleza de los empleos y la vinculación automática ordenada a través de los artículos 16 y 17 del Decreto Ley 1750 de 2003, si bien gozaban de un régimen especial de permanencia laboral, su vinculación tenía el carácter de provisional en cargos de carrera administrativa, cargos respecto de los cuales, la doctrina de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, es reiterativa en señalar que son distintas las condiciones de los empleados de libre remoción a la de los empleados de carrera; por tanto, es totalmente desproporcionado aplicar, en materia de ingreso, permanencia, promoción y desvinculación reglas propias de los empleados de carrera, a quienes sólo son de libre remoción o provisionales.

Se reprocha la violación directa de normas superiores, con la expedición del párrafo segundo del artículo 14 del Decreto No. 810 de 2008, para el demandante, la expresión acusada, en cuanto se dice excluyó con tal determinación a los trabajadores nombrados en las Empresas Sociales del Estado que se escindieron del I.S.S., afecta el derecho a la igualdad consagrado en los artículos 13, 55, 58 y 243 de la Carta y la Sentencia C-349 de 2004.

Según la réplica a la demanda, el demandante atribuye a la regla acusada un supuesto inexistente, que tal disposición excluye las personas que fueron vinculadas por la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander, cuando la norma sólo se refiere a la manera como debe contabilizarse el tiempo para el pago de la indemnización por la supresión del empleo. La norma enjuiciada no hace entonces la exclusión atribuida por el actor, y su declaración de nulidad supondría la indeterminación de la fecha a partir de la cual se contabilizaría el tiempo aplicable a los servidores públicos de la E.S.E. para efectos de tasar la

indemnización; por lo mismo, también se estaría frente a una proposición jurídica inexistente, lo que impone desestimar las súplicas de la demanda.

Aunque el demandante intenta desarrollar los cargos de violación, para la entidad demandada, en realidad no hay en ellos proposición objetiva y verificable, entre el contenido del párrafo segundo del artículo 14 del Decreto No. 810 de 2008, y las normas de rango superior que informan la liquidación de las entidades públicas, con lo cual, es imposible hacer el juicio de legalidad de la norma impugnada.

Establecido en la norma de rango legal, que el tiempo de servicio en el Instituto de Seguro Social, para todos los efectos legales debe computarse con el tiempo de servicio en las E.S.E., no se entiende, dice la demandada, cómo a través de la presente acción se ataca dicha fecha, la cual resulta a todas luces más favorable para el reconocimiento de la indemnización.

En el último cargo, el demandante aduce que el párrafo tercero del artículo 14 del Decreto No. 810 de 2008, al excluir del pago de la indemnización a un segmento de trabajadores, afectándoles el derecho constitucional a la igualdad, vulnera el respeto que de los mismos consagra el artículo 2º de la Ley 4ª de 1992, así como, los artículos 16 del Decreto No. 554 de 2003 y 139 del Decreto No. 1572 de 1998, amén de los artículos 13, 53 y 243 de la Carta en conexidad con las Sentencias C-314 y C-349 de 2004.

Frente a este cargo, la demandada alega que los servidores públicos fueron vinculados automáticamente, sin solución de continuidad en las nuevas plantas de las siete Empresas Sociales del Estado, en virtud de la naturaleza de los empleos de estas entidades del orden nacional, en su mayoría se encuentran o encontraban en situación de provisionalidad; así, en virtud de lo dispuesto en el artículo 19 del Decreto Ley 1750 de 2003, se garantizó su permanencia en los cargos a los cuales se les vinculó, pues sólo podían ser retirados por las causales señaladas en el artículo 37 de la Ley 443 de 1998, o por supresión del cargo; beneficio que se radicó exclusivamente en cabeza de quienes fueron vinculados de manera automática. De esta manera, a juicio de la demandada, no puede entenderse cómo a través de la declaratoria de nulidad pedida, se pretenda incluir al grupo de funcionarios que son de libre nombramiento y remoción o que ocupan

cargos de carrera, pero no se encuentran inscritos en carrera administrativa, los cuales no gozan de periodo o fuero alguno que les garantice una relativa estabilidad en el empleo, pues su nombramiento en la entidad tiene el carácter de ordinario o de provisional y en tal condición, pueden ser retirados del servicio en cualquier momento, ya sea en el ejercicio de la facultad discrecional o por cualquiera otra de las causales.

