



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A
Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., cinco (05) de octubre de dos mil diecisiete (2017).

Radicación: 25000232500020090009501
No. Interno: 0594-2014
Actor: EDGAR ARÉVALO SANDOVAL
Demandado: NACIÓN – E.S.E. LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO – INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

**ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO DECRETO 01
DE 1984**

I. ANTECEDENTES

Conoce la Sala de la Sección Segunda Subsección A del Consejo de Estado la apelación de la sentencia proferida por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA el 22 de agosto de 2013, dentro de la acción instaurada por ÉDGAR ARÉVALO SANDOVAL contra la NACIÓN – E.S.E. LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO, EL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES Y LA FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A.

1. PRETENSIONES

ÉDGAR ARÉVALO SANDOVAL por intermedio de apoderada y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, acudió ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo con el fin de que se realicen las declaraciones y condenas que a continuación se relacionan:

«PRIMERA: Que se declare que es nula parcialmente la Resolución No. 2431 de junio 24 de 2008 y la confirmatoria resolución No. 3653/08 por medio de la cual la

Expediente No. 25000232500020090009501 (0594-2014)

Actor: EDGAR ARÉVALO SANDOVAL

Demandado: NACIÓN – E.S.E. LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO Y OTROS

definitivas previa “aplicación de los descuentos legales, los embargos registrados en la empresa y los descuentos autorizados por el exservidor público”, por el período que estuvo vinculada (sic) laboralmente con el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES Y LA ESE LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO EN LIQUIDACIÓN y su desvinculación el 12 de mayo de 2008, por no haber incluido en la misma el reconocimiento y pago de los derechos convencionales que la (sic) cobijaban a partir del 1 de noviembre de 2004 y hasta la fecha en que la (sic) desvincularon por supresión del cargo.

Adicionalmente porque su salario a partir del 1º de enero de 2004 y hasta el momento de su desvinculación no fue ajustado anualmente de acuerdo con las tablas convencionales sino con las que atañen a los empleados públicos, lo que alteró la verdadera base de la liquidación de la trabajadora (sic).

SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO EN LIQUIDACIÓN y solidariamente al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES reconocer y pagar a ÉDGAR ARÉVALO SANDOVAL las diferencias entre el valor pagado por la citada entidad mediante las Resoluciones No. 0676 del 28 de enero del 2005 y 4160 de Diciembre 9 de 2008 en estricto cumplimiento de las sentencias C – 314 y C – 349 de 2004 proferidas por la Corte Constitucional y lo que realmente le corresponde de conformidad con la Convención Colectiva de Trabajo vigente, por los siguientes conceptos:

- a) El ajuste, reconocimiento y pago de la diferencia de la asignación básica para el año 2004, entre el valor que se debe reconocer de acuerdo con el artículo 39, numeral 3 de la Convención Colectiva de Trabajo vigente (6.49%) I.P.C. y así sucesivamente para los años 2005, 2006, 2007 y 2008 en concordancia con el Art.40 de la Convención y el valor reconocido con base en la escala ponderada fijada para los empleados públicos.
- b) El ajuste, diferencia y pago como consecuencia del anterior reconocimiento por los siguientes emolumentos: primas de servicio, cesantía, intereses de cesantía, vacaciones, prima de vacaciones, recargo nocturno, dominicales, festivos y en fin todos los derechos convencionales que le corresponden.
- c) Pago de dotaciones, subsidio familiar por sus hijos y demás emolumentos a que tenga derecho y lo que resulte *ultra y extrapetita*.
- d) Reintegro por descuentos efectuados sin fundamento legal por los diferentes conceptos.
- e) Que la liquidación se haga tomando su verdadera fecha de ingreso al ISS el 30 de agosto de 1989.

TERCERA: Que se declare que los pagos realizados mediante las Resoluciones No (sic). 0676 del 28 de enero de 2005 y 4160 de diciembre 9 de 2005 tiene (sic) incidencia salarial y como consecuencia se ordene a las entidades demandadas el reajuste, reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y demás emolumentos afectados, entre otros la cesantía porque esto no se tuvo en cuenta en las Resoluciones (sic) hoy demandadas.

Expediente No. 25000232500020090009501 (0594-2014)
Actor: EDGAR ARÉVALO SANDOVAL
Demandado: NACIÓN – E.S.E. LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO Y OTROS

convencionales (salarios, prestaciones, indemnizaciones, descansos, primas de servicios, vacaciones, dotaciones, subsidio familiar y todos los demás que dejó de percibir a partir de la fecha aludida y hasta cuando duró su vinculación con las entidades demandadas por cuanto la Convención Colectiva de Trabajo 2001 – 2004 celebrada entre el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y SINTRASEGURIDAD SOCIAL se encuentra vigente (vigencia general) en los términos indicados por la Honorable Corte Constitucional.

QUINTA: Que la indemnización por despido se liquide con los porcentajes señalados para el efecto en la Convención Colectiva que se encuentra hoy en día vigente.

SEXTA: Que sobre las diferencias dejadas de pagar desde el 26 de junio de 2003 y hasta el 31 de octubre de 2004 y sobre los derechos convencionales reconocidos el 1º de noviembre de 2004 y hasta la fecha en que se profiera la sentencia por el despacho a su digno cargo, se reconozca a mi representada (sic) el ajuste de valor a que haya lugar por disminución del poder adquisitivo de la moneda, tomando como base los índices de precios al consumidor, conforme a lo dispuesto en el artículo 178 del CCA.

SÉPTIMA: Que se ordene a las demandadas el pago de intereses comerciales y moratorios en los términos del inciso final del artículo 177 del CCA.

OCTAVA: Que se ordene que las demandadas deben pagar la indemnización por mora en el pago de todos estos salarios, prestaciones legales y convencionales, cesantía e intereses sobre las cesantías de conformidad con el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con cualquiera otra norma convencional o legal que lo ordene.

NOVENA: Que se ordene a las demandadas dar cumplimiento a la sentencia dentro del término establecido en el artículo 176 del CCA.

DÉCIMA: Que se ordene a las demandadas que a mi representada (sic) se le debe reconocer como trabajado al servicio del INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL Y LA ESE LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO EN LIQUIDACIÓN el tiempo que haya laborado en contratación provisional si ello se desprende de la certificación de trabajo que se solicitará así como el de supernumeraria si hubo lugar a ello.

DECIMAPRIMERA: Se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho».

2. HECHOS:

El señor apoderado de la parte actora, narró los hechos relevantes que a continuación se resumen:

2.1. El señor EDGAR ARÉVALO SANDOVAL, se vinculó con el INSTITUTO DE

Expediente No. 25000232500020090009501 (0594-2014)

Actor: EDGAR ARÉVALO SANDOVAL

Demandado: NACIÓN – E.S.E. LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO Y OTROS

- 2.2. A raíz de la escisión del mismo en virtud del Decreto 1750 de 2003 pasó en forma automática y sin solución de continuidad a la ESE LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO en donde trabajó hasta el 12 de mayo de 2008, cuando fue desvinculado por supresión del cargo.
- 2.3. En razón de lo anterior, a partir de la escisión dejó de percibir los beneficios convencionales.
- 2.4. En el momento en que se expidieron las Resoluciones No. 0676 de 28 de enero de 2005 y 4160 de 9 diciembre de 2008 con las que se efectuaron los pagos convencionales, no se dio estricto cumplimiento a las sentencias C – 314 de 2004 y C – 349 de 2004.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

- Constitución Política: artículos 25, 53, 58, 243.
- Código Sustantivo del Trabajo: artículos 21 y 479.
- Decreto 2067 de 1991.

Como concepto de violación de las normas invocadas, presentó los argumentos que a continuación se resumen:

- 3.1. Alegó que hay lugar a la nulidad por violación de disposiciones legales y constitucionales por cuanto no se dio aplicación a las sentencias C-314 y C-349 de 2004 de manera estricta y porque se desconocieron derechos adquiridos, pues la ESE LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO decidió que la convención colectiva suscrita con SINTRASEGURIDAD SOCIAL sólo tuvo vigencia hasta el 31 de octubre de 2004.
- 3.2. A lo anterior agregó que con las resoluciones demandadas se desconoció el artículo 479 del Código Sustantivo del Trabajo en lo referente a la denuncia de la convención colectiva, la cual continuó vigente y no se le

Expediente No. 25000232500020090009501 (0594-2014)
Actor: EDGAR ARÉVALO SANDOVAL
Demandado: NACIÓN – E.S.E. LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO Y OTROS

puede dejar de aplicar al actor por cuanto se trata de derechos adquiridos y reconocidos en las sentencias previamente citadas.

- 3.3. Adicionalmente realizó consideraciones respecto de la sustitución de patronos y de cómo no se puede afectar la situación de los trabajadores.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

- 4.1. LA ESE LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO EN LIQUIDACIÓN a través de apoderada judicial contestó la demanda y se opuso a las pretensiones de la misma por las razones que a continuación se resumen:

En primer lugar hizo referencia a la calidad de empleados públicos de los servidores de las Empresas Sociales del Estado, y señaló que mientras éstos se vinculan a la administración a través de una relación legal y reglamentaria que les imposibilita para negociar convenciones colectivas de trabajo, los trabajadores oficiales lo hacen mediante un contrato de trabajo que se rige por normas especiales.

A lo anterior agregó que la entidad demandada en el mes de marzo de 2005 realizó un único pago en favor del demandante, con fundamento en el cual se le reconocían los beneficios económicos contenidos en la convención colectiva celebrada entre el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y SINTRASEGURIDAD SOCIAL por el período comprendido entre el 26 de junio de 2003 y el 31 de octubre de 2004, fecha en la cual expiró la convención colectiva y que la Corte Constitucional no extendió los beneficios convencionales a aquellos servidores públicos que cambiaron de forma de vinculación y pasaron de ser trabajadores oficiales a empleados públicos.

Adicionalmente, sostuvo que la demandada realizó un único pago en el cual se reconocieron las sumas que el actor dejó de recibir...

Expediente No. 25000232500020090009501 (0594-2014)
Actor: EDGAR ARÉVALO SANDOVAL
Demandado: NACIÓN – E.S.E. LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO Y OTROS

Por otra parte, adujo que los beneficios convencionales se circunscribieron exclusivamente a las partes que intervinieron en la convención colectiva y que ésta no se le pueden extender a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO, porque la mencionada entidad ni siquiera había sido creada en el momento de suscripción del documento al que se ha hecho referencia.

Además, señaló que el ministro de la Protección Social en coordinación con el presidente del ISS a través de las Circulares 0019, 0052 y 0056 de 2004, impartió directrices a las Empresas Sociales del Estado para que realizaran el reconocimiento y pago de los beneficios económicos de carácter extralegal contemplados en la convención colectiva, pagaderos por una única vez, a los empleados públicos vinculados a las ESE.

Por último, propuso las excepciones de ineptitud sustantiva de la demanda por no haberse acompañado con la misma de la copia auténtica del acto demandado y la constancia de su notificación; además, la de caducidad de la acción, por tener la falsa creencia de que la demanda se presentó el 16 de abril de 2009¹; por otra parte alegó la falta de agotamiento del requisito de procedibilidad², así como las de pago total e inexistencia de la obligación.

5. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia del 22 de agosto de 2013 se declaró inhibido para fallar de fondo por encontrar que la Resolución 3653 de 11 de agosto de 2008 se notificó personalmente el 27 de agosto de 2008, motivo por el cual el término de caducidad feneció el 27 de diciembre de 2008 y la demanda

¹ Al respecto, se aclara que tal como consta en el folio 351, la demanda se presentó el 13 de enero de 2009.

Expediente No. 25000232500020090009501 (0594-2014)
Actor: EDGAR ARÉVALO SANDOVAL
Demandado: NACIÓN – E.S.E. LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO Y OTROS

se presentó el 13 de enero de 2009, esto es, cuando ya había operado el fenómeno de la caducidad.

6. RAZONES DE LA APELACIÓN

La señora apoderada de la parte actora interpuso oportunamente el recurso de apelación en el que solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia por cuanto el 27 de diciembre de 2008 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se encontraba cerrado por vacancia judicial, y que por lo mismo el escrito de demanda se presentó el primer día hábil siguiente, esto es, el 13 de enero de 2009.

7. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Una vez admitido el recurso de apelación, y corrido traslado para alegar de conclusión, conforme con lo establecido en el artículo 210 del C.C.A., la parte actora y la entidad demandada presentaron los argumentos que a continuación se resumen:

- 7.1. La señora apoderada de EDGAR ARÉVALO SANDOVAL reiteró los argumentos de la demanda e hizo referencia a diferentes pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en los que se señaló que en razón de la escisión del ISS se produjo una sustitución patronal y que por lo tanto quienes tenían la calidad de trabajadores oficiales conservaron los beneficios convencionales anteriores a dicho fenómeno; además, citó diferentes sentencias de la Corte Constitucional en el mismo sentido.

Por otra parte, reiteró que no existió caducidad y solicitó específicamente que se revise la pretensión tercera de la demanda por cuanto los pagos efectuados en el año 2005 sí constituyen salario y que por lo tanto se debieron integrar la base de liquidación de las prestaciones sociales y la indemnización del demandante.

Expediente No. 25000232500020090009501 (0594-2014)
Actor: EDGAR ARÉVALO SANDOVAL
Demandado: NACIÓN – E.S.E. LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO Y OTROS

el inicio laboral en la E.S.E., esto es, a partir del 26 de junio de 2003; Adicionalmente, sostuvo que no es posible liquidar la indemnización por supresión del cargo con base en lo estipulado en la convención colectiva, por cuanto la situación se regula por lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto 3202 de 2007 y en el Decreto 254 de 2000, modificado por la Ley 1105 de 2006; en el mismo sentido, reiteró que no es posible darle aplicación a la mencionada convención colectiva por tratarse de empleados públicos.

8. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Ministerio Público solicitó que se le corriera el traslado especial de que trata el artículo 212 del Código Contencioso Administrativo, oportunidad en la que solicitó se revocara la sentencia de primera instancia en la medida en que al vencerse el término durante la vacancia judicial se tenía hasta el primer día hábil siguiente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 121 del Código de Procedimiento Civil.

Ahora bien, al analizar el fondo de la controversia señaló que es necesario tener en cuenta que la naturaleza de la entidad varió, así como la calidad de sus servidores y que, como consecuencia de lo anterior no se pueden extender las prerrogativas que se consagran en la convención colectiva de manera indefinida y absoluta, por lo que solicitó revocar los numerales 1 y 2 de la sentencia de 22 de agosto de 2013 y en consecuencia que se nieguen las pretensiones de la demanda.

II. CONSIDERACIONES.

Como no se observa causal que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes consideraciones.

1. Problema Jurídico.

De acuerdo con los planteamientos del recurso de apelación es preciso establecer

Expediente No. 25000232500020090009501 (0594-2014)
Actor: EDGAR ARÉVALO SANDOVAL
Demandado: NACIÓN – E.S.E. LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO Y OTROS

evento en el que no se haya presentado el mencionado fenómeno, deberá determinarse si se ajustan o no a derecho los actos administrativos por los cuales se reconocieron a favor del actor las prestaciones sociales y otras acreencias laborales por su retiro, y si le asiste el derecho a la reliquidación de dichos conceptos a la luz de la Convención Colectiva suscrita en el año 2001, entre el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES Y SINTRASEGURIDAD SOCIAL.

2. El análisis de la oportunidad en la presentación de la demanda.

En primer lugar corresponde analizar la oportunidad en la presentación de la demanda.

Al respecto, se debe tener en cuenta que tal como se puede apreciar en el folio 327 del cuaderno principal, la Resolución 3653 de 11 de agosto de 2008 fue notificada el 27 de agosto de 2008.

De acuerdo con lo expuesto y en virtud de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo en el que se estableció que el término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es de cuatro meses contados a partir de la notificación del acto administrativo demandado, el actor en principio tenía hasta el 28 de diciembre de 2008 para radicar el escrito.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico se ha previsto que en los casos en los cuales no se encuentren abiertos los despachos por ser días inhábiles, feriados o de vacancia, el término se extiende hasta el primer día hábil siguiente. Así se ha previsto en el artículo 62 de la Ley 4 de 1913; en el artículo 121 del Código de Procedimiento Civil (vigente para el momento de presentación de la demanda) y actualmente en el artículo 118 del Código General del Proceso.

En consecuencia, la parte actora tenía hasta el primer día hábil siguiente, esto es, hasta el 13 de enero de 2009 para presentar la demanda como en efecto lo hizo, por

Expediente No. 25000232500020090009501 (0594-2014)
Actor: EDGAR ARÉVALO SANDOVAL
Demandado: NACIÓN – E.S.E. LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO Y OTROS

declaró que operó el fenómeno de la caducidad, para en su lugar entrar a analizar el fondo de la controversia.

3. Estudio de las demás excepciones propuestas por la entidad demandada.

A. Análisis de la excepción de «ineptitud sustantiva de la demanda»

La señora apoderada pretende que se declare la ineptitud sustantiva de la demanda, puesto que a su juicio se debía aportar copia auténtica de la Resolución n.º 676 de 28 de enero de 2005 y de la n.º 4160 de diciembre de 2005, además de las respectivas constancias de notificación.

Al respecto, se observa que no se configura la ineptitud alegada, puesto que si bien es cierto que en el escrito de demanda se hace referencia a dichos actos administrativos, no se cuestiona su legalidad, pues no se pretende su nulidad motivo por el cual no es procedente acceder a la solicitud de la ESE LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO.

B. Resolución de la excepción denominada «falta de agotamiento del requisito de procedibilidad».

La parte demandada argumentó que en el caso concreto no se agotó el requisito de procedibilidad previsto en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, que le agregó un literal al artículo 42 de la Ley 270 de 1996.

Al respecto es necesario señalar que la entrada en vigencia de la disposición alegada se dio el 22 de enero de 2009, mientras que la presentación de la demanda se realizó el 13 de enero de dicho año, por lo que se debe concluir que tampoco se configuró el defecto alegado.

Expediente No. 25000232500020090009501 (0594-2014)
Actor: EDGAR ARÉVALO SANDOVAL
Demandado: NACIÓN – E.S.E. LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO Y OTROS

En consecuencia, a continuación se realizará un breve recuento de los actos demandados, para proceder a analizar los argumentos de las partes.

4. Los actos administrativos acusados.

Por medio de la Resolución n.º 2431 de 24 de junio de 2008, el apoderado general liquidador de la ESE LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO estableció el monto de la liquidación de prestaciones sociales del señor Édgar Arévalo Sandoval, como consecuencia de la terminación de su vínculo laboral con dicha entidad.

Respecto del mismo, el actor presentó recurso de reposición, en el que argumentó que se le debían reconocer todos los beneficios convencionales en virtud de lo dispuesto en las sentencias C – 314 de 2004 y C – 349 de 2004.

Dicho recurso fue resuelto mediante la Resolución n.º 3653 de 11 de agosto de 2008, en la que la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento se abstuvo de acceder a la solicitud, pues dicha entidad no es parte de la Convención Colectiva suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL, y por lo tanto se confirmó la decisión anterior.

5. El reconocimiento de beneficios convencionales para quienes pasaron a ser empleados públicos a raíz de la escisión del ISS.

Debido a que tal como quedó expuesto en el punto anterior no operó el fenómeno de la caducidad, corresponde a esta Sala de Subsección analizar el fondo de la controversia planteada. En esa medida, los argumentos principales de la demanda apuntan a que se declare la nulidad parcial de la Resolución 2431 de 24 de junio de 2008 y de la Resolución 3653 de 11 de agosto de 2008 porque en su entender se desconoció lo dispuesto por la Corte Constitucional en las sentencias C - 314 de 2004 y C -349 de 2004 respecto de la aplicación de la Convención Colectiva suscrita entre el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES Y SITRASEGURIDAD SOCIAL.

Expediente No. 25000232500020090009501 (0594-2014)
Actor: EDGAR ARÉVALO SANDOVAL
Demandado: NACIÓN – E.S.E. LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO Y OTROS

Previo al análisis de la posibilidad de que se reconozcan beneficios convencionales en los casos en los que hay modificación de la situación laboral, es necesario poner de presente que en el expediente se encuentra acreditado que el señor ARÉVALO SANDOVAL ostentaba el cargo de auxiliar de servicios asistenciales (folios 341 y 336 del cuaderno principal) y como tal que se trataba de un trabajador oficial y pasó a ocupar un empleo público en los términos del artículo 18 del Decreto 1750 de 2003.

En relación con la posibilidad de presentar convenciones colectivas por parte de los empleados públicos, la Corte Constitucional en la sentencia C-314 de 2004, concluyó lo siguiente:

«[e]n consecuencia, si la pertenencia de un servidor público a un determinado régimen laboral, llámese trabajador oficial o empleado público, no es un derecho adquirido, entonces la facultad de presentar convenciones colectivas, que es apenas una potestad derivada del tipo específico de régimen laboral, tampoco lo es. Jurídicamente, la Corte encuentra válido considerar que en este caso lo accesorio sigue la suerte de lo principal, de modo que al no existir un derecho a ser empleado público o trabajador oficial, tampoco existe un derecho a presentar convenciones colectivas si el régimen laboral ha sido modificado.

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^{3a}.

Lo anterior no significa que a los empleados públicos se les haya negado el derecho a la negociación colectiva, dado que el artículo 55 de la Constitución Política garantiza el derecho de negociación colectiva de los servidores públicos para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley para tal efecto.

Expediente No. 25000232500020090009501 (0594-2014)
Actor: EDGAR ARÉVALO SANDOVAL
Demandado: NACIÓN – E.S.E. LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO Y OTROS

A su vez, el Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo -OIT «sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública», aprobado por Colombia mediante la Ley 411 de 1997⁴, consagró disposiciones relativas al derecho de sindicalización de los servidores del Estado, e hizo una invitación a los Estados sobre la necesidad de establecer procedimientos para la negociación de las condiciones de empleo y la solución de conflictos que se susciten en torno a ello.

Adicional a todo lo anterior, ha de tenerse en cuenta que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha desarrollado el concepto de derechos adquiridos establecido en el artículo 58 de la Constitución Nacional y la noción de la condición más beneficiosa que se desprende del artículo 53 *ibídem*, para precisar que son los derechos adquiridos y no las meras expectativas los que no pueden ser modificados por el legislador⁵.

Por otra parte, esta Corporación tuvo oportunidad de pronunciarse en relación con la aplicación de las convenciones colectivas a aquellos servidores sujetos a cambios en la naturaleza de su empleo de trabajadores oficiales a empleados públicos, en el siguiente sentido:

«La aludida convención colectiva cubre 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 cubría 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 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 aun aceptándose el argumento de la "reincorporación al servicio de la actora", ello no es garantía de que las cláusulas convencionales le resulten aplicables, máxime cuando dicha

Expediente No. 25000232500020090009501 (0594-2014)

Actor: EDGAR ARÉVALO SANDOVAL

Demandado: NACIÓN – E.S.E. LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO Y OTROS

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»⁶.

Por otra parte, la Corte Constitucional en la sentencia C- 349 de 20 de abril de 2004 señaló:

«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, 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 adquirido»⁷.

De acuerdo con lo expuesto por la Corte Constitucional, es necesario señalar que los beneficios derivados de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y el sindicato de trabajadores SINTRASEGURIDAD SOCIAL, debieron extenderse hasta el 31 de octubre de 2004, fecha en que terminó la vigencia de la misma.

Lo anterior, por considerar que al mutar la naturaleza jurídica del vínculo laboral de trabajadores oficiales a empleados públicos y pasar a conformar la planta de

⁶ Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección "B", sentencia del 1 de julio de 2009, expediente

Expediente No. 25000232500020090009501 (0594-2014)
Actor: EDGAR ARÉVALO SANDOVAL
Demandado: NACIÓN – E.S.E. LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO Y OTROS

personal de una Empresa Social del Estado, no resulta procedente la aplicación de las disposiciones del derecho colectivo del trabajo relacionado con trabajadores oficiales y, por tanto, no se puede válidamente invocar la prórroga automática de la convención a que hace mención el artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo, que establece 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.

Tampoco es viable que quienes pasaron a ser empleados públicos denuncien la convención por su calidad de tales y estar vinculados a una entidad pública diferente a la que suscribió la convención colectiva que pretende siga siendo aplicable.

Adicionalmente y para abundar en razones, no es posible extender la convención colectiva respecto de una empresa que no la suscribió y que no tendría la posibilidad de denunciarla.

Ahora bien, debido a que hubo pronunciamientos en los cuales se extendieron los beneficios convencionales a quienes pasaron a tener la categoría de empleados públicos en virtud de la escisión del ISS, es necesario indicar que la Corte Constitucional en sentencia de unificación SU – 897 de 31 de octubre de 2012 estableció que no hay lugar a que se dé tal posibilidad, tal como se desprende del texto que a continuación se transcribe:

«6.2. Aplicabilidad de la Convención Colectiva celebrada entre ISS y Sintraseguridad Social a los trabajadores de las Empresas Sociales del Estado

Para la resolución de los casos objeto de estudio en la presente decisión debe dilucidarse un punto fundamental dentro del análisis jurídico a realizar por la Corte: la vigencia de la convención colectiva celebrada entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL en el año 2001.

(...)

Expediente No. 25000232500020090009501 (0594-2014)

Actor: EDGAR ARÉVALO SANDOVAL

Demandado: NACIÓN – E.S.E. LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO Y OTROS

i) Entender que la convención colectiva estuvo vigente hasta el momento en que se liquidó la vicepresidencia de salud del ISS;

ii) Entender que la convención colectiva estuvo vigente hasta el 31 de octubre de 2004, fecha en que se cumplieron los tres (3) años por los que fue pactada la convención firmada entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL;

iii) Entender que la convención colectiva celebrada entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL estuvo vigente hasta el 31 de julio de 2010, es decir, desde su celebración –el 1º de noviembre de 2001–, durante los tres años previstos para su vigencia, posteriormente con renovaciones semestrales consecutivas en virtud del artículo 478 del CST, hasta el 31 de julio de 2010 cuando, por prohibición expresa del Acto Legislativo 01 de 2005, se eliminó la posibilidad de fijar los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o vejez por medio de convenciones colectivas.

Cada una de estas posibilidades tiene argumentos a favor. Sin embargo, para la Corte la interpretación de la Constitución y la legislación que rige la materia sólo permite llegar a una conclusión jurídicamente sostenible: **la convención colectiva celebrada entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL estuvo vigente por el tiempo previsto en su artículo 2º, es decir, por el tiempo acordado entre las partes que la suscribieron, esto es, desde noviembre de 2001 hasta el 31 de octubre de 2004.**

Los argumentos que llevan a la Corte a esta conclusión son los que pasan a enumerarse:

La imposibilidad de que los empleados públicos sean beneficiarios de convenciones o pactos colectivos

El primer argumento que sustenta la conclusión de la Sala Plena en el caso que ahora se estudia es el artículo 416 del código sustantivo de trabajo, disposición que contiene una limitación al derecho de negociación colectiva de los empleados públicos, condición que tenían los trabajadores de las empresas sociales del Estado, consistente en la imposibilidad de que éstos celebren convenciones o pactos colectivos. En términos del artículo 416:

(...)

Retomando todo el análisis hecho, las restricciones del artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo son la especie, y, por consiguiente, no obstante que no ha habido desarrollo legislativo sobre el tema por parte del Congreso, la limitación contenida en la disposición legal resulta exequible, porque aunque no la menciona, tampoco prohíbe expresamente el derecho a "la negociación

Expediente No. 25000232500020090009501 (0594-2014)
Actor: EDGAR ARÉVALO SANDOVAL
Demandado: NACIÓN – E.S.E. LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO Y OTROS

exequibilidad de la disposición en lo acusado, pero en forma condicionada hasta que el legislador regule la materia.”

(...)

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.”

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.

Expediente No. 25000232500020090009501 (0594-2014)

Actor: EDGAR AREVALO SANDOVAL

Demandado: NACIÓN – E.S.E. LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO Y OTROS

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»⁸.**

Subrayas de la Sala

De la sentencia transcrita se concluye que en efecto la mencionada convención colectiva estuvo vigente **exclusivamente hasta el 31 de octubre de 2004**, dado que se trataba de empleadores diferentes y que por lo tanto sería imposible aplicarle una convención colectiva a quien no la ha suscrito y que por ende tampoco la pudo denunciar, pues ello, además, conduciría a la creación de una nueva categoría de servidor público. Es por lo anterior que no hay lugar a acceder a las pretensiones del demandante relativas a la aplicación de los beneficios de la convención colectiva suscrita entre SINTRASEGURIDAD SOCIAL y el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES.

6. La incidencia salarial de los pagos realizados mediante las Resoluciones 676 de 28 de enero de 2005 y 4160 de 9 de diciembre de 2005.

Expediente No. 25000232500020090009501 (0594-2014)

Actor: EDGAR ARÉVALO SANDOVAL

Demandado: NACIÓN – E.S.E. LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO Y OTROS

En la demanda presentada por el señor ÉDGAR ARÉVALO SANDOVAL además de las pretensiones que apuntan al reconocimiento de beneficios convencionales con posterioridad al 31 de octubre de 2004, se añadió una dirigida a que se declare que los pagos realizados mediante las Resoluciones 676 de 28 de enero de 2005 y 4160 de 9 de diciembre de 2005 tienen incidencia salarial y que en consecuencia se ajusten los valores consignados en la Resolución 2431 de 24 de junio de 2008.

Esta Sala encuentra que no hay lugar a acoger la pretensión por cuanto en el derecho de petición presentado visible a folios 329 a 331 del cuaderno principal y en el recurso de reposición visible en los folios 308 a 313 del cuaderno principal, jamás se realizó una solicitud en tal sentido y como consecuencia de ello debe concluirse que al respecto no se agotó previamente la vía gubernativa tal como lo exige el artículo 135 del Código Contencioso Administrativo, motivo por el cual habrá de declararse inhibida para estudiar la pretensión tercera de la demanda.

7. DECISIÓN

Con fundamento en los anteriores razonamientos, se revocará la sentencia de primera instancia proferida por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA el 22 de agosto de 2013, dentro de la acción instaurada por ÉDGAR ARÉVALO SANDOVAL contra la NACIÓN – E.S.E. LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO – INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, en cuanto se declaró inhibida para fallar la controversia.

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,

8. FALLA.

PRIMERO. REVOCAR la sentencia proferida por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, el 22 de agosto de 2013.

Expediente No. 25000232500020090009501 (0594-2014)
Actor: EDGAR ARÉVALO SANDOVAL
Demandado: NACIÓN – E.S.E. LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO Y OTROS

medio de la cual dicha corporación se declaró inhibida para fallar la controversia promovida por EDGAR ARÉVALO SANDOVAL

SEGUNDO. DENEGAR las excepciones propuestas en la contestación de la demanda, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO. DENEGAR las pretensiones de la demanda relativas al reconocimiento de beneficios convencionales a favor del actor, y todas aquellas que se desprendan de las mismas.

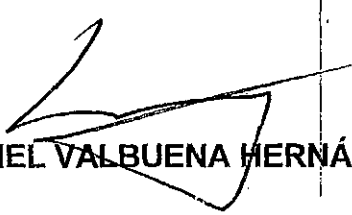
TERCERO. DECLARAR que esta corporación se encuentra inhibida para analizar de fondo la pretensión «TERCERA» de la demanda, por cuanto al respecto la parte actora no agotó previamente la vía gubernativa, tal como se expuso en la parte motiva de la presente sentencia.

CUARTO. NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO. En firme esta decisión, envíese al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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


GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

