



**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A**

**Consejero Ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**

Bogotá, D. C., once de septiembre de dos mil diecisiete  
SE. 82

**Radicado:** 080012331000200700399 01 (2291-2015)

**Actor:** Nicolás Alberto Asmar Amador.

**Demandado:** Nación, Ministerio de Salud y Protección Social, ESE José Prudencio Padilla en Liquidación.

Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho– Decreto 01 de 1984

**ASUNTO**

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante frente a la sentencia proferida el 22 de noviembre de 2013 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que denegó las pretensiones de la demanda presentada por el señor Nicolás Alberto Asmar Amador contra la Nación, Ministerio de Salud y Protección Social, y la ESE José Prudencio Padilla.

**ANTECEDENTES**

El señor Nicolás Alberto Asmar Amador, por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, demandó a la Nación, Ministerio de Salud y Protección Social, y la ESE José Prudencio Padilla.

### **Pretensiones**

1. Se declare la nulidad de la Resolución THLPS-EP 001209 del 29 de enero de 2007 a través de la cual la ESE José Padilla en Liquidación reconoció y ordenó el pago a favor del señor Nicolás Alberto Asmar Amador de las prestaciones sociales, acreencias laborales e indemnización por desvinculación de la entidad.
2. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho solicitó reliquidar y pagar las prestaciones sociales e indemnización por supresión del cargo, de conformidad con la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL, particularmente, en lo previsto en el artículo 5.º de dicho instrumento.
3. Así mismo, incluir en la liquidación el pago de todas las prestaciones y beneficios causados desde el 6 de diciembre de 2003 y hasta el 6 de diciembre de 2006.
4. Se condene al pago de costas procesales a la entidad demandada.

### **FUNDAMENTOS FÁCTICOS**

1. El señor Nicolás Alberto Asmar Amador al 26 de junio de 2003 se encontraba vinculado laboralmente al ISS en calidad de trabajador oficial
2. El 26 de junio de 2003 el Presidente de la República, en uso de sus facultades extraordinarias escindió el Instituto de Seguros Sociales y creó unas empresas sociales del Estado, entre ellas, la ESE José Prudencio Padilla; a la cual estuvo vinculado el actor, en el cargo de médico especialista, código 2120, grado 19, del 26 de junio de la misma anualidad y hasta el 6 de diciembre de

2006. En virtud de ello, el actor pasó de ser trabajador oficial a empleado público de la planta de personal de la ESE referida.

3. El cambio de vinculación de trabajador oficial a empleado público, obedeció única y exclusivamente a la voluntad estatal, sin que hubiere mediado voluntad por parte de los trabajadores.

4. Para la fecha en la que se produjo la escisión del ISS, sus trabajadores eran beneficiarios de la convención colectiva suscrita por SINTRASEGURIDAD SOCIAL, la cual estuvo vigente incluso después del 31 de octubre de 2004, en virtud de la prórroga automática de que trata el CST.

5. Mediante Resolución del 5 de enero de 2005 la ESE José Prudencio Padilla, reconoció a favor del demandante los beneficios y prestaciones extralegales consagrados en la Convención Colectiva de Trabajo dejados de cancelar durante el periodo comprendido entre el 26 de junio de 2003 y el 31 de octubre de 2004.

6. Posteriormente, la aludida ESE en liquidación, el 29 de enero de 2007 emitió la Resolución THLPSI-EP 001209 mediante la cual reconoció y ordenó el pago de prestaciones sociales, acreencias laborales e indemnización por desvinculación a favor del accionante.

### **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

En la demanda se invocaron como normas violadas los artículos 25 y 53 de la Constitución Política; así como también, el 467, 478 y 479 del Código Sustantivo del Trabajo.

Afirmó que el acto administrativo demandado adolece de nulidad por desviación de poder, infringir las normas en que debió fundarse y estar falsamente motivado, con base en los siguientes argumentos:

Manifestó que la resolución acusada trasgrede el principio de irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, dado que en ella se desconoce el contenido de la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL. También sostuvo que inaplicar el aludido instrumento atenta contra los intereses del accionante y se opone a lo manifestado por la Corte Constitucional en las sentencias C-314 y C-349 de 2004 en lo que respecta a los derechos adquiridos y la aplicación de dicha Convención.

Así mismo, indicó que en virtud de los artículos 467 y 478 del Código Sustantivo del Trabajo, se tiene que la Convención se encuentra vigente y sus efectos se extienden a los trabajadores del ISS que fueron vinculados automáticamente y sin solución de continuidad a las ESE creadas mediante Decreto 1750 de 2003, razón por la cual, el demandante continuó siendo beneficiario de la misma. Y en ese sentido, la ESE José Prudencio Padilla al momento de expedir el acto acusado, debió de tener en cuenta la tabla indemnizatoria descrita en el artículo 5.º de aquella.

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

### **Ministerio de Salud y Protección Social (ff. 141-158 c. 1)**

El apoderado del Ministerio, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Expuso brevemente en qué consiste la descentralización administrativa, la naturaleza de las ESE, los alcances de la convención colectiva, sus elementos estructurales y su vigencia, para concluir que una vez se suscita el cambio en la naturaleza de la relación laboral de los trabajadores, como ocurrió en el *sub lite*, que de estar al servicio del ISS como trabajadores oficiales pasaron a ser empleados públicos vinculados a una ESE, ya no le son aplicables las normas convencionales.