ALEGATOS

Las partes guardaron silencio en la oportunidad para formular sus alegaciones finales.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuraduría Tercera Delegada ante el Consejo de Estado pide sea decretada la nulidad parcial del acto demandado, es decir, restringida al artículo 14 del Decreto No. 810 de 2008; en lo demás, reclama sean negadas las pretensiones de la demanda, concepto apoyado en los siguientes argumentos (Fls. 288 a 301):

Se acusa que el párrafo del artículo 12 del Decreto No. 810 de 2008, no incluye a los servidores públicos prejubilados o prepensionados del retén social, sin embargo, esa circunstancia no genera nulidad, dado que aquellos están asistidos de una mera expectativa y no de un derecho patrimonial consolidado. Las personas que hacen parte del denominado retén social, se mantendrán en la entidad, conservando las condiciones que tenían al momento de disponerse la liquidación, y hasta cuando culmine su liquidación, y nada diferente se desprende del acto acusado. Quienes cumplan los requisitos de edad y tiempo de servicios requeridos, se mantendrán en los cargos, hasta tanto les sea reconocida dicha prestación social y se encuentren incluidos en nómina de pensionados, independientemente del proceso de liquidación de la E.S.E.

El Decreto no se aparta de los artículos 13, 48, 53 y 243 de la Constitución Política, en tanto otorga estabilidad laboral a los funcionarios allí descritos, en especial mientras consolidan su situación pensional. Y quienes aun no habían obtenido el derecho a la pensión, tampoco hay el vicio denunciado, pues ellos no tienen “derechos consolidados”, como lo decidió la Corte Constitucional en la

Sentencia C-410 de 1997, con ponencia del Magistrado Hernando Herrera Vergara.

Finalmente, dice el Ministerio Público que "...no se encuentra la violación a la que alude la demanda respecto de lo dispuesto en el artículo 8ª de la Ley 812 de 2003, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo para el período 2006-2010 (sic)..." [aplica para el período 2002 a 2006], pues en ese compendio sólo se regula la garantía para quienes están próximos a pensionarse, siempre bajo el entendido de que cumplan los requisitos exigidos legalmente.

En cuanto al segundo cargo, contra el artículo 13 del Decreto No. 810 de 2008, la norma demandada no prevé que el liquidador pueda eludir las disposiciones legales de carácter laboral, en especial la protección del derecho de asociación.

Respecto del tercer cargo, en que se acusa el artículo 14 del referido Decreto, a juicio del Ministerio Público, la tabla de indemnización prevista en el acto acusado viola lo dispuesto en la Convención Colectiva de Trabajo, en la medida en que se aplique a los trabajadores oficiales que hacían parte de la Convención Colectiva válidamente suscrita por estos con la entidad, por lo que, debe declararse la nulidad de dicha disposición, siempre bajo el entendido de que sea exclusivamente aplicable a los trabajadores oficiales que se incorporen automáticamente a la entidad como servidores públicos, por razón del proceso de liquidación, quienes gozan de los derechos reconocidos en la Convención y mientras ella conserve vigencia. Como soporte de lo anterior, cita el Ministerio Público, la Sentencia C-314 de 2004 de la Corte Constitucional, que decidió sobre una demanda de inconstitucionalidad parcial contra los artículos 16 y 18 del Decreto No. 1750 de 2003 "Por el cual se escinde el Instituto de Seguros Sociales y se crean Empresas Sociales del Estado".

El cuarto de los cargos, recae sobre el párrafo 2º del artículo 14 del Decreto No. 810 de 2008, no obstante, para el Ministerio Público el acto demandado no regula el tema de la forma en que señala el demandante. El cargo endilgado no tiene entonces relación alguna con lo previsto en el acto acusado, por lo cual es notorio, afirma, "que estamos frente a una proposición jurídica inexistente".

El quinto de los cargos, recae sobre el párrafo tercero del artículo 14 del Decreto No. 810 de 2008. A este propósito, considera el Ministerio Público que el

acto acusado no excluye del pago de la indemnización a un segmento de trabajadores de la entidad escindida. Se equivoca el demandante cuando afirma que se priva del pago de la indemnización a un grupo de trabajadores, pues la consecuencia lógica de un proceso liquidatorio o de supresión de cargos, como ocurrió en el sub lite, es indemnizar a aquéllos funcionarios inscritos en el régimen de carrera administrativa que ingresaron a la entidad mediante un concurso de méritos. Por tanto, está previsto que la indemnización debe pagarse sólo a aquellos funcionarios que en la entidad escindida estaban inscritos en cargos de carrera administrativa, y no a quienes se hallaban vinculados al servicio en la condición de funcionarios de libre nombramiento y remoción o designados en provisionalidad.

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

CONSIDERACIONES

Al Consejo de Estado le corresponde resolver los siguientes problemas jurídicos: **1.-** Si el Decreto demandado en verdad excluye a los “prejubilados” del denominado “reten social”; **2.-** Si el decreto acusado afecta los derechos de las personas con fuero; **3.-** Si las tablas de indemnización previstas en el Decreto demandado desconocen la Convención Colectiva de Trabajo; **4.-** Si fijar la fecha de nombramiento en el Instituto de Seguros Sociales, como límite temporal para tasar la indemnización, excluye el derecho de algunos empleados y; **5.-** Si el beneficio de estabilidad y, por tanto, la indemnización debe otorgarse a los empleados designados en provisionalidad y a los de libre nombramiento y remoción.

El acto cuya nulidad se solicita es del siguiente tenor:

"Decreto 810 de 2008
(marzo 14)

Por el cual se suprime la Empresa Social del Estado Francisco de Paula

Santander y se ordena su liquidación"

Del artículo 12, que regula la supresión de empleos y terminación de la vinculación, fueron demandados los apartes subrayados:

"Parágrafo.- Los servidores públicos en condición de padre o madre cabeza de familia sin alternativa económica, discapacitados y embarazadas se mantendrán en la planta de cargos mientras conserven la condición que les otorga el reunir el supuesto de hecho que generó el beneficio, en todo caso hasta la culminación de la liquidación de la entidad. Extinguida la condición de beneficiario por circunstancias sobrevivientes, el cargo quedará automáticamente suprimido.

Los servidores públicos vinculados a la ESE Francisco de Paula Santander en liquidación, que hubieren cumplido los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o de vejez, en la fecha de expedición del presente decreto, se mantendrán en la planta de cargos hasta cuando les sea reconocida la pensión e ingresen en la nómina de pensionados, o hasta que culmine el proceso de liquidación de la entidad, si para entonces no han ingresado a dicha nómina.

Del artículo 13, sólo la parte subrayada, así:

"Artículo 13°. Levantamiento de fuero sindical. Para efectos de la desvinculación del personal que actualmente goza de la garantía de fuero sindical, el Liquidador adelantará el proceso de levantamiento de dicho fuero, dentro de los términos y condiciones establecidos en las normas que rigen la materia, es decir, solicitando los pronunciamientos correspondientes en los mencionados procesos."

Del artículo 14, los apartes subrayados, así:

"Artículo 14°. Indemnización. La tabla de indemnización a que tienen derecho los servidores públicos incorporados automáticamente como empleados públicos en la planta de personal de la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander en cumplimiento de la Sentencia C-349 de 2004, cuyos empleos sean suprimidos como consecuencia de la supresión y liquidación de la entidad, será la siguiente:

1. Por menos de cinco (5) años de servicios continuos: Cuarenta y cinco (45) días de salario por el primer año; y quince (15) días de salario por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos.

2. Por cinco (5) años o más de servicios continuos y menos de diez (10) años: Cuarenta y cinco (45) días de salario por el primer año; y veinte (20) días de salario por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos.

3. Por diez (10) años o más de servicios continuos: Cuarenta y cinco (45)

días de salario por el primer año; y cuarenta (40) días de salario por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos.

(...)

Parágrafo 2.- Para los efectos de reconocimiento y pago de la indemnización de que trata el presente artículo, el tiempo de servicios continuos se contabilizará a partir de la fecha de nombramiento en el Instituto de Seguros Sociales como funcionario de la seguridad social o de suscripción del contrato a término indefinido.

Parágrafo 3.- Esta indemnización no aplica a quienes desempeñen cargos de libre nombramiento y remoción, ni a quienes hayan ingresado después del 26 de junio de 2003 a la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander, creada mediante el Decreto-Ley 1750 de 2003.”

1.- Acerca de la no inclusión de los prejubilados en el retén social.

Se acusa que mediante el Decreto No. 810 de 2008, el Gobierno Nacional suprimió la E.S.E. Francisco de Paula Santander y ordenó su liquidación, pero en el parágrafo del artículo 12, que ha sido demandado, se señalaron las personas favorecidas por el retén social, y allí no se incluyó dentro de los beneficiarios a los “prejubilados”, conforme lo había ordenado de modo general la Corte Constitucional en la Sentencia C-381 de 2000.

Sobre este cargo, es menester decir que la acción de nulidad cae en el vacío, en tanto no ataca el contenido objetivo de la norma que reconoció los beneficios de estabilidad a las personas con discapacidad, embarazadas y al padre o a la madre cabeza de familia sin alternativa económica. No discrepa el demandante del contenido material de la norma, protesta porque considera que otro grupo de personas debió ser incluido, en tanto hay leyes que otorgan beneficios entre otros, a los prejubilados o prepensionados. Aquí el debate propuesto resulta ser entonces de técnica legislativa, pues la inclusión que hiciera el Decreto de las personas con discapacidad, embarazadas, padres o madres cabeza de familia, no tiene la virtud de derogar las normas especiales que otorgan beneficios a los prepensionados y a los prejubilados, ni prohíbe la aplicación de las sentencias de constitucionalidad y de tutela que puedan beneficiar a las personas en trance de consolidar el derecho a la pensión de jubilación. En suma, la inclusión de una categoría de beneficiarios, no excluye los otros a los que las leyes especiales, no derogadas por este decreto, les reconozcan beneficios.

No prospera entonces el cargo porque si se decretara la nulidad de la norma, por lo que supuestamente no dijo, se llegaría al absurdo de aniquilar los derechos de las personas con discapacidad, padre o madre cabeza de familia incluidos en ellas. En conclusión, se ha demandado un contenido jurídico inexistente, por lo cual, la acción no podría prosperar.

2.- Sobre la protección a las personas amparadas por el fuero sindical.

Una segunda acusación hace la parte demandante, esta vez por violación directa, según se dice, de las normas superiores, con la expedición artículo 13 del Decreto No. 810 de 2008, según el cual, "Para efectos de la desvinculación del personal que actualmente goza de la garantía de fuero sindical, el Liquidador adelantará el proceso de levantamiento de dicho fuero, dentro de los términos y condiciones establecidas en las normas que rigen la materia, es decir, solicitando los pronunciamientos correspondientes en los mencionados procesos.

Los jueces laborales deberán adelantar los procesos tendientes a obtener permiso para despedir a un trabajador amparado con fuero sindical, de las entidades que se encuentren en liquidación, dentro de los términos establecidos en la ley y con prelación a cualquier asunto de naturaleza diferente, con excepción de la acción de tutela".

Esta acusación carece de todo fundamento, no sólo en lo técnico, sino en el fondo del asunto. En lo primero, es decir en lo formal, el demandante no estructura una verdadera acusación contra la norma, pues luego de copiar su contenido literal no encuentra en ella algún precepto que pueda ser objeto de reprobación y que deba ser retirado del ordenamiento. Entonces, el demandante acude a perfilar el que a su antojo sería el contenido hipotético de la norma, es decir, no confronta el texto promulgado, sino alguna interpretación que el cree es posible construir. Desde luego que técnicamente esta acusación es improcedente, pues no se dirige contra la regla demandada, con lo cual la acusación queda vacía de contenido en tanto elige como objeto de impugnación una proposición jurídica inexistente en la norma demandada.

Nada reprueba el actor al contenido normativo del artículo 13 del Decreto No. 810 de 2008, simplemente cree que debieron incorporarse en su texto, el sentido de la Sentencia C-381 de 2000, el Convenio 98 de la OIT, y algunos artículos del Código Sustantivo del Trabajo, así como las modificaciones introducidas por la Ley 712 de 2001. Como se aprecia la norma demandada no descarta que el intérprete

de ella integre en su aplicación todo el conjunto de preceptos que enuncia el demandante, pues justamente el artículo 13 demandado dispone: “adelantar los procesos tendientes a obtener permiso para despedir a un trabajador amparado con fuero sindical,..., dentro de los términos establecidos en la ley” (resaltado fuera del texto), lo que en un correcto entendimiento implica que el Juez deba acudir a las fuentes que el demandante denuncia como omitidas y a todas las demás leyes vigentes. En suma, la acusación en este punto es apenas un reclamo de técnica legislativa, pues éste considera que el Gobierno al regular una materia debe reproducir todos los códigos y leyes conexos con ella, así como la jurisprudencia que atañe a la situación materia de la intervención del poder reglamentario.

3.- Sobre la tabla de indemnización aplicable.

El artículo 14 del Decreto No. 810 de 2008, determinó la tabla de indemnización para quienes fueran retirados con ocasión de la liquidación; no obstante, se dice que el Decreto demandado no tuvo en cuenta la tabla de indemnización pactada convencionalmente, con lo cual se desconoció, la vigencia de la Convención Colectiva de Trabajo y los derechos adquiridos de los trabajadores, pues la Convención cubre a los trabajadores aún después de las transformaciones de la entidad.

La Convención Colectiva de Trabajo, como también el Pacto Colectivo, son fuentes formales del derecho laboral. Así, las normas laborales, es decir, las que prescriben los derechos y deberes que instituyen la relación laboral, pueden hallarse en los tratados y convenciones internacionales, en la Constitución Política, en los códigos del trabajo y de procedimiento laboral, en las leyes de naturaleza laboral, en los pactos colectivos, en las convenciones colectivas, en el reglamento interno de trabajo y desde luego en el propio contrato de trabajo. La negociación colectiva, que lleva al pacto colectivo o a la convención, busca resolver el conflicto económico mediante el establecimiento de las normas que vendrían a modificar el contrato de trabajo o la relación laboral. En ese sentido, la razón asiste al demandante cuando, apoyado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional plantea la vigencia de la Convención Colectiva más allá de la escisión de la entidad, pero en todo caso, teniendo como último límite la liquidación de la empresa, pues sobrevinida la extinción, esa puja entre empleadores y trabajadores carece de razón, así las reglas hechas en la negociación proyecten a posteriori algunos de sus mandatos en el proceso de

liquidación. No obstante, como se verá más adelante, unas son las reglas de la convención y otras las propias de la liquidación y se aplican a situaciones de hecho diferentes.

No se discute que las tablas de indemnizaciones establecidas en la Convención Colectiva vigente para cuando se expidió el Decreto No. 810 de 2008, contienen unos reconocimientos económicos ligeramente más generosos que los previstos en el Decreto demandado. No obstante, y ahí reside el centro de gravedad del problema, la Convención Colectiva vigente para entonces, estableció una tabla aplicable a los trabajadores que fueran injustamente despedidos, mientras que el Decreto se refiere a una realidad distinta. Así, la cláusula de estabilidad prevista en el artículo 5º de la Convención Colectiva de Trabajo vigente, establece que “cuando el instituto dé por terminado un contrato de trabajo de manera unilateral sin justa causa deberá reconocer y pagar al trabajador oficial afectado una indemnización por despido ...”. Por el contrario, la tabla de indemnización prevista en el artículo 14 del Decreto No. 810 de 2008, que ha sido demandado, regula la situación de quienes resultan desvinculados, no de manera unilateral e injusta, sino con ocasión de la reestructuración y posterior liquidación de la entidad. Por lo mismo, las tablas de indemnización de que tratan el artículo 5º de la Convención y el artículo 14 del Decreto No. 810 de 2008, regulan situaciones totalmente distintas, pues la Convención está llamada a gobernar las relaciones entre la empresa y sus trabajadores hacia el futuro, estableciendo una verdadera sanción para la empresa, si es que ésta llegare a dar por terminada la relación laboral de manera injusta y arbitraria. Por el contrario, el Decreto No. 810 de 2008 establece una indemnización, pero nunca como una sanción al empleador, pues éste no ha hecho un despido injusto, ya que la desvinculación que dispone obedece a la necesidad de liquidar la empresa y a la extinción de la misma dispuesta legalmente.

