

SUPRESION DE CARGO – Protección del prepensionado. Reten social. Derecho a la vida. Derecho / RETEN SOCIAL – Prepensionado. No Supresión del cargo. Derecho a la vida. Derecho a la Seguridad Social. Derecho a la Salud. Derecho al Mínimo Vital

La imprecisión contenida en el acto acusado de encuadrar la situación del actor en la consagrada en el artículo 12 de la Ley 790, no vicia de nulidad, a juicio de la Sala, el acto acusado, pues si bien citó una norma no aplicable al caso, lo cierto es que el contenido de la misma y el actuar de la Administración coinciden en proteger derechos fundamentales del actor como la vida, la seguridad social, la salud y el mínimo vital, mientras su condición de pensionado fuera consolidada. El hecho de no encuadrar dentro de los supuestos que consagra el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, no significa que el actor deje de ser un “prepensionado” en el sentido amplio de la palabra, y por ende deje de recibir la especial protección del Estado al momento de una reestructuración o liquidación de entidades que conlleve una supresión de empleos. Es claro entonces que el retiro del servicio, salvo en casos de trascendencia disciplinaria o cuando medien conductas delictivas, está supeditado a la inclusión del pensionado en nómina, y que mientras ello no se haga efectivo, la decisión administrativa de retiro del servicio carece de eficacia, pues ha sido reiterada la Jurisprudencia Constitucional en manifestar que cuando se establece como causal de retiro del servicio el reconocimiento de la pensión de vejez, sólo puede hacerse efectiva a partir del momento de inclusión en nómina del pensionado. Y es que la intención del legislador siempre ha sido buscar la protección de las personas próximas a pensionarse, o como el caso del actor, que tienen un derecho adquirido pero no reconocido. Al no estar llamada a prosperar la falsa motivación alegada por el actor, fundada en la indebida aplicación de la protección especial consagrada en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, debe la Sala entonces revocar la sentencia apelada y en su lugar denegar las pretensiones de la demanda.

FUENTE FORMAL: LEY 790 DE 2002 – ARTICULO 12

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION “A”

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá D.C., siete (7) de abril de dos mil once (2011)

Radicación número: 47001-23-31-000-2009-00332-01(1101-10)

Actor: PEDRO PABLO HERAZO JARABA

Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena el 3 de marzo de 2010.

ANTECEDENTES

El actor, por medio de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A. solicitó la nulidad del Oficio N° 2004-2-00765.1 de 30 de enero de 2004, suscrito por el Asesor de Gerencia del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria INCORA, en liquidación, por el cual se le negó la petición de supresión del cargo de Técnico Administrativo Código 4065 grado 16 que venía ocupando en la entidad.

Como restablecimiento del derecho solicitó ordenar a la entidad demandada incluir en el programa de supresión de cargos el empleo del cual era titular, dentro del plazo y para los efectos contemplados en los artículos 15 y 17 del Capítulo III del Decreto 1292 de 2003 y adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 176 del C. C. A.

Como hechos en los cuales fundamenta sus pretensiones expone que el Gobierno Nacional mediante Decreto No. 1292 de 21 de mayo de 2003 ordenó la supresión y liquidación del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria INCORA, establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Agricultura.

Afirma que el 28 de julio de 2003 el Gobierno Nacional mediante Decreto 2100 dispuso la supresión de varios cargos existentes en la planta de personal del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, en liquidación INCORA., dentro de los que no figura el que venía desempeñando.

En vista de lo anterior elevó petición solicitando al Gerente Liquidador del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, en liquidación, INCORA, la supresión de su empleo, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 1292 de 2003.

Relata que la entidad por medio del oficio acusado, entre otras cosas le informó que por encontrarse en situación de prepensionado tenía la protección especial consagrada en el Decreto 790 de 2002, y en esas condiciones el cargo que venía desempeñando no podía ser suprimido y que una vez que le fuera reconocida la pensión de jubilación e incluido en la nómina se daría aplicación a la ley.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION

Como normas violadas invocó los artículos 4, 13, 58, 122 y 125 de la Constitución Política; 10 de la Ley 153 de 1887; 39 de la Ley 443 de 1998; 135 y 137 del Decreto 1572 de 1998; 12 del Decreto 1292 de 2003 y la Ley 27 de 1992.

Al desarrollar el concepto de violación manifestó que al habersele impedido ejercer la opción de elegir ante una supresión de cargos, por la reincorporación o la indemnización, se vulneraron sus derechos adquiridos bajo el amparo de la normatividad contenida en la ley 443 de 1998.

Dijo que la protección temporal, no especial, regulada en la mencionada Ley, además, contraviene lo establecido en el artículo 122 de la Constitución Política de

1991, en tanto viabiliza la permanencia en el servicio de personas que no tienen funciones que desempeñar.