Igualmente, resaltó que Nicolás Alberto Asmar Amador no laboró para la entidad, sino que prestó sus servicios al ISS y a la ESE José Prudencio

Padilla, entidades descentralizadas, con autonomía administrativa y financiera, que por demás conocen su hoja de vida e historia laboral; por lo tanto tienen vocación y capacidad para responder por sus actos, hechos, omisiones u operaciones administrativas y para comparecer en juicio por sí mismas, es decir, de forma independiente de la Nación.

Así mismo, recordó que en virtud del Decreto 254 de 2000 y la Ley 1105 de 2006, el órgano de dirección de la liquidación de la aludida ESE es la sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario SA, FIDUAGRARIA SA, a quien se facultó para suscribir contrato con el Ministerio de la Protección Social para continuar con el proceso liquidatorio, indicándose que las obligaciones adquiridas serían pagadas con cargo a los recursos de la entidad en liquidación, esto es, de la ESE José Prudencio Padilla.

De otra parte, consideró que no es posible imputar una falsa motivación o un desvío de poder como nulidad del acto administrativo que reconoció al actor las prestaciones sociales e indemnización en su calidad de empleado público, toda vez que el Ministerio no fue quién expidió el mismo y menos tuvo injerencia alguna sobre su elaboración.

Propuso como excepciones las siguientes:

- No comprender a todos los litis consortes necesarios o falta de integración del contradictorio: Sostuvo que de conformidad con la ley, liquidada la ESE José Prudencio Padilla, le corresponde a la Nación asumir el pago de las obligaciones adquiridas por ésta, con los recursos girados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Es decir, que debió vincularse a este proceso a dicho organismo ministerial.
- Falta de legitimidad en la causa por pasiva: Afirmó que el Ministerio no es ni fue la entidad empleadora del demandante, pues era empleado del Instituto de Seguros Sociales y posteriormente de la ESE José Prudencio Padilla, siendo esta última, quien de conformidad con el análisis de su hoja de vida procedió a emitir el acto administrativo que hoy se demanda.
- Inexistencia de la obligación: En primer lugar, porque no existe vínculo alguno entre el Ministerio de la Protección Social y el demandante, y en

segundo, porque es el Ministerio de Hacienda y Crédito Público quien debe por disposición legal, girar los recursos para el pago de las obligaciones de la extinta ESE José Prudencio Padilla.

- Inexistencia de la facultad y consecuente deber jurídico del Ministerio para reconocer y pagar prestaciones sociales y derechos convencionales: Indicó que en caso de acceder a las súplicas de la demanda, no podrá condenarse al pago al Ministerio, pues el mismo desconoce la actuación administrativa que adelantó la ESE en relación con las pretensiones del accionante.

- Innominada: Solicitó dar aplicabilidad a lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo, en cuanto a declarar cualquier excepción que se encuentre probada en el *sub examine*.

## **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

### **Ministerio de Salud y Protección Social (ff. 284-286 y 298-299 c. 1.)**

Reafirmó los argumentos expuestos en la contestación y solicitó denegar las súplicas de la demanda. Seguidamente, resaltó que el señor Nicolás Alberto Asmar Amador al ostentar la calidad de empleado público y con fundamento en el Decreto 1750 de 2003 no le está permitido suscribir convenciones colectivas de trabajo ni tampoco beneficiarse de las mismas.

De igual forma, recordó que en el *sub examine* si bien al accionante le era aplicable la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL, lo cierto es, que a partir del 26 de junio de 2003 perdió el carácter de trabajador oficial y por ende la posibilidad que le cobijaran las disposiciones contenidas de dicho instrumento. No obstante, denotó que la Corte Constitucional en las sentencias C-314 y C-349 de 2004 señaló que los efectos de la referida convención se extenderían hasta el 31 de octubre de 2004 dado que ese día finalizaba su vigencia, siendo imposible su aplicación por más tiempo.

### **Nicolás Alberto Asmar Amador (ff. 321-334 c. 2.)**

Reiteró las manifestaciones hechas en el escrito introductorio e insistió que en virtud de los artículos 467 y 478 del CST y las sentencias C-314 y C-349 de 2004 proferidas por la Corte Constitucional, si bien, la Convención Colectiva de Trabajo firmada entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL rigió entre el 1.º de noviembre de 2001 y el 31 de octubre de 2004, lo cierto es, que llegada esta última fecha, se prorrogó de forma automática, y al no haber sido reemplazada por una nueva ni modificada por un laudo arbitral, puede aplicarse a Nicolás Alberto Asmar, aun cuando ya no tenga la calidad de trabajador oficial.

Aportó tres providencias emitidas por el Tribunal Administrativo del Atlántico y los Juzgados Tercero Administrativo de Santa Marta y Once Administrativo de Barranquilla, dentro de las cuales, en hechos similares al suyo, se accedió a las pretensiones de la demanda declarándose la nulidad del acto objeto de controversia.

## **MINISTERIO PÚBLICO**

Vencido el término no intervino.

## **SENTENCIA APELADA**

Mediante sentencia proferida el 22 de noviembre de 2013, el Tribunal Administrativo del Atlántico, denegó las pretensiones de la demanda presentada por Nicolás Alberto Asmar Amador contra la Nación, Ministerio de Salud y Protección Social y la ESE José Prudencio Padilla y declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

Los fundamentos de dicha decisión, son los siguientes:

a) Pronunciamiento de las excepciones: En lo que se refiere a la excepción de «no comprender a todos los litisconsortes necesarios o falta de integración del contradictorio» alegada por la parte demandada, consideró que la misma no se configuró, debido a que, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por ley solo asumió el pago de pasivos laborales por

concepto de pensiones y salud, y lo que se debate en el *sub examine* es si al actor le es aplicable o no la Convención Colectiva suscrita por el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL, dado que fungía como trabajador oficial y luego paso a ser empleado público.

En cuanto a la «falta de legitimación en la causa por pasiva» estimó que tiene vocación de prosperidad, como quiera que la ESE José Prudencio Padilla en liquidación tiene capacidad procesal para asumir su representación, pues conforme lo prevé la ley, esta goza de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. También señaló que si bien el artículo 32 del Decreto 254 de 2000 prescribió que en caso de que fueren insuficientes los recursos de la entidad en liquidación para cubrir sus obligaciones, estas serían asumidas por la Nación, lo cierto es, que no está probado que dicha carga haya sido dada al Ministerio de la Protección Social.

Las demás se resolvieron en el fondo del asunto.

b) Análisis del caso: expuso brevemente que con la expedición del Decreto 1750 de 2003 se escindió el ISS y se crearon las ESE, entre ellas, la José Prudencio Padilla, a las cuales fueron vinculados de forma automática los trabajadores de aquella, en calidad de empleados públicos, en virtud de la naturaleza de esta última, como lo prevén los artículos 17 y 18 de la citada normativa.

Explicó que la Corte Constitucional a través de las sentencias C-314 y C-349 de 2004 al estudiar el aludido decreto, señaló que pese a que los asalariados del ISS se les traslado automáticamente a la ESE, cambiándoles el régimen de trabajadores oficiales a empleados públicos, debían respetarse los derechos adquiridos por ellos, derivados de la Convención Colectiva de Trabajo. Seguidamente, exaltó que dicho pronunciamiento fue reiterado en la providencia T-1238 de 2008.

Atendiéndose el análisis efectuado por la Corte Constitucional en las mencionadas providencias en armonía con la jurisprudencia del Consejo de Estado, el *a quo* infirió que no es posible que el señor Nicolás Alberto Asmar Amador siga beneficiándose de la Convención Colectiva de Trabajo que lo cobijaba cuando ostentaba la calidad de trabajador oficial, pues al haberse

incorporado de forma automática a la ESE José Prudencio Padilla, adquirió la categoría de empleado público, variándose de esta manera la naturaleza de su relación laboral. En este sentido, consideró que el acto objeto de demanda debe mantenerse incólume, como quiera que se expidió en atención a su nueva condición laboral.

### **ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN**

Dentro de la oportunidad legal, Nicolás Alberto Asmar Amador, presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, en los siguientes términos:

Estimó que el *a quo* se equivocó al declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del Ministerio de Protección Social, ya que esta entidad fue quién sucedió procesalmente a la extinta ESE José Prudencio Padilla, quedando su pasivo liquidatorio a cargo de aquel. En ese mismo sentido, recordó que tal como lo prevé el artículo 60 del CPC, el sucesor del derecho debatido puede comparecer al proceso para que se le reconozca tal carácter, pero si no lo hacen en todo caso la sentencia producirá efectos para él.

Así las cosas, concluyó que el Ministerio de la Protección Social es el llamado a responder por las obligaciones laborales que estaban en cabeza de la ESE José PRUDENCIO Padilla, máxime cuando esta se encontraba a cargo del Ministerio.

Seguidamente, afirmó que el Tribunal Administrativo también erró al considerar que el demandante tuvo dos vinculaciones laborales diferentes, a saber, una con el ISS y la otra con la ESE José Prudencio Padilla, pues de conformidad con el artículo 17 del Decreto 1750 de 2003 la relación laboral de los empleados de aquella entidad que se incorporaron automáticamente a esta última, es una sola. Razón por la cual el actor debió seguir cobijado por los beneficios de la Convención Colectiva de Trabajo que otrora suscribió el ISS con SINTRASEGURIDAD SOCIAL.

Sostuvo que la Corte Constitucional al respecto, en las sentencias T-1166 y T-1238 de 2008 afirmó que los trabajadores de estas entidades pueden

seguir disfrutando de los beneficios convencionales, mientras los mismos mantengan vigencia y, además, seguir cobijados por los regímenes de transición pensional durante ese mismo lapso. En otras palabras, dedujo que la continuidad en la relación laboral de las personas que estaban al servicio del ISS en calidad de trabajadores oficiales y pasaron a formar parte de la planta de personal de la ESE, les permitía continuar con los derechos derivados de la convención.

Finalmente, concluyó que al no haber sido denunciada la Convención Colectiva suscrita por el periodo 2001-2004, dentro de los términos que prevé el CST, se entiende que la misma se encuentra vigente por sus prorrogas automáticas de 6 en 6 meses, motivo por el cual, el acto acusado debió expedirse con observancia de sus disposiciones.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Vencido el término legal ninguna de las partes se manifestó.

### **MINISTERIO PÚBLICO**

No intervino en esta etapa procesal.

### **CONSIDERACIONES**

#### **Cuestión previa**

En relación con la falta de legitimación en la causa por pasiva que el recurrente alega no se configuró, la Subsección estima importante precisar, que existen dos clases de legitimación en la causa, una de hecho o procesal<sup>1</sup> y otra material o sustancial<sup>2</sup>, cuya diferencia está dada por lo siguiente:

---

<sup>1</sup> Así se le denomina en la sentencia de antes mencionada.

<sup>2</sup> Op cit.

«[...] la legitimación en la causa ha sido estudiada en la jurisprudencia y la doctrina y para los juicios de cognición desde dos puntos de vista: de **hecho y material**. Por la primera, legitimación de hecho en la causa, se entiende la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal; **es decir es una relación jurídica nacida de una conducta, en la demanda, y de la notificación de ésta al demandado; quien cita a otro y le atribuye está legitimado de hecho y por activa**, y a quien cita y le atribuye está legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda. **En cambio la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas, por regla general, en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que haya demandado o no, o de que haya sido demandado o no**. Es decir, todo legitimado de hecho no necesariamente será legitimado material, pues sólo están legitimados materialmente quienes participaron realmente en los hechos que le dieron origen a la formulación de la demanda. (Negrillas y subrayas fuera del texto) »<sup>3</sup>.

Dadas las anteriores condiciones se ha admitido que la falta de legitimación en la causa no impide al juez pronunciarse de fondo sobre las súplicas de la demanda, precisamente, en razón a que la aludida legitimación constituye un elemento de la pretensión y no de la acción, motivo por el cual de concluirse que el señor Nicolás Alberto Asmar Amador le asiste el derecho que reclama se analizará lo relativo a la obligación del Ministerio de Salud y Protección Social de cumplir una eventual condena.

### **Problema jurídico**

Con fundamento en los anteriores argumentos, los problemas jurídicos que se deben resolver en esta instancia, se resumen en las siguientes preguntas:

1. ¿La convención colectiva celebrada entre SINTRASEGURIDAD SOCIAL y el ISS, puede aplicarse a los empleados de la ESE José Prudencio Padilla, después del 31 de octubre de 2004?

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. C. P. María Elena Giraldo Gómez. Sentencia de 17 de junio de 2004. Expediente 1993-0090 (14452) en el mismo sentido ver las sentencias del 4 de febrero de 2010, Radicación: 70001-23-31-000-1995-05072-01(17720), Actor: Ulises Manuel Julio Franco y Otros, C.P: Mauricio Fajardo Gómez; del 30 de enero de 2013, Radicación: 25000-23-26-000-2010-00395-01(42610), C.P. Danilo Rojas Betancourth.

2. ¿El señor Nicolás Alberto Asmar Amador tiene derecho a que la ESE José Prudencio Padilla reliquide y pague las prestaciones sociales y demás acreencias laborales derivadas de la convención colectiva de trabajo?

Para efectos de resolver de manera conjunta estos problemas jurídicos se abordaran los siguientes temas: i) temporalidad de los derechos contenidos en la Convención Colectiva; ii) empleados públicos y trabajadores oficiales; iii) derechos adquiridos y iv) caso concreto.

**i) Temporalidad de los Derechos contenidos en la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL el 1.º de noviembre de 2001 y hasta el 31 de octubre de 2004.**

La Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad del Decreto Ley 1750 de 2003, estableció que los derechos adquiridos en vigencia de la convención colectiva de trabajo, se aplicarían a los trabajadores oficiales que por razón de la escisión del ISS fueron vinculados en calidad de empleados públicos a las diferentes Empresas Sociales del Estado que se crearon; sin embargo, posteriormente dicha jurisprudencia, en armonía con los pronunciamientos expuestos sobre el particular por esta corporación, determinó que la convención sólo tuvo vigencia hasta el 31 de octubre de 2004. Lo anterior se deduce de los siguientes argumentos:

En sentencia C - 349 de 2004<sup>4</sup>, al analizar el alcance de las expresiones «*automáticamente*» y «*sin solución de continuidad*» en materia de derechos salariales, prestacionales y garantías convencionales contenidas en el artículo 17 del aludido decreto, aseveró:

«Las expresiones automáticamente y sin solución de continuidad, contrariamente a lo aducido por los demandantes, pretenden asegurar la garantía de estabilidad laboral y los demás derechos laborales de los trabajadores, al permitir que no pierdan sus puestos de trabajo ni vean interrumpida la relación empleador – trabajador. Con ello se obtiene que, en virtud de esta permanencia, dichos trabajadores puedan seguir disfrutando de los beneficios convencionales mientras los mismos mantengan vigencia y,

---

<sup>4</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C – 349 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra”. Ob. cita

además, seguir cobijados por los regímenes de transición pensional, durante este mismo lapso. Sin esta continuidad en la relación de trabajo no estarían aseguradas estas garantías laborales, puesto que al romperse el vínculo empleador - trabajador en principio cesan las obligaciones del primero para con el segundo, derivadas de la convención colectiva vigente. No obstante, para impedir que las mismas puedan ser interpretadas en el sentido según el cual la automaticidad en el traslado del régimen de trabajadores oficiales a empleados públicos y la incorporación sin solución de continuidad a las nuevas plantas de personal acarrea la pérdida de derechos laborales salariales o prestacionales adquiridos y de garantías convencionales, la Corte declarará su exequibilidad bajo el entendido que se respeten dichos derechos adquiridos».

## ii) Empleados públicos y trabajadores oficiales:

El Decreto Ley 3135 de 1968 y su Decreto Reglamentario 1848 de 1969, en virtud del artículo 123 de la Constitución Política, distinguió de los denominados «empleados oficiales», hoy «servidores públicos», dos categorías, a saber, empleados públicos y trabajadores oficiales, definiéndolos en su orden así:

«Artículo 2º.- *Empleados públicos*. 1. Las personas que prestan sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales, son empleados públicos.

[...]

Artículo 3º.- *Trabajadores oficiales*. Son trabajadores oficiales los siguientes:

- a. Los que prestan sus servicios a las entidades señaladas en el inciso 1 del artículo 1 de este decreto, en la construcción y sostenimiento de las obras públicas, con excepción del personal directivo y de confianza que labore en dichas obras; y
- b. Los que prestan sus servicios en establecimientos públicos organizados con carácter comercial o industrial, en las empresas industriales o comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, "con excepción del personal directivo y de confianza que trabaje al servicio de dichas entidades". Es nulo lo que aparece subrayado. Sentencia del 16 de julio de 1971. t. LXXXI, del C. de E). Ver Ley 190 de 1995 Radicación 1072 de 1998 Sala de Consulta y Servicio Civil.»

En cuanto a su campo de aplicación, el Decreto 1848 de 1969 en el artículo 7.º, ordinal 2.º previó:

«2º Se aplicarán igualmente, con carácter de garantías mínimas, a los trabajadores oficiales, salvo las excepciones y limitaciones que para casos especiales se establecen en los decretos mencionados, y sin perjuicio de lo que solamente para ellos establezcan las convenciones colectivas o laudos arbitrales, celebradas o proferidas de conformidad con las disposiciones legales que regulan en Derecho Colectivo del Trabajo» (Se subraya).

De conformidad con los artículos transcritos, queda claro que los únicos servidores públicos que pueden ser beneficiarios de las disposiciones de las convenciones colectivas son los trabajadores oficiales. No obstante, se debe determinar si las cláusulas convencionales que mejoran las condiciones salariales y prestacionales de dichos trabajadores se siguen aplicando aun cuando cambie su condición y pasen a ser empleados públicos.

### iii) **Sobre los Derechos Adquiridos:**

El concepto de derechos adquiridos ha sido decantado por la Corte Constitucional, en sentencia C-314 de 2004<sup>5</sup>, dentro de la cual expresó:

*«[...] son aquellos que han ingresado definitivamente en el patrimonio de la persona. Así, el derecho se ha adquirido cuando las hipótesis descritas en la ley se cumplen en cabeza de quien reclama el derecho, es decir, cuando las premisas legales se configuran plenamente. De acuerdo con esta noción, las situaciones jurídicas no consolidadas, es decir, aquellas en que los supuestos fácticos para la adquisición del derecho no se han realizado, no constituyen derechos adquiridos sino meras expectativas. A este respecto la Corte dijo: La Corte ha indicado que se vulneran los derechos adquiridos cuando una ley afecta situaciones jurídicas consolidadas que dan origen a un derecho de carácter subjetivo que ha ingresado, definitivamente, al patrimonio de una persona. Sin embargo, si no se han producido las condiciones indicadas, lo que existe es una mera expectativa que puede ser modificada o extinguida por el legislador.*

*[...] En cuanto a su ámbito de protección, la Corte ha dicho que, por disposición expresa del artículo 58 constitucional, los derechos adquiridos son intangibles, lo cual implica que no pueden ser desconocidos por leyes posteriores, [...]. No sucede lo mismo con las denominadas "expectativas",*

---

<sup>5</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, "Sentencia C – 314 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra". Ob. cita

*pues como su nombre lo indica, son apenas aquellas probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho; en consecuencia, pueden ser modificadas discrecionalmente por el legislador.*  
[....]»

De lo anterior se colige, que el derecho adquirido se opone a la de mera expectativa, es decir, que el primero es aquel que ha entrado al patrimonio de la persona natural o jurídica, y que por ende no puede ser sustraído a su titular, como quiera que le fue reconocido legítimamente. En otras palabras, este derecho es la ventaja cuya conservación está garantizada en favor del sujeto beneficiario del derecho, bien por una acción o una excepción.

Sobre el particular, la Subsección B de esta corporación, en proveído del 1.º de octubre de 2009 precisó que, los efectos de la mencionada convención a los trabajadores oficiales, incorporados mediante el Decreto 1750 de 2003 sin solución de continuidad a las distintas Empresas Sociales del Estado en calidad de empleados públicos, se extienden hasta el 31 de octubre de 2004, fecha en que terminó la vigencia de la misma, así:

«[...] Así mismo, la Sala ya ha tenido oportunidad de manifestarse en relación con la aplicación de las convenciones colectivas a aquellos trabajadores que, sin haya solución de continuidad, pasan a ser empleados públicos, considerando lo siguiente: “La aludida convención colectiva cobija única y exclusivamente a los trabajadores oficiales de la entidad demandada y como la situación laboral de la demandante, no se enmarca dentro de este supuesto dada la calidad de empleada pública que la cobijaba para el momento en que fue retirada del servicio (...) no es viable reconocerle (...) con fundamento en la convención colectiva reclama, puesto que el cambio de naturaleza del empleo conlleva necesariamente el cambio de régimen aplicable, lo que indefectiblemente supone la inaplicación de reconocimientos plasmados en convenciones colectivas, salvo los derechos adquiridos y las expectativas legítimas, al tenor de lo dispuesto en el artículo 416<sup>6</sup> del C.S.T. que consagra la prohibición de extender cláusulas convencionales a los empleados públicos, calidad que tal y como quedó demostrado, ostentó la actora. De igual manera, no sobra advertir, que aún aceptándose el argumento de la “reincorporación al

---

<sup>6</sup> La citada norma establece: “Los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas, pero los sindicatos de los demás trabajadores oficiales tienen todas las atribuciones de los otros sindicatos de trabajadores, y sus pliegos de peticiones se tramitarán en los mismos términos que los demás, aún cuando no puedan declarar o hacer huelga.” Aparte subrayado y en letra itálica declarado **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE** por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1234 de 29 de noviembre de 2005, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

servicio de la actora”, ello no es garantía de que las cláusulas convencionales le resulten aplicables, máxime cuando dicha reincorporación procuró mantener la continuidad de la relación, pero cambió la naturaleza del empleo. Cambio que impide, como ya se dijo, que las garantías convencionales se le apliquen a quienes antes de dicha reincorporación ostentaban la calidad de trabajadores oficiales, puesto que estas garantías y beneficios fueron alcanzados por dichos trabajadores oficiales a través de acuerdos convencionales que no pueden regular las relaciones de los empleados públicos que tienen un régimen indemnizatorio, salarial y prestacional establecido en la ley y sus decretos reglamentarios, tal y como específicamente lo contempla el artículo 150 numeral 19 literales e y f de la Constitución Política”<sup>7</sup>.

[...] De acuerdo con lo expuesto por la Corte Constitucional, la Sala considera que los beneficios derivados de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el Instituto de Seguros Sociales y el sindicato de trabajadores SINTRASEGURIDAD, debieron extenderse hasta el 31 de octubre de 2004, fecha en que terminó la vigencia de la misma, conforme con la certificación expedida por el Coordinador del Grupo de Archivo Sindical del Ministerio de la Protección Social.

Lo anterior, considerando que al mutar la naturaleza jurídica de los trabajadores a empleados públicos, al pasar a ser parte de la planta de personal de una empresa social del Estado, no le siguen siendo aplicables las disposiciones del derecho colectivo del trabajo y, por tanto, no pueden válidamente invocar la prórroga automática de la convención a que hace mención el artículo 478 C.S.T., que prevé que si dentro de los 60 días anteriores al vencimiento de su término de expiración las partes o una de ellas no hubiere manifestado por escrito su voluntad de darla por terminada, la convención se entiende prorrogada por períodos sucesivos de seis meses en seis meses; ni mucho menos se puede acudir a la denuncia de la convención, por ser empleados públicos y estar vinculados a una entidad pública diferente a la que suscribió la convención colectiva que pretende siga siendo aplicable. [...]<sup>8</sup>

El anterior criterio, fue reiterado por la misma Subsección, en los siguientes términos<sup>9</sup>:

«De conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C-314 de 2004 la protección de los derechos convencionales por un tiempo, deriva del concepto de derecho adquirido y de la afirmación según la cual la

---

<sup>7</sup> Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 1.º de julio de 2009. Magistrado ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Radicado: 2007-1355.

<sup>8</sup> Radicado No. 25000-23-25-000-2005-10890-01 (0212-08). Actor: Martha Catalina Vásquez Sagra. Demandado: E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento

<sup>9</sup> Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 7 de abril de 2011. Radicado: 05001-23-31-000-2008-00067-01 (0673-10). Magistrado ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Convención Colectiva es en verdad un instrumento al que se someten las relaciones laborales que se ven afectadas por el mismo durante su vigencia.

La prórroga automática contenida en el artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social<sup>10</sup>, no encuadra dentro de dicho concepto de derecho adquirido pues ella es una mera posibilidad que ante la actitud pasiva de las partes el instrumento convencional sigue vigente y, en consecuencia, no puede sostenerse que los trabajadores oficiales al 25 de junio de 2003 tenían un verdadero **derecho adquirido** a que se prorrogara el término de la convención.

Adicionalmente a ello, no puede perderse de vista que para el 31 de octubre de 2004 la mayoría de trabajadores de la E.S.E., dentro de los cuales se encuentra el accionante, ostentaban la condición de empleados públicos y por lo tanto no podían denunciar la convención, suscribir una nueva o convocar un tribunal de arbitramento.

Por lo anterior, no es viable avalar la interpretación del Tribunal y tampoco la de la Corte Constitucional sostenida en la Sentencia T-1166 de 2008, pues a la luz de lo expuesto por la misma Alta Corporación en las Sentencias de Constitucionalidad, las cuales tienen efecto erga omnes, la protección deriva del concepto amplio de derecho adquirido [...]».

La posición anteriormente transcrita fue unificada por la Sala Plena de la Corte Constitucional, mediante la sentencia SU-897 del 31 de octubre de 2012, como a continuación se muestra:

«... se concluye que, si bien los empleados públicos no pueden celebrar convenciones colectivas, los trabajadores oficiales otrora pertenecientes a la Vicepresidencia de salud del ISS que eran beneficiarios de la convención colectiva vigente hasta el año 2004, no perdieron las ventajas que esta convención les reconocía por el simple hecho de que su vínculo con la administración cambió, ya que dichas ventajas y prebendas constituían derechos adquiridos que debían ser respetados por sus nuevos empleadores, por el tiempo en que fue pactada la convención.

Estas son las razones por las cuales la Sala Plena de la Corte constitucional concluye que la convención celebrada entre el ISS y sus trabajadores oficiales pertenecientes a la vicepresidencia de salud estuvo vigente hasta el 31 de octubre de 2004, no obstante haber desaparecido el ISS en el 2003 por virtud del tantas veces mencionado decreto ley 750 de 2003 (SIC).

[...]

---

<sup>10</sup> “A menos que se hayan pactado normas diferentes en la convención colectiva, si dentro de los sesenta (60) días inmediatamente anteriores a la expiración de su término las partes o una de ellas no hubiere hecho manifestación escrita de su expresa voluntad de darla por terminada, la convención se entiende prorrogada por períodos sucesivos de seis (6) en seis (6) meses, que se contarán desde la fecha señalada para su terminación.”.

El principal argumento es que, como se explicó anteriormente, los empleados públicos no pueden disfrutar de beneficios convencionales. No obstante, en este caso, en virtud de la protección que la Constitución dispensa respecto de los derechos adquiridos –artículo 58-, dichos beneficios se mantuvieron hasta que se cumplió el plazo inicialmente pactado en la convención, esto es hasta el 31 de octubre de 2004. Entender que a partir de este momento la convención se prorrogó indefinidamente no es de recibo en el ordenamiento jurídico colombiano, en virtud de las siguientes razones:

1) Se crearía por parte de la jurisprudencia un tercer tipo de vínculo con la administración: los empleados públicos que disfrutaran regularmente de beneficios convencionales, lo cual, además de no tener fundamento constitucional ni legal en el ordenamiento colombiano, iría en contra del principio de igualdad. Esta posición ha sido sostenida por la Sala Plena de esta corporación en sede de constitucionalidad, tal y como se consagró en la sentencia C-314 de 2004, al manifestarse en contra de que los empleados públicos de las ESEs tuvieran un derecho adquirido a disfrutar indefinidamente de los beneficios convencionales o celebrar convenciones colectivas: “El absurdo al que conduciría una conclusión contraria implicaría reconocer que cierto tipo de empleados públicos –los que antes han sido trabajadores oficiales- tendrían derecho a presentar convenciones colectivas de trabajo, a diferencia de aquellos que nunca fueron trabajadores oficiales, con lo cual se generaría una tercera especie de servidores públicos, no prevista en la ley sino resultado de la transición de un régimen laboral a otro, afectándose por contera el derecho a la igualdad de los empleados públicos que no habiendo sido jamás trabajadores oficiales, no tendrían derecho a mejorar por vía de negociación colectiva la condiciones laborales de sus cargos.” –negritas ausentes en texto original-

2) La desaparición de una de las partes de la relación laboral –el empleador- impide que la convención colectiva se prorrogue respecto de quienes en el pasado fueron trabajadores en aquella relación laboral. En efecto, el cambio de empleador elimina una de las partes que celebraron la convención colectiva y, como es lógico, cualquier renovación de beneficios convencionales debería tener como presupuesto la existencia de quien se compromete a proporcionarlos, esto es, el nuevo empleador. No resulta acorde con la filosofía del derecho de negociación colectiva que se extiendan indefinidamente –con base en una supuesta renovación automática- los beneficios convencionales de una relación laboral que dejó de existir.

3) El argumento anterior cobra aun más sentido si se tiene en cuenta que el nuevo empleador –es decir las ESEs- no podían denunciar la convención colectiva tantas veces referida en virtud a que no fue nunca una de las partes involucradas en su celebración. La denuncia y renegociación de los beneficios convencionales, como es lógico, corresponde a las partes que celebraron la convención colectiva. No es posible que un tercero que no participe en dicha negociación denunciar o renegociar convenciones pasadas de sus actuales trabajadores.

En resumen, no puede entenderse que, una vez cumplido el término por el que fue pactada, una convención colectiva se prorroga indefinidamente, con base en los términos del artículo 478 del CST, incluso cuando:

- i) se ha cambiado de empleador;
- ii) el antiguo empleador ha dejado de existir; y
- iii) los antiguos beneficiarios ahora tienen un vínculo jurídico que no les permite disfrutar de beneficios convencionales.

Estos son los argumentos que llevan a la Sala Plena de la Corte Constitucional a modificar la jurisprudencia de la Sala Sexta de Revisión y adoptar la posición anteriormente expuesta, consistente en entender que la convención colectiva celebrada entre SINTRASEGURIDAD SOCIAL y el ISS, estuvo vigente por el plazo inicialmente pactado, esto es, del 1º de noviembre de 2001 al 31 de octubre de 2004[...]».

#### iv) Caso concreto

Dentro del *dossier* está probado lo siguiente:

- El señor Nicolás Alberto Asmar Amador prestó sus servicios al INSTITUTO de SEGUROS SOCIALES hasta el 26 de junio de 2003. Posteriormente, a partir de esta última fecha y hasta el 6 de diciembre de 2006 estuvo al servicio de la ESE José Prudencio Padilla, como médico especialista, código 2120, grado 19<sup>11</sup>.
- Oficio LIQ 2414 del 5 de diciembre de 2006 a través del cual la ESE José Prudencio Padilla en Liquidación le comunicó al accionante la supresión del cargo.<sup>12</sup>
- Resolución 001209 del 29 de enero de 2007 mediante la cual la ESE José Prudencio Padilla en Liquidación reconoció y pago las prestaciones sociales definitivas e indemnización a favor del señor Nicolás Alberto Asmar Amador.<sup>13</sup>
- Convención colectiva suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL, firmada el 31 de octubre de 2001, y con una

---

<sup>11</sup> Ff. 19-22 c. 1.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> Ff. 19-22 y 124-127 c. 1.

vigencia entre el 1.º de noviembre de 2001 y hasta el 31 de octubre de 2004.<sup>14</sup>

En el presente asunto, no se discute el hecho de que el actor estuvo vinculado al ISS en calidad de trabajador oficial, pues las partes así lo admiten y en todo caso, revisadas las documentales allegadas al proceso, ello se encuentra probado.

También es claro que mediante el Decreto 1750 de 26 de junio de 2003 se escindió del Instituto de Seguros Sociales y se crearon 7 Empresas Sociales del Estado, como entidades descentralizadas del nivel nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscritas al Ministerio de Protección Social. Una de ellas fue precisamente la ESE José Prudencio Padilla, motivo por el cual la situación laboral del actor se modificó sustancialmente, pues a partir de allí pasó a ser considerado como empleado público, de conformidad con lo establecido en el artículo 16 *ibidem*. Siendo dicha incorporación a la nueva planta de personal, al tenor de lo estipulado en el artículo 17 *ejusdem*, automática y sin solución de continuidad.

Ahora, conforme se explicó en párrafos precedentes es cierto que los derechos adquiridos, en virtud de la Convención Colectiva de Trabajo, por los servidores públicos que hacían parte del ISS deben ser protegidos, no obstante, los beneficios de la misma no podrán extenderse más allá de su vigencia, lo que significa que después del 31 de octubre de 2004 y dada la nueva categoría que adquirieron al vincularse a la ESE, ya no pueden ser cobijados por las disposiciones en ella contenidas.

Repárese que en virtud de lo anterior, el mismo Nicolás Alberto Asmar Amador en la demanda afirma que la ESE José Prudencio Padilla el 5 de enero de 2005, reconoció y pago a su favor los beneficios y prestaciones extralegales consagrados en la convención, causados durante el periodo comprendido entre el 26 de junio de 2003 y el 31 de octubre de 2004, es decir, que fueron garantizados y protegidos sus derechos adquiridos como trabajador oficial hasta la fecha en que estuvo vigente el aludido instrumento.

---

<sup>14</sup> Ff. 196-280 *ibidem*.

**En conclusión** y con fundamento en la documental aportada al *dossier*, se deben denegar las pretensiones encaminadas a que se le reconozcan a Nicolás Alberto Asmar Amador los derechos convencionales por el tiempo comprendido entre el 1.º de noviembre de 2004 hasta la fecha de retiro del servicio, a saber, el 6 de diciembre de 2006. Pues si bien en la demanda y en las demás intervenciones el mismo hace un esfuerzo argumentativo para demostrar la aplicación de la convención colectiva de trabajo a su favor, después del 31 de octubre de 2004, es claro que la terminación de la vigencia de este instrumento unida a que en dicho momento ya ostentaba la calidad de empleado público, impide la prolongación de los efectos de la aquella a su nueva realidad laboral, tal como lo explican los precedentes judiciales que se citaron.

### **Condena en costas**

Toda vez que el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de condena en costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna procedió de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

En mérito de 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**

**Primero: Confírmese** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico el 22 de noviembre de 2013 dentro del proceso que en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovió Nicolás Alberto Asmar Amador contra la Nación, Ministerio de Salud y Protección Social y la ESE José Prudencio Padilla.

**Segundo:** Sin condena en costas en esta instancia.

**Tercero:** Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático «Justicia Siglo XXI».

**Notifíquese y cúmplase**

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

**WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**

**RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**

**GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**