Así, la indemnización prevista en el Decreto No. 810 de 2008 compensa la pérdida de la estabilidad a que tiene derecho el funcionario de carrera, mientras que la tabla prevista en la Convención Colectiva contiene la sanción contra la empresa que de manera unilateral y sin justificación alguna, pone fin a la relación laboral. Por supuesto que cuando una empresa por disposición legal ejecuta su propia liquidación por medio de un agente, ello necesariamente supone que la supresión de los empleos se hace con respaldo legal, por tanto con el retiro forzoso de un empleado, no se incurre en un despido injusto, sino que por razones de

conveniencia social la empresa se extinguirá, compensando la pérdida de estabilidad del funcionario con una indemnización levemente distinta a la prevista para el despido injustificado.

En suma, la indemnización prevista en la Convención Colectiva es una sanción al empleador que despide injustamente a un empleado, mientras que la indemnización prevista en el Decreto demandado está llamada a compensar al trabajador por la desaparición de la empresa y por supuesto del cargo, extinguida por razones de conveniencia social. Por lo anteriormente expuesto, como la tabla de indemnización prevista en el Decreto demandado, no coincide en los supuestos de hecho, con la tabla prevista en la Convención Colectiva de Trabajo, la norma acusada no ha violado la convención ni los derechos adquiridos, pues sencillamente el empleador y los trabajadores en la Convención Colectiva de Trabajo nunca pactaron una indemnización para el caso de liquidación de la empresa.

4.- Sobre el período al cual se aplica la indemnización.

El cuarto de los cargos, concierne, a que el párrafo segundo del artículo 14 del Decreto No. 810 de 2008, preceptúa que se aplica la indemnización “a partir de la fecha de nombramiento en el Instituto de Seguros Sociales”, y excluye a las personas designadas en las Empresas Sociales del Estado que se escindieron del ISS. Para despachar adversamente esta acusación basta con ver que la norma no contiene la exclusión que el demandante afirma, es decir, en el precepto que se examina no tiene el contenido material que le atribuye el demandante. Si una acusación se edifica, no contra lo que dice la norma, sino contra lo que dejó de decir, la proposición jurídica resulta inexistente y, por ello, formalmente no puede tener recibo la acusación.

El párrafo segundo del artículo 14 del Decreto No. 810 de 2008, desde luego tiene relación con el resto de la norma, pero de modo particular con la manera como deberán operar las tablas de indemnización fijadas en la primera parte del referido artículo 14. El cómputo de la indemnización está referido al tiempo de servicios prestados a la institución, indemnización que crece de manera progresiva, es decir, entre mayor sea la antigüedad del empleado cuyo cargo se suprime, mayor será la indemnización que habrá de recibir. Por ello, es importante fijar los límites inicial y final para hallar el número de años de servicios prestados, en función de tasar la indemnización y eso es lo que hizo la norma demandada. El

primer límite que fija el párrafo 2º del artículo 14 que ha sido demandado, es el de la fecha de ingreso, el segundo será, desde luego el de la fecha de retiro del cargo por supresión del mismo. Mayor será entonces la indemnización, si mayor es el tiempo de servicio a la institución, esa es la inspiración del párrafo del artículo 14 del Decreto 810 de 2008, que lleva naturalmente a buscar el límite más antiguo de vinculación del empleado, el que debe estar referido al ingreso al Instituto de Seguros Sociales, criterio este que no viola ninguna norma de orden superior y que si fuera declarado nulo, lejos de beneficiar a los empleados cuyo cargo se suprime, causaría la supresión de uno de los parámetros para fijar el monto de la indemnización. Puestas en esta dimensión las cosas, dicho párrafo no puede ser retirado del ordenamiento.

Ahora bien, es posible que en el momento del retiro del servicio, un empleado pueda tener más de cinco años de servicio, y no haber ingresado al Instituto de Seguros Sociales sino a una de las entidades que nacieron de la escisión.