Agregó que adquirió su derecho a la pensión de jubilación con base en la normatividad existente con anterioridad a la Ley 790 de 2002, razón por la cual la entidad accionada incurrió en falsa motivación.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante sentencia de 3 de marzo de 2010, declaró la nulidad del Oficio acusado, pero no accedió al restablecimiento del derecho pretendido con la nulidad del mismo. (fls. 244 a 251 vto)

Luego de verificar el derecho pensional que le asistía al actor concluyó que al momento en que se expidió el Oficio acusado no le hacía falta los tres años para adquirir la pensión como lo establece la Ley 790 de 2002, pues de conformidad con el régimen aplicable (ley 33 de 1985), para esa época ya acreditaba los requisitos para pensionarse. En consecuencia, encontró acreditada la falsa motivación, en tanto no se encontraba en el supuesto de prepensionado que consagra la referida Ley 790.

Agregó que si bien los motivos aducidos por el Incora para no acceder a la supresión del cargo del actor eran infundados, la facultad que se le otorga a los entes de dirección y administración de las entidades públicas que están en proceso de reestructuración y/o liquidación para efecto de la supresión de cargos, no corresponde a una potestad privativa ni discrecional de las autoridades respectivas y mucho menos al querer de los empleados, pues ello depende, entre otras variables, de condiciones técnicas y económicas bajo las cuales se encuentre la entidad al momento de su reestructuración.

LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión de instancia, la parte demandante la apeló con los mismos argumentados planteados en la demanda y agregó que el hecho de no incluirlo en el programa de supresión y reconocerle la indemnización a que tiene derecho por estar escalafonado en carrera administrativa, resulta contrario al debido proceso y al principio de igualdad como titular de derechos adquiridos.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado ante esta corporación, al emitir su concepto, solicitó denegar las súplicas de la demanda. (fls. 197 a 203)

Consideró que al momento de decretarse la liquidación del Instituto demandado se estableció un plazo para que el liquidador sometiera a la aprobación del Gobierno la supresión de cargos de la planta de personal y en virtud de ello se expidió el decreto 2100 de 28 de julio de 2003. En ese orden, el actor estaba sometido tanto

al Decreto 1292 de 2003, que suprimió el INCORA, y al 2100 del mismo año que ordenó la supresión de unos cargos.

Advirtió que al momento de expedirse el Decreto 2100, el actor ya contaba con requisitos para adquirir su derecho pensional, por eso se dio aplicación al artículo 12 de la Ley 790 de 2002 y se abstuvo de suprimir su cargo pues se encontraba amparado por el fuero especial de prepensionado.

En ese orden, no encontró vulneración alguna a los derechos del actor ni los derivados de su inscripción en carrera administrativa, pues la Administración Pública, contrario a lo alegado por el demandante, cumplió con los amparos a que tenía derecho en su condición de prepensionado.

CONSIDERACIONES

Entra la Sala a dilucidar la legalidad del Oficio demandado que le informó al actor que no se podía suprimir su cargo, teniendo en cuenta que se encontraba ad portas de adquirir su pensión de jubilación, situación que protege expresamente el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, correspondiéndole a la entidad respetar su estabilidad laboral.

El Tribunal Administrativo de Magdalena, consideró que el acto incurrió en la causal de nulidad prevista en el artículo 84 del C.C.A., por cuanto fue falsamente motivado, habida cuenta de que el demandante adquirió el status pensional con anterioridad a la vigencia de la Ley 790 de 2002, y por tanto, para no suprimir el cargo objeto de la petición elevada, no podía invocar ninguna protección especial contemplada en esta norma. Sin embargo, denegó las pretensiones de la demanda, en razón a que la supresión del cargo no estaba sujeta a ninguna decisión discrecional de la Administración ni al querer del demandante, sino a causas objetivas, previamente definidas en la ley.

En el expediente se tiene acreditado que al actor le era aplicable el régimen de la Ley 33 de 1985, como quiera que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 50 años de edad, y si bien para la fecha de expedición del acto acusado (30 de enero de 2004) no tenía ningún reconocimiento pensional, su estatus lo adquirió, según la certificación que obra a folios 15 y 17 y de acuerdo a la copia de su registro civil que reposa a folio 16 del expediente, en el mes de mayo de 1998, cuando cumplió los 55 años de edad.

En ese orden, se podría decir que la situación particular del demandante no correspondía a la prevista en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, toda vez que su status lo adquirió mucho tiempo atrás de la promulgación de la citada norma.

No obstante, la imprecisión contenida en el acto acusado de encuadrar la situación del actor en la consagrada en el artículo 12 de la Ley 790, no vicia de nulidad, a

juicio de la Sala, el acto acusado, pues si bien citó una norma no aplicable al caso, lo cierto es que el contenido de la misma y el actuar de la Administración coinciden en proteger derechos fundamentales del actor como la vida, la seguridad social, la salud y el mínimo vital, mientras su condición de pensionado fuera consolidada.

El hecho de no encuadrar dentro de los supuestos que consagra el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, no significa que el actor deje de ser un "prepensionado" en el sentido amplio de la palabra, y por ende deje de recibir la especial protección del Estado al momento de una reestructuración o liquidación de entidades que conlleve una supresión de empleos.

Al no tener el señor Pedro Pablo Herazo Jaraba un reconocimiento pensional a cuenta, en otras palabras, y para buscar una similitud con el término "prepensionado" que trajo consigo la Ley 790, estar ad portas de un acto que otorgue dicha prestación previa acreditación de los requisitos pensionales, la Administración está obligada a buscar soluciones tendientes a mantenerlo en servicio hasta tanto su derecho sea real y efectivo en aras de garantizar un paso a la vejez en condiciones dignas.

No en vano la Ley 71 de 1988 dispuso en su artículo 8º lo siguiente:

"Artículo 8. Las pensiones de jubilación, invalidez y vejez una vez reconocidas, se hacen efectivas y deben pagarse mensualmente al pensionado desde la fecha en que se haya retirado definitivamente del servicio, en caso de que este requisito sea necesario para gozar de la pensión. Para tal fin la entidad de previsión social o el ISS, comunicarán al organismo donde labora el empleado, la fecha a partir de la cual va a ser incluido en la nómina de pensionados, para efecto de su retiro del servicio".

Es claro entonces que el retiro del servicio, salvo en casos de trascendencia disciplinaria o cuando medien conductas delictivas, está supeditado a la inclusión del pensionado en nómina, y que mientras ello no se haga efectivo, la decisión administrativa de retiro del servicio carece de eficacia, pues ha sido reiterada la Jurisprudencia Constitucional en manifestar que cuando se establece como causal de retiro del servicio el reconocimiento de la pensión de vejez, sólo puede hacerse efectiva a partir del momento de inclusión en nómina del pensionado.

Y es que la intención del legislador siempre ha sido buscar la protección de las personas próximas a pensionarse, o como el caso del actor, que tienen un derecho adquirido pero no reconocido.

Tal propósito se puede también ver reflejado en la Ley 797 de 2003 "Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales y exceptuados", cuando consagra en el párrafo 3 de su artículo 9º, una estabilidad laboral del prepensionado, así:

"PARÁGRAFO 3o. *Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión.*
El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada

la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.” (Resaltado de la Sala).

Indica entonces la norma que es válido para el empleador dar por terminada la relación legal o reglamentaria cuando se reconozca o notifique al empleado la pensión por parte de las administradoras de pensiones.

La anterior aseveración fue objeto de estudio por parte de la Corte Constitucional mediante la sentencia C-1037 de 2003, en la cual declaró exequible condicionalmente dicha norma, indicando que debe interpretarse en el sentido de que no basta sólo la notificación del reconocimiento de la pensión, sino también, en aras de garantizar la continuidad de una remuneración vital y móvil al prepensionado, su efectiva inclusión en nómina

Así pues, la tendencia legislativa siempre ha sido la de proteger a aquella persona que ad portas de un reconocimiento pensional pueda verse afectada por un retiro del servicio.

Independientemente de la imprecisión en la norma que citó el Instituto en el acto acusado, la Administración con su actuar propendió por la defensa y protección del derecho que el actor causó pero que no se le había reconocido, y como quiera que el vicio de nulidad denominado “falsa motivación” ha sido entendido como aquella razón engañosa, fingida y simulada de la realidad que se le da al Administrado, mal haría la Sala en culpar a la Administración de motivar “falsamente” el acto, cuando los supuestos en que lo encuadró (prepensionado) pretenden obtener la misma protección que en últimas se le dio al actor, cual era la de mantenerlo en su trabajo hasta tanto le fuera reconocida su pensión de jubilación.

Con todo, la atribución que tuvo el liquidador del INCORA y la Junta Directiva de la misma entidad para determinar el cronograma de la supresión de los cargos, deviene del Gobierno Nacional, por lo que no es dado que prime más el querer de los empleados alegando razones de interés particular o de conveniencia frente a la potestad privativa y discrecional de las autoridades respectivas, y si el actor consideraba ilegal la decisión de no suprimir su cargo, independientemente de las razones aludidas en el acto acusado, debió probarla basado en razones ajenas al buen servicio.

Al no estar llamada a prosperar la falsa motivación alegada por el actor, fundada en la indebida aplicación de la protección especial consagrada en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, debe la Sala entonces revocar la sentencia apelada y en su lugar denegar las pretensiones de la demanda.

Lo anterior no quebranta el principio de la “no reformatio in pejus” pues si bien el Juez de segunda instancia no puede hacer más gravosa la situación del recurrente, cuando éste ha sido el único que apela la decisión del inferior, debe entenderse que dicha restricción se limita **exclusivamente al punto sobre el cual se le perjudicó**, y como quiera que el a-quo no decretó reestablecimiento del

derecho alguno que pueda verse afectado o alterado con la decisión que aquí se toma, es viable revocar la decisión de instancia y denegar las pretensiones de la demanda.

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

REVOCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena el 3 de marzo de 2010, dentro del proceso promovido por el señor Pedro Pablo Herazo Jaraba contra el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria – Incora. En su lugar se dispone: **DENIÉGANSE** las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO