



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA



SUBSECCIÓN B

CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., 31 de mayo de 2018

Proceso N° 250002342000 2013-03550 01 (4228-2015)
Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: María Clemencia Sana Reyes
Demandado: Nación: Minprotecciónsocial, Colpensiones,
Minhacienda, E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento
Trámite: Ley 1437 de 2011
Asunto: Beneficios convencionales

La Sala decide¹ el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 19 de febrero de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. María Clemencia Sana Reyes a través de apoderado y ejercicio de la acción del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, por medio de la cual se adoptó el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo presentó demanda contra la Nación – Ministerio de Salud y de la Protección Social y la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento, con la finalidad de obtener la nulidad de los siguientes actos: a) Oficio 2012EE00094517 de 10 de octubre de 2012 expedido por la Fiduciaria la Previsora S.A., en su condición de vocera y administradora del PAP empresa social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento; b) Acto ficto que surgió de la petición 152542 de 8 de octubre de 2012 dirigido al señor Ministro de Salud y la Protección Social; c) Acto ficto que nace de la petición 1-2012-068963 de 8 de octubre de 2012 dirigida al Ministerio de Hacienda y Crédito Público ; d) Acto ficto que se origina en la petición de 29 de octubre de 2012 dirigido al Instituto de los Seguros Sociales; e) nulidad parcial de la comunicación 09-008017 de 6 de noviembre de 2009 expedida por la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento.

2. Como restablecimiento del derecho, la parte demandante solicita a los demandados lo siguiente: 1) el pago de los beneficios convencionales hasta

¹ El proceso ingresó al Despacho el 1º de julio de 2016 (folio 723)

el 1 de julio de 2008, entre otros: a) la diferencia de la asignación básica desde el 1 de enero de 2004 hasta el año 2009; b) reliquidación y pago de la prima de servicios, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de vacaciones por el número de días por antigüedad, recargo nocturno, dominicales, festivos, prima técnica, prima de alimentación, prima de transporte, dotaciones, incremento salarial previsto en el artículo 40 de la convención colectiva de trabajo 2001-2004 dejados de percibir; 2) La indemnización liquidada de acuerdo con lo estipulado en el artículo 5º de la convención colectiva, por desvinculación laboral; 3) Reconocer la incidencia salarial de los derechos prestacionales reconocidos mediante la Resolución N° 001169 de 28 de enero de 2005; 4) El pago del retroactivo de las cesantías desde el 1º de enero de 2002 hasta el 8 de noviembre de 2009; 5) la indexación de los valores resultantes; 6) Indemnización por mora en el pago de las prestaciones sociales y las cesantías; 7) El pago de las costas procesales.

Los hechos

3. La demandante inició a laborar con el Instituto de los Seguros Sociales el 2 de agosto de 1989, a través de un contrato a término indefinido, en el cargo de Auxiliar de Servicios Asistenciales, como trabajadora oficial laboró hasta el 25 de junio de 2003, fecha en la que se llevó a cabo la escisión de la entidad. Al día siguiente quedó incorporada de manera automática, y sin solución de continuidad, a la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, en calidad de empleada pública; sin embargo, amparada por la Convención Colectiva de trabajo que se suscribió entre el I.S.S. y el sindicato de trabajadores de la seguridad social – SINTRASEGURIDAD SOCIAL.

4. Manifestó la demandante que a partir de la escisión del I.S.S. y la creación de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, no continuó disfrutando de los derechos convencionales, con lo cual, dice, la entidad desconoció las sentencias de la Corte Constitucional sobre sustitución patronal.

5. Informó que en cumplimiento de las sentencias C-314 y C-349 de 2004, se efectuó un pago por conceptos convencionales por el período comprendido entre el 26 de junio de 2003 y el 31 de octubre de 2004, a través de la Resolución N°001169 de 28 de enero de 2005, en la que se efectuaron descuentos con destino a salud, pensión y fondo de solidaridad pensional. Agregó que el 30 de noviembre de 2008 se expidió la Resolución N° 4816, con la cual, según la demandante, se le anunciaba la liquidación definitiva de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento.

6. Señaló que cuando fue liquidada la entidad de manera definitiva y desvinculada recibió la comunicación N° 09-008017 y que al revisarla no se incluyeron los factores convencionales, que eran salariales, por el período de 1° de noviembre de 2004 al 8 de noviembre de 2009; igualmente, dijo, no se pagaron los valores convencionales por el período de 26 de junio de 2003 al 31 de octubre de 2004; tampoco la indemnización prevista en el artículo 5 de la convención. Además, no se le dijo nada respecto a las dotaciones, subsidio familiar, prima técnica, etc.; asimismo lo relacionado con las cesantías, lo cual, en sentir de la actora, se le debe el período comprendido entre el 1° de enero de 2002 y el 25 de junio de 2003, y el comprendido entre 26 de junio de 2006 y el 8 de noviembre de 2009.

Normas violadas y concepto de la violación

7. Se invocó el preámbulo y los artículos 25, 53, 58 y 243 de la Constitución Política, los artículos 21, 22 y 479 del Código Sustantivo del Trabajo. En el concepto de violación se citan las sentencias de las Corte Constitucional C-306 de 2004, C-209 de 1997, C-314 de 2004, C-349 de 2004, C-539 de 2011.

8. Manifestó que cuando la entidad efectuó el reconocimiento de las prestaciones sociales desconoció que la Constitución está inspirada en la justicia, el trabajo, el orden social justo y que no hay nada más injusto que no cancelar totalmente las obligaciones laborales, y no se respetan los derechos adquiridos que fueron protegidos con las sentencias de la Corte Constitucional que revisaron la inexecutable del decreto de escisión.

9. Señaló que desconocer la Convención Colectiva es apartarse de la garantía de que el trabajo es un derecho y una obligación social que goza de especial protección del Estado. En relación con la transgresión de los artículos 467 y 478 del Código Sustantivo del Trabajo dice que no se tuvo en cuenta la tabla indemnizatoria prevista en el artículo 5º de la Convención Colectiva.

Oposición a la demanda

- El Ministerio de Hacienda

10. Aludió al Decreto 1750 de 26 de junio de 2003 y al objeto de su expedición que fue la escisión del ISS y el nacimiento de las Empresas Sociales del Estado, entre ellas la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento donde se estableció que los servidores de éstas son empleados públicos y que los actos que expidan están sujetos al régimen jurídico de las personas de

derecho público. Por tanto la Convención Colectiva de Trabajo suscrita con el ISS no es aplicable al caso.

11. Presentó las excepciones de pleito pendiente, ausencia de agotamiento de la vía gubernativa frente a dicho ministerio, inexistencia de la relación laboral entre la demandante y el Ministerio de Hacienda, falta de legitimación en la causa por pasiva, que la Nación solo asumió las obligaciones laborales de carácter legal de los ex empleados de la E.S. E. Luis Carlos Galán Sarmiento.

12. Dijo que la convención colectiva de trabajo es un contrato bilateral y consensual que aplica a las partes que lo suscribieron y que el campo de aplicación es expreso, limitado y restrictivo. Además aseguró que existe imposibilidad jurídica de aplicar una convención colectiva de trabajo a empleados públicos porque no se extendió dicha Convención a los empleados de la demandada. Tampoco existió sustitución patronal entre el ISS y las ESEs y que el régimen de cesantías de los entonces servidores de la E.S.E. era anualizado

13. Presentó las excepciones que denominó pleito pendiente, ausencia de agotamiento de la vía gubernativa frente al Ministerio, inexistencia de relación laboral entre la demandante y el Ministerio de Hacienda, falta de legitimación en la causa por pasiva, que la nación solo asumió las obligaciones laborales de carácter legal de los ex empleados de la entidad. Además que la convención colectiva de trabajo es un contrato bilateral y consensual que se aplica a las partes que lo suscribieron.

14. Igualmente formuló como excepciones que el hecho de que el campo de aplicación de una convención colectiva es expreso, limitado y restrictivo; y

existe imposibilidad jurídica de aplicarla a los trabajadores públicos, y no existió sustitución patronal entre el ISS las Empresas Sociales del Estado.

15. También presentó como excepciones el hecho de que las cesantías de los servidores del ISS y la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento es anualizado, inexistencia de la indemnización moratoria, prescripción y pago.

- Fiduciaria la Previsora S.A.

16. Manifestó que a la demandante no le asiste derecho a obtener los pagos reclamados en la demanda porque no existe relación laboral debido a la extinción de la entidad que en su momento fue la empleadora, y en su defensa formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inaplicabilidad de la convención colectiva del I.S.S., improcedencia de la sustitución patronal, pago integral, compensación y la que de oficio se encuentre probada.

La sentencia de primera instancia

17. La profirió el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, el 9 de febrero de 2015, y negó las pretensiones de la demanda, al considerar que la actora no demostró que no se hubiese acatado lo señalado por las normas de escisión y decisiones de la Corte Constitucional. Además, no le asiste derecho a que se le aplique la convención colectiva suscrita entre el Instituto de los Seguros Sociales y el Sindicato de Trabajadores de la Seguridad Social, como tampoco que se le reliquide las cesantías de manera retroactiva, por cuanto la convención perdió vigencia desde el 1º de enero de 2002, y no hay derechos adquiridos que proteger.

El recurso de apelación

18. La demandante insiste en el recurso de apelación en que la convención colectiva continúa vigente hasta el año 2010, según lo señaló la Corte Constitucional y cubría a los trabajadores escindidos que tuvieron cambio en su régimen laboral.

19. Señaló que el artículo 18 del Decreto 1750 de 2003, en su parte final fue declarado inexecutable por ser violatorio de los derechos adquiridos y contemplados en la convención colectiva.

CONSIDERACIONES

20. Agotada como se encuentra la instancia y sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir el recurso de apelación que la parte demandante interpuso contra la sentencia de primera instancia.

El Problema Jurídico

21. Se circunscribe a establecer si la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 31 de octubre de 2001 entre el Instituto de Seguros Sociales y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social – SINTRASEGURIDADSOCIAL - para el período comprendido entre el 1º de noviembre de 2001 y el 31 de octubre de 2004 continuó teniendo vigencia y por ende aplicación a situaciones posteriores al 31 de octubre de 2004.

22. Para resolver el problema jurídico planteado se desarrollará la siguiente metodología: 1) Naturaleza jurídica de la vinculación de la actora, 2) Marco normativo de la convención colectiva de trabajo, 3) Competencia para la fijación de salarios y prestaciones sociales, y 4) El caso concreto.

Vinculación de la Demandante. Naturaleza Jurídica.

23. Obra en el proceso la certificación² que expidió el Departamento de Recursos Humanos, Seccional de Cundinamarca del Instituto de los Seguros Sociales, en la cual se dice:

“Que la señora MARÍA CLEMENCIA SANA REYES identificada con la cédula de ciudadanía número 51.662.311, presta sus servicios a la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento en liquidación desde JUN-26-2003, desempeñando el cargo de AUXILIAR SERVICIOS ASISTENCIAL, Grado 21, con una asignación básica mensual de (...), en jornada de 8 horas diarias, con vinculación laboral de EMPLEADO PÚBLICO (...)”

24. La constancia anterior fue expedida el 28 de agosto de 2009. De este documento se puede concluir que la naturaleza del cargo ocupado por la demandante desde su vinculación con el Instituto de Seguros Sociales fue como empleada pública.

25. Igualmente a partir del 26 de junio de 2003 cuando se expidió el Decreto 1750 por el cual se escindió el Seguro Social y nacieron a la vida jurídica, entre otras, la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento, la demandante tenía la condición de empleada pública.

² Folio 230

26. Ahora, el Decreto 1750 de 2005 dispuso que los trabajadores oficiales del instituto de Seguros Sociales pasarían de manera automática a las Empresas Sociales del Estado creadas, en calidad de empleados públicos.

27. De acuerdo con lo anterior la naturaleza jurídica del cargo ocupado por la actora como Auxiliar de Servicios Asistenciales es Empleado Público, por lo que los salarios y prestaciones sociales correspondientes, no podían ser regulados mediante la Convención Colectiva sino por la Ley.

Marco Normativo de la Convención Colectiva de Trabajo

28. El derecho de negociación colectiva se encuentra protegido en el capítulo II de los derechos sociales, económicos y culturales, de la Constitución Política. Es así como el artículo 55 dispone lo siguiente:

“Artículo 55. Se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley.

Es deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo”.

29. En esta disposición superior se consagra la facultada para la celebración de convenciones colectivas de trabajo que regulan las relaciones de los contratos de trabajo entre empleador y trabajador. La misma norma señala que habrá excepciones y estas corresponden a las que señale la ley. Se observa que las excepciones a las cuales se refiere la norma y que son competencia de la ley están referidas al hecho de que los empleados públicos no están autorizados para celebrar este clase de acuerdos en la finalidad de regular sus condiciones laborales, ya que éstas son competencia del legislador.

30. El Código Sustantivo del Trabajo reguló lo concerniente a los trabajadores que puede celebrar convenciones colectivas de trabajo. Así en el artículo 416 dispone:

“ARTICULO 416. LIMITACION DE LAS FUNCIONES. 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”.

31. Como se puede observar la ley fue expresa en señalar que los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas. De ahí que solo los trabajadores oficiales, como también lo declara el artículo transcrito, son los únicos que pueden celebrar convenciones o pactos colectivos de trabajo.

32. Ahora, en lo que tiene que ver con la definición de convención colectiva, contenido, forma y campo de aplicación, es preciso consultar el título III, capítulo I referido las convenciones colectivas. Concretamente en los artículos 467, 468, 469 y 470 del Código Sustantivo del Trabajo se regulan tales aspectos así:

“ARTICULO 467. DEFINICIÓN. Convención colectiva de trabajo es la que se celebra entre uno o varios empleadores o asociaciones patronales, por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, por la otra, para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia”.

“ARTICULO 468. CONTENIDO. Además de las estipulaciones que las partes acuerden en relación con las condiciones generales de trabajo, en la convención colectiva se indicarán la empresa o establecimiento, industria y oficios que comprenda, el lugar o lugares donde ha de regir la fecha en que entrará en vigor, el plazo de duración y las causas y modalidades de su

prórroga, su desahucio o denuncia y la responsabilidad que su incumplimiento entrañe”

“ARTICULO 469. FORMA. La convención colectiva debe celebrarse por escrito y se extenderá en tantos ejemplares cuantas sean las partes y uno más, que se depositará necesariamente en el Departamento Nacional de Trabajo, a más tardar dentro de los quince (15) días siguientes al de su firma. Sin el cumplimiento de todos estos requisitos la convención no produce ningún efecto”

“ARTICULO 470. CAMPO DE APLICACIÓN. <Artículo modificado por el artículo 37o. del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente:> Las convenciones colectivas entre patronos y sindicatos cuyo número de afiliados no exceda de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, solamente son aplicables a los miembros del sindicato que las haya celebrado, y a quienes adhieran a ellas o ingresen posteriormente al sindicato”.

33. La Corte Constitucional³ consideró que una de las excepciones al derecho a la negociación colectiva a que hace referencia el artículo 55 de la Constitución Política es el caso de los empleados públicos en atención a la naturaleza legal y reglamentaria de su relación, lo mismo que a la trascendencia de su misión en la preservación de los intereses públicos. Al respecto se precisó en la mencionada providencia:

“La restricción consagrada en la norma para los sindicatos de empleados públicos, sobre presentación de pliegos de peticiones y celebración de convenciones colectivas, tiene sustento en el artículo 55 de la Constitución, que garantiza el derecho de negociación colectiva para regular relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley. La que se considera es una de tales excepciones, establecida en norma con fuerza material legislativa.”.

34. Ahora bien, el análisis del contenido del artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo cambió al entrar en vigencia los Convenios Internacionales de la Organización Internacional del Trabajo como el 151

³ Corte Constitucional. Sentencia C-110 de 1994

“sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública” y 154 “sobre el fomento de la negociación colectiva” que fueron adoptados por nuestro país mediante las Leyes 411 de 1997⁴ y 524 de 12 de agosto de 1999⁵, respectivamente⁶.

35. Sobre esta nueva situación la Corte Constitucional⁷ expresó lo siguiente:

“Surge con claridad, entonces, que se está ante un panorama legal distinto al que existía cuando la Corte, en el año de 1994, en la sentencia C-110 de 1994, examinó el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo, pues, por un lado, no habían sido incorporados por medio de la Ley, los Convenios 151 y 154 de la OIT, tantas veces citados, y del otro, los cambios introducidos son sustanciales y acordes con la Constitución, por las razones expuestas en las sentencias que aprobaron dichos tratados.”.

36. Se consideró además por la Corte Constitucional que la imposibilidad de los empleados públicos de presentar pliegos de peticiones y celebrar convenciones colectivas no riñe con el ordenamiento jurídico superior, en la medida en que la negociación colectiva no se identifica con dichos institutos sino que comprende un mayor campo de acción a través de diversas figuras que sí pueden ser utilizadas por los empleados públicos. Así deben buscarse mecanismos de concertación que permitan equilibrar la tensión existente entre el derecho de los empleados públicos de intervenir en las decisiones que afectan su ejercicio laboral y la competencia de las autoridades constitucionalmente establecidas en el orden nacional y territorial para fijar las condiciones laborales de quienes están vinculados al Estado mediante una relación legal y reglamentaria.

⁴ Con análisis de constitucionalidad en la Sentencia C-377 de 1998.

⁵ Con análisis de constitucionalidad en la Sentencia C-161 de 2000.

⁶ Teniendo en cuenta lo anterior, al amparo de lo establecido en el artículo 53, inciso 4º de la Constitución Política, dichos Convenios forman parte de nuestra legislación interna.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C- 1235 de 2005.

37. A la conclusión anterior llegó la Corte Constitucional refiriéndose a tres aspectos: 1) A la definición de pliego de condiciones como un “*proyecto de convención colectiva de trabajo*” propuesta por los trabajadores sindicalizados; 2) A la definición de convención colectiva regulada en el artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo y 3) A la definición de negociación colectiva expuesta en el artículo 2º del Convenio 154 de la Organización Internacional del Trabajo.

38. Al respecto en la Sentencia C-1234 de 2005 también dijo la Corte Constitucional⁸:

“Se puede afirmar, entonces, que la negociación colectiva es el género y la convención colectiva y el pliego de peticiones son la especie, y como especie, pueden ser objeto de algunas restricciones tratándose de ciertos empleados públicos, que “están al servicio del Estado y de la comunidad” (art. 123 de la Carta) y tienen la enorme responsabilidad de hacer cumplir los fines esenciales del Estado, asuntos que están ligados directamente al interés general. Sin que tales limitaciones conduzcan al desconocimiento del derecho”.

39. Adicionalmente la Corte instó al legislador a regular claramente los mecanismos de concertación de los empleados públicos con el objeto de garantizarles el derecho a la negociación colectiva dentro de los límites que imponen su papel dentro del Estado⁹.

⁸ *Ibíd*em

⁹ “(...) la Corte no desconoce que el problema del ejercicio del derecho de los sindicatos de empleados públicos a la negociación colectiva radica en que no existen mecanismos legales apropiados para hacer cumplir este derecho. Es más, el legislador no ha desarrollado el procedimiento para que estos sindicatos puedan iniciar la concertación, garantizar que las peticiones o los reclamos sean recibidos y atendidos por la administración pública. Ni se ha establecido cuál es la autoridad pública competente para pronunciarse cuando se desconoce, sin motivo el derecho de negociación colectiva. Tampoco existen los mecanismos legales que garanticen que las solicitudes de los sindicatos de empleados públicos, después de la etapa de concertación, se reflejen en los proyectos de ley de presupuesto o en las leyes de carrera administrativa.

Por consiguiente, se comparte la solicitud del Ministerio Público en el sentido de que el legislador debe reglamentar el procedimiento encaminado a reglamentar, en un plazo prudencial, y concertando en lo posible con las organizaciones sindicales de empleados públicos, el derecho a la negociación colectiva de estos servidores, de

40. Conforme a lo anterior los empleados públicos no gozan del derecho pleno a la negociación colectiva, no tienen la posibilidad de presentar pliegos de peticiones ni de celebrar convenciones colectivas. Sin embargo, tampoco se les puede vulnerar el derecho a buscar por diferentes medios de concertación, voluntaria y libre, la participación en la toma de las decisiones que los afectan sin quebrantar, obviamente, la facultad que ostentan las autoridades constitucional y legalmente constituidas para fijar, de forma unilateral, las condiciones laborales de los empleados públicos. En todo caso dichos mecanismos de concertación deben permitir afianzar un clima de tranquilidad y justicia social¹⁰.

41. En este orden de ideas y de acuerdo con el marco normativo analizado, se puede concluir que la facultad para presentar convenciones colectivas de trabajo la ley la consagró solo para los trabajadores oficiales y por ende los empleados públicos no gozan del derecho a este tipo de convenios ni de la posibilidad de presentar pliegos de peticiones.

Competencia para la fijación de salarios y prestaciones sociales

42. El artículo 150, numeral 19, literal e), de la Constitución Política de 1991, dispone:

“Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...)

conformidad con el artículo 55 de la Constitución y con los Convenios 151 y 154 de la OIT debidamente ratificados por el país y que hacen parte de la legislación interna en virtud de las leyes 411 de 1998 y 524 de 1999, respectivamente.”.

¹⁰ Frente al tópico relativo al derecho de negociación colectiva de los empleados públicos ver las sentencias C-110 de 1994, C-377 de 1998; C-161 de 2000, C-201 de 2002, C-1234 de 2005; C-280 de 2007 y C-466 de 2008.

19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno para los siguientes efectos: (...)

e). Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública (...)."

43. Conforme a la Constitución Política de 1991 corresponde al Congreso de la República fijar las normas generales a las que debe sujetarse el Gobierno Nacional para la fijación de los requisitos y condiciones de reconocimiento de su régimen salarial y prestacional de los empleados públicos. Al respecto, la Corte Constitucional¹¹ dijo:

"...El Constituyente de 1991, entonces, conservó el concepto que venía desde la reforma constitucional de 1968, en relación con la necesidad de la existencia de una **competencia compartida** entre el legislador y el ejecutivo en la regulación de determinadas materias, una de ellas la fijación del régimen salarial y prestacional de los **empleados públicos**, entre otros servidores del Estado, en donde la función del primero se debe limitar a establecer unos marcos generales, unos lineamientos que le circunscriban al segundo la forma como éste ha de desarrollar su actividad reguladora para los asuntos específicamente señalados por la propia Constitución" (Se resaltó).

44. La Ley 4ª de 18 de mayo de 1992, "mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política", dispuso en los artículos 1º y 2º que:

"ARTÍCULO 1o. El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C – 510 de 14 de julio de 1999.

a) Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico (...)."

ARTÍCULO 2o. Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

a) El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales;

b) El respeto a la carrera administrativa y la ampliación de su cobertura;

c) La concertación como factor de mejoramiento de la prestación de los servicios por parte del Estado y de las condiciones de trabajo (...)."

45. El artículo 10 de esta misma normatividad señaló:

"Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley o en los decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos".

46. Conforme a lo anterior es inobjetable que el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos tiene origen en la ley y se fija por las autoridades competentes que son el Congreso y Gobierno Nacional en cabeza del señor Presidente. Así mismo al tener régimen legal en cuanto a salarios y prestaciones no es permitido que se beneficien de convenciones colectivas reconocidas solo para los trabajadores oficiales.

El caso concreto

47. Conforme al anterior marco normativo y jurisprudencial se procede a la definición del caso de la accionante teniendo en cuenta el cargo presentado

en el escrito de la apelación, es decir, que la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el Seguro Social y SINTRASEGURIDADSOCIAL para un período inicial de 3 años, esto es, del 1º de noviembre de 2001 al 31 de octubre de 2003 continuó vigente en aplicación de la prórroga automática prevista en el artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo.

48. Se observa que a la fecha en que se expide el Decreto 1750 de 2003 por el cual se escinde el mencionado instituto y nacen a la vida jurídica las Empresas Sociales del Estado, entre ellas, la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, la demandante se convirtió en empleada pública, y en cuanto al régimen salarial y prestacional, el artículo 18 del citado decreto dice lo siguiente:

*“DEL RÉGIMEN DE SALARIOS Y PRESTACIONES. El Régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto será el propio de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional. **En todo caso se respetarán los derechos adquiridos. Se tendrán como derechos adquiridos en materia prestacional las situaciones jurídicas consolidadas, es decir, aquellas prestaciones sociales causadas, así como las que hayan ingresado al patrimonio del servidor, las cuales no podrán ser afectadas**”.* (Se resaltó. La Negrilla fuera de texto y el aparte subrayado declarado inexecutable mediante la Sentencia C-314 de 2004).

49. La Corte Constitucional¹² en la Sentencia C - 314 de 2004 estudio el artículo 18 del Decreto 1750 de 2003 frente a la posible vulneración del derecho a la negociación colectiva¹³ y de los derechos adquiridos. En este

¹² De 1º de abril de 2004, M.P. doctor Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹³ Frente a este aspecto concluyó que el derecho a la negociación colectiva no es absoluto y que está inescindiblemente ligado a la naturaleza de la vinculación; la cual, a su turno. No puede considerarse tampoco como un derecho adquirido del trabajador. Al respecto, consideró: “Los argumentos de la Sentencia, aunados a los que en esta oportunidad se consignan, permiten concluir que el cambio de régimen jurídico de los trabajadores oficiales que pasan a ser empleados públicos no vulnera el derecho a la negociación colectiva porque ni el mismo es un derecho adquirido, en tanto depende de la naturaleza de la vinculación jurídica del servidor con el Estado, ni es un derecho absoluto que no pueda ser objeto de restricciones justificadas por parte del legislador.”.

sentido y luego de analizar lo que se debe considerar al amparo de los artículos 53 y 58 de la Constitución Política como derecho adquirido concluyó que el aparte subrayado es contrario a la norma superior por los siguientes motivos: 1) Se refiere a derechos prestacionales cuando la protección debe cubrir también a los salariales. 2) La definición contenida en dicha disposición es errática, y, 3) Deja por fuera los derechos derivados de la Convención Colectiva de Trabajo durante el tiempo por el cual fue pactada. Al respecto, precisó:

“En primer lugar, la expresión señalada del artículo 18 es inconstitucional porque únicamente hace referencia a los derechos adquiridos en materia prestacional, dejando por fuera los derechos adquiridos en materia salarial (...).

De igual modo, la definición de derecho adquirido consignada en el artículo 18 resulta violatoria de los derechos de los trabajadores por no ser clara frente a lo que podría considerarse un derecho adquirido. En efecto, la expresión que se ataca prescribe que un derecho se ha adquirido en materia prestacional cuando la situación jurídica se ha consolidado, es decir, cuando ha sido causada o cuando ha ingresado en el patrimonio del servidor.

Para la Corte, la ambigüedad de la definición radica en que no existe una clara diferencia entre la prestación que se ha causado y la que ha ingresado en el patrimonio del trabajador, pues cuando una prestación o un derecho han sido causados se entienden incorporados en el patrimonio del acreedor. Así las cosas, el legislador considera como hipótesis distintas aquellas que para la doctrina son una misma, por lo que, no siendo posible determinar con exactitud cuándo el derecho de que se habla se ha adquirido o permanece como mera expectativa, la norma debe ser retirada del ordenamiento jurídico.

El carácter restrictivo de la expresión acusada no proviene únicamente de los dos criterios vistos. Al definir los derechos adquiridos como aquellos que han ingresado al patrimonio del servidor o que han sido causados, el legislador deja por fuera de dicha definición los derechos obtenidos mediante convenciones colectivas de trabajo celebradas por los trabajadores oficiales cuyo régimen fue transformado por el de empleados públicos (...).

Ya que la convención colectiva de trabajo es un sistema jurídico que rige contratos de trabajo determinados, es posible afirmar que, en lo que

respecta a los trabajadores cobijados por ella, aquella es fuente de derechos adquiridos por lo menos durante el tiempo en que dicha convención conserva su vigencia. Por lo mismo, dado que la definición prevista en el artículo 18 del Decreto 1750 de 2003 deja por fuera los derechos derivados de las convenciones colectivas de trabajo por el tiempo en que fueron pactadas, aquella resulta restrictiva del ámbito de protección de tales derechos de conformidad con el contexto constitucional y, por tanto, debe ser retirada del ordenamiento jurídico.”.

50. Ahora, mediante la Sentencia C - 349 de 20 de abril de 2004 la Corte Constitucional con ocasión del análisis de constitucionalidad de las expresiones “*automáticamente*” y “*sin solución de continuidad*” contenidas en el artículo 17 del Decreto 1750 de 2003, dijo lo siguiente:

“A juicio de la Corporación, la circunstancia que produce el desconocimiento de derechos laborales no radica en el hecho del que automáticamente y sin solución de continuidad los trabajadores oficiales se incorporen como empleados públicos a la nueva planta de personal (o que simplemente en la misma condición antes ostentada de trabajadores oficiales pasen a formar parte de ella, sino que dicho desconocimiento de garantías proviene de la definición de derechos adquiridos acogida por el legislador en el aparte final del artículo 18 del Decreto 1750 de 2003, la cual, como fue expuesto en la Sentencia C-314 de 2004, implicaba la desprotección de las garantías salariales y de las convencionales (...).

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, conforme a lo dispuesto en la Sentencia C-314 de 2004.”.

51. Por otra parte la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL el 31 de octubre de 2001 reguló la vigencia en el artículo 2º, así:

“Artículo 2º. La presente Convención Colectiva de Trabajo tendrá una vigencia de tres años contados a partir del primero (1) de Noviembre de dos mil uno (2001) hasta el 31 de octubre de dos mil cuatro (2004). Salvo los artículos que en la presente Convención se les haya fijado una vigencia diferente.”.

52. Y en el artículo 135, se dijo:

“REVISIÓN DE LA CONVENCIÓN. La Convención Colectiva se revisará de conformidad con lo establecido en el Artículo 480 del Código Sustantivo del Trabajo (...)”.

53. La prórroga automática contenida en el artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social¹⁴ no encuadra dentro del concepto de derecho adquirido pues se trata de una posibilidad ante la actitud pasiva de las partes al acercarse la expiración del término de vigencia que consiste en que si dentro de los 60 días inmediatamente anteriores a la vencimiento del término las partes o una de ellas no manifiesta de manera escrita su expresa voluntad de terminar la Convención Colectiva, ésta se entiende prorrogada por períodos sucesivos de 6 en 6 meses, término que se cuenta desde la fecha prevista para la terminación del acuerdo.

54. De acuerdo con lo expuesto se establece que la demandante, luego de la expedición del Decreto 1750 de 26 de junio de 2003, se convirtió en empleada pública; por tanto sus derechos salariales y prestacionales no se regulan por la Convención Colectiva suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL sino por la ley.

¹⁴ “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.”.

55. Igualmente, se establece que de acuerdo con las normas que regulan la Convención Colectiva ésta solo la pueden suscribir los trabajadores oficiales y no los empleados públicos.

56. También se concluye que la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el Instituto del Seguro Social y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social tuvo una vigencia de 3 años esto es, desde el 1º de noviembre de 2001 hasta el 31 de octubre de 2004 conforme se estipuló en el artículo 2º de la misma y no pudo ser prorrogada más allá de esa fecha por cuanto los trabajadores oficiales que existían a 25 de junio de 2003 de manera automática se convirtieron en empleados públicos y en tal virtud no podía prorrogarse el instrumento convencional habida cuenta que estos últimos no puede celebrar Convenciones Colectivas de Trabajo. Significa lo anterior que los trabajadores oficiales de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, no podían denunciar la convención, suscribir una nueva o convocar un tribunal de arbitramento precisamente porque de acuerdo con el Decreto 1750 de 2003 perdieron tal condición para convertirse en empleados públicos.

57. El Consejo de Estado¹⁵ sobre el particular ha dicho:

“... 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,

¹⁵ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “B”. Consejero Ponente Dr. C.P. Gerardo Arenas Monsalve Expediente Número Interno 0212-2008. 1º de octubre de 2009. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, Subsección B. Consejera Ponente: **Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez**. 20 de agosto de 2015. Expediente: 050012331000 2008 00898 01 (3464 - 2013). DEMANDANTE: EISY DEL SOCORRO SIERRA ESPINOSA. DEMANDADO: E.S.E. RAFAEL URIBE URIBE, EN LIQUIDACION.

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 y 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 pueden 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”.

58. Teniendo en cuenta lo anterior, el problema jurídico planteado se resuelve en el sentido de indicar que la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 31 de octubre de 2001 para el periodo que inició el 1º de noviembre del mismo año y que iba hasta el 31 de octubre de 2004, entre el Instituto de Seguros Sociales y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social – SINTRASEGURIDADSOCIAL - solo tuvo vigencia hasta el 31 de octubre de 2004 y no más allá como lo pretende la demanda. En consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia por las razones aquí expuestas.

59. Finalmente, y atendiendo el criterio de especialización laboral se le atribuye la competencia a la sección segunda del Consejo de Estado y a la subsección que le corresponda de acuerdo con reparto, en virtud de lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 13 del Acuerdo N° 58 de 1999, modificado por el artículo 1º del artículo 55 de 2003, no obstante como dos de los integrantes de la Subsección B, doctores César Palomino Cortés y Carmelo Perdomo Cuéter se encuentran impedidos, toda vez que firmaron la sentencia de primera instancia, se les aceptará el impedimento y se procederá a conformar la sala con dos integrantes de la Subsección A.

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

F A L L A

PRIMERO: ACEPTAR el impedimento manifestado en la Sala por doctores César Palomino Cortés y Carmelo Perdomo Cuéter, de conformidad con el numeral 2º del artículo 13 del Acuerdo N° 58 de 1999, modificado por el artículo 1º del Acuerdo N° 55 de 2003, toda vez que ellos firmaron la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia de 19 de febrero de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho adelantado por la señora María Clemencia Sana Reyes contra la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, por la cual se negaron las pretensiones de la demanda, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Por la Secretaría de la Sección Segunda devuélvase el proceso al Tribunal de origen y déjense las constancias de rigor.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Providencia estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

SANDRA LISSET IBARRA VELEZ

Consejera

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Consejero

Consejero