Mediante el Decreto Ley 1750 de 26 de junio de 2003, se escindieron del Seguro Social varias Empresas Sociales del Estado, en este caso la ESE Francisco de Paula Santander, entonces es posible que luego de la escisión ocurrida el 26 de junio de 2003, se haya designado un empleado que al momento de la supresión del cargo haya cumplido cinco años, con derecho a la indemnización por cumplir el tiempo⁶, pero sin derecho a ella, por no reunir la condición de haber sido designado por el Instituto de Seguros Sociales, como exige el párrafo 2º del artículo 14 del Decreto No. 810 que ha sido demandado. No obstante, esta circunstancia, que es solo una posibilidad, no torna ilegal la norma demandada, pues ella no ha excluido, ni prohibido que lo que se predique del Instituto de Seguros Sociales, se pueda decir de una de las Empresas que nacieron de su escisión. Por lo que acaba de decirse, el contenido del precepto demandado no viola ninguna norma del ordenamiento, por el solo hecho de conceder una indemnización al empleado por la supresión de su cargo, referida a su antigüedad y por ello no puede ser excluida del ordenamiento. Ahora bien, si alguna hipótesis eventual no fue prevista por el órgano que expide la reglamentación, ello no causa la anulación del precepto, es decir no puede ser invalidada una norma

⁶ Mediante el Decreto 843 de 13 de marzo de 2009 se amplió el plazo de liquidación de la ESE Francisco de Paula Santander hasta el día 14 de junio de 2009. En el artículo 1º del Decreto 810 de 2008 se dispuso la liquidación y en el artículo, en el artículo 15 se prohibió la vinculación de nuevos empleados a la ESE Luis Carlos Galán, justamente por haber entrado en proceso de liquidación

reglamentaria por lo que ella dejó de decir o regular, si la parte de la que se ocupó positivamente no choca con el ordenamiento jurídico.

En síntesis tomar la fecha individual del nombramiento, para indemnizar a un empleado de carrera por la supresión del empleo, no tiene la virtud de excluir núcleos de trabajo o trabajadores como entiende el demandante, pues si a la misma situación de hecho se puede llegar mediante interpretación, no se puede anular una norma cuyo contenido material es ajustado al ordenamiento.

5.- Sobre la situación de los empleados de libre nombramiento y remoción y los designados en provisionalidad.

Lo que ha dicho la Corte Constitucional sobre la incorporación de los servidores públicos, para el caso de reestructuración de entidades del Estado, es aplicable ahora para descartar el reclamo hecho porque, según se dice en la demanda, no se concedió la plenitud de beneficios a todos los empleados, sin distinguir si son provisionales, de libre nombramiento y remoción o están vinculados al escalafón en la carrera. Mediante la Sentencia C-880 de 2003, de la cual fueron Magistrados Ponentes los Doctores Alfredo Beltrán Sierra y Jaime Córdoba Triviño, al efectuar el examen de constitucionalidad de algunos artículos de la Ley 790 de 2002, entre otros, el artículo 5º, se pronunciaron en los siguientes términos:

"...En ese cometido, puede la Administración, por razones de interés general, suprimir cargos, fusionar entidades y establecer unas medidas encaminadas al logro de los objetivos estatales, sin que por ello se pueda predicar la violación del Estado Social de Derecho. No obstante, la modernización del Estado en busca de la prelación del interés general, no significa el desconocimiento de los derechos fundamentales de las personas, particularmente los que les atañen en su calidad de trabajadores y, en el caso que nos ocupa la de trabajadores al servicio del Estado.

4.3. Resulta cierto, como lo señala el actor, que el artículo 125 de la Carta Política garantiza el derecho a la estabilidad de los trabajadores. En efecto, la disposición constitucional citada dispone que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera y en tal virtud, los servidores públicos así vinculados tienen derecho a permanecer en sus cargos mientras su desempeño sea satisfactorio y no incurran en violación del régimen disciplinario. Con todo, la Constitución y la ley, pueden prever otras causales de retiro del servicio como puede ser la supresión o fusión de cargos, o traslado de funciones de una entidad a otra, cuando por razones de interés general así lo considere el legislador, atendiendo criterios de eficiencia y eficacia de la gestión pública.

Ahora bien, los empleados públicos de libre nombramiento y remoción, y **las personas vinculadas por nombramiento provisional** si bien no gozan de la estabilidad laboral predicable de los servidores de carrera, aunque ello no implique arbitrariedad en su desvinculación, **no pueden alegar derechos adquiridos frente a la actividad desplegada por el Estado en procura del interés general y que conlleva la supresión de cargos o la fusión de entidades públicas.** De ahí que no pueda alegarse como lo hace el actor en su demanda que la ley

acusada desconoce sus derechos adquiridos." (negritas y subrayas no son originales del texto)

Está entonces descartado que la supresión de un cargo, ocupado por un funcionario de libre nombramiento y remoción o en provisionalidad, dé lugar al desconocimiento de derechos adquiridos, pues solamente los funcionarios de carrera tienen derecho a exigir, ya sea su incorporación a un empleo equivalente en la nueva planta, o la indemnización económica, conforme a lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 443 de 1998. La razón para descartar la idea de derechos adquiridos de los empleados de libre nombramiento y remoción, es que el nominador puede hacer libre uso de la discrecionalidad para retirar del servicio a aquellos cuyos cargos, por razón de la reestructuración o de la extinción de la entidad, ya no sean necesarios. No puede decirse que hace mal uso de la potestad discrecional, el nominador que en vista de la desaparición de la entidad o de su fusión con otra, retira del servicio a una persona que carece del fuero de estabilidad y cuyas funciones han desaparecido por la reestructuración, o si ya no se justifica la vigencia del cargo. Si por las necesidades de la nueva institución, o porque ella va camino de la fusión o de la liquidación, se hace inexplicable la existencia del cargo, cómo impedir que el nominador haga uso de la discrecionalidad, en la búsqueda del interés general, en este caso representado por la fusión o liquidación ordenada por normas superiores.

Así las cosas, los empleados provisionales y los de libre nombramiento y remoción, carecían del derecho de estabilidad hasta antes del Decreto demandado; por lo mismo, no puede exigirse que el citado Decreto tuviese como efecto crear dicho privilegio de estabilidad para quienes antes no lo tenían. Entonces vana resulta la acusación de la parte demandante contra el Decreto, porque éste no equiparó los empleados provisionales y los de libre nombramiento y remoción, a los de carrera administrativa, pues la situación de unos y otros es totalmente diferente. Por lo demás, la norma demandada no ordena el retiro automático de los empleados provisionales, tampoco de los de libre nombramiento y remoción, sencillamente la norma establece una distinción razonable para incluir a los funcionarios de carrera dentro de unos beneficios por la pérdida de la estabilidad laboral, y si los empleados provisionales y los de libre nombramiento y remoción carecen de dicha estabilidad, no pueden gozar de los beneficios económicos que se otorgaron como contraprestación por la pérdida de la estabilidad. El derecho de igualdad se predica entre iguales y no hay esa identidad entre los empleados que ingresaron al servicio por el sistema de mérito, con

sujeción al artículo 125 de la Carta y quienes no pueden exhibir ese mérito. Repítase a manera de conclusión, si la indemnización es la compensación por la pérdida del derecho a la estabilidad, fruto de haber superado las etapas de un concurso, cómo otorgar tal beneficio a quienes no concursaron y carecen del derecho a la estabilidad. Por lo mismo, el párrafo tercero del artículo 14 del Decreto No. 810 de 2008, en cuanto establece que la “indemnización no se aplica a quienes desempeñen cargos de libre nombramiento y remoción”, no contraviene la normatividad superior, ni está aquejado de nulidad.

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

FALLA

NIEGANSE las pretensiones de la demanda en las que se plantea la nulidad del Parágrafo único del artículo 12 y los artículos 13 y 14 del Decreto No. 810 de 2008, expedido por el Presidente de la República y los Ministros de Hacienda y Crédito Público, de la Protección Social, así como por el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, por medio del cual se suprimió la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y archívese la presente actuación. Cúmplase.

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

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA GERARDO ARENAS
MONSALVE

GUSTAVO E. GÓMEZ ARANGUREN

BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PÁEZ

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO