



313

Radicado: 76001-23-31-000-2011-01187-01 (0857-2019)
Demandante: Luis Carlos Montoya Cifuentes

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A
CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 76001-23-31-000-2011-01187-01 (0857-2019)
Demandante: LUIS CARLOS MONTOYA CIFUENTES
Demandada: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, ISS¹ Y ESE ANTONIO NARIÑO.

Temas: Reliquidación pensión de jubilación con fundamento en convención colectiva del trabajo.

APELACIÓN SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA – DECRETO 01 DE 1984

Sentencia SE.058

ASUNTO

Decide esta Subsección el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 27 de septiembre de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por medio de la cual denegó las pretensiones de la demanda.

LA DEMANDA

El señor Luis Carlos Montoya Cifuentes, por conducto de apoderado, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, previsto por el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, demandó al Instituto de Seguros Sociales, ISS, y la ESE Antonio Nariño.

¹ La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, fue vinculada como sucesora procesal del ISS en Liquidación, por ser la entidad que asumió los derechos pensionales legalmente reconocidos por el Instituto de los Seguros Sociales en su calidad de empleador, en los términos del artículo 27 del Decreto 2013 de 2012 y el Decreto 169 de 2008. Esta calidad le fue reconocida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sala de Descongestión Laboral, en auto del 26 de agosto de 2015 (f. 243).



Radicado: 76001-23-31-000-2011-01187-01 (0857-2019)
Demandante: Luis Carlos Montoya Cifuentes

Pretensiones²

1. Se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Resolución 0261 del 27 de abril de 2009, mediante la cual la ESE Antonio Nariño, ESEAN, reconoció y ordenó pagar una pensión de jubilación en favor del señor Luis Carlos Montoya Cifuentes.
- Resolución 000105 del 13 de abril de 2010, que resolvió la solicitud de revocación directa presentada contra la anterior confirmándola.

2. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, pidió que se condene al Instituto de Seguros Sociales y/o a la ESE Antonio Nariño a reconocer y pagar una pensión de jubilación en cuantía de \$4.238.071, a partir del 23 de septiembre de 2008, en los términos del artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo, suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL.

3. Que se condene al pago de los valores retroactivos que resulten de la liquidación de la prestación conforme lo anteriormente solicitado, con el ajuste convencional por concepto de vacaciones, prima de vacaciones, prima legal y extralegal, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, subsidio familiar, bonificación por antigüedad, dotación de uniformes, indemnización, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, reliquidación de cesantías parciales u definitivas, así como la incapacidad por enfermedad general, de conformidad con los artículos 5, 48, 49, 50, 53, 54, 62, 63, 65, 68, 103 y 106 de la Convención Colectiva del Trabajo con vigencia 2001-2004, a partir del 1.º de noviembre de 2004 y hasta el 21 de septiembre de 2005.

4. Se ordene reconocer las siguientes sumas:

- \$96.303.466 por concepto de cesantías.
- \$6.381.378 por bonificación por jubilación, prevista en el artículo 103 de la Convención Colectiva del Trabajo.

5. Que todas las sumas que se deban reconocer sean debidamente indexadas.

6. Se condene al pago de intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

7. Se condene en costas y agencias en derecho a las entidades demandadas.

² Ff. 113 y 114 C. ppal.



314

Radicado: 76001-23-31-000-2011-01187-01 (0857-2019)
Demandante: Luis Carlos Montoya Cifuentes

Supuestos fácticos relevantes³

1. El señor Luis Carlos Montoya Cifuentes nació el 23 de septiembre de 1953, es decir que cumplió 55 años el 23 de septiembre de 2008.
2. El demandante prestó sus servicios al Instituto de Seguros Sociales Seccional Valle, desde el 1981 hasta el 19 de abril de 1983 y desde el 7 de marzo de 1987 hasta el 26 de junio de 2003, fecha en la que se produjo la escisión del ISS. Posteriormente, laboró para la ESE Antonio Nariño hasta el 30 de abril de 2009.
3. Por medio de la Resolución 0261 del 27 de abril de 2009, la ESE Antonio Nariño le reconoció una pensión de jubilación. Para calcular la mesada tuvo en cuenta el 75% del promedio de los salarios devengados durante los últimos, en cumplimiento de la sentencia C-314 de 2004.
4. El 5 de abril de 2010, el señor Montoya Cifuentes solicitó la revocatoria directa de la Resolución 0261 del 27 de abril de 2009, la cual fue resuelta por medio de la Resolución 000105 del 13 de abril de 2010, acto que confirmó el anterior.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como normas violadas se citaron en la demanda los artículos 4, 13, 29, 48 y 53 de la Constitución Política; 17 y 18 del Decreto 1750 de 2003, 21 y 478 del Código Sustantivo del Trabajo, sentencias C-314 y C- 349 de 2004 de la Corte Constitucional y la Convención Colectiva del Trabajo suscrita por el Instituto de Seguros Sociales y SINTRASEGURIDADSOCIAL para la vigencia 2001-2004.

Como concepto de violación de la normativa invocada, indicó que la ESE Antonio Nariño ha debido liquidar la pensión de jubilación reconocida al señor Luis Carlos Montoya Cifuentes conforme el artículo 98 de la Convención Colectiva del Trabajo vigente y aplicar el 100% del promedio mensual de lo recibido en los dos últimos años de servicio, con inclusión de los siguientes factores salariales: asignación básica mensual, primas de servicios y de vacaciones, auxilios de alimentación y de transporte, trabajo nocturno, suplementario y horas extras, dominicales y feriados.

Más adelante, agregó que al liquidar su prestación con los últimos 10 años de servicios se desconocen los artículos 17 y 18 del Decreto 1750 de 2003, de acuerdo con los cuales, aquellos servidores públicos que venían vinculados para su entrada en vigencia quedarían automáticamente incorporados, sin solución de continuidad, en las empresas sociales del Estado que se crearan, y se computaría para todos los

³ Ff. 114 a 124 C. ppal.



Radicado: 76001-23-31-000-2011-01187-01 (0857-2019)
Demandante: Luis Carlos Montoya Cifuentes

efectos legales el tiempo que laboraran en estas, y además debían respetarse sus derechos adquiridos, de manera que debía tenerse cuenta que el Decreto Ley 1653 de 1977 concedía la pensión de jubilación a los 55 años de edad, en el caso de los hombres, y 20 años de trabajo en el ISS, en porcentaje del 100%.

Adicionalmente, indicó que de acuerdo con las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en las sentencias C-789 de 2002, C-314 y C-349, ambas de 2004, no queda duda sobre la vigencia de la Convención Colectiva del Trabajo aludida, puesto que el ISS con la denuncia efectuada por el ISS se entiende que ella queda vigente, al tenor de lo previsto por el artículo 479 del Código Sustantivo del Trabajo, lo cual implica que debe seguir aplicándose a los trabajadores de las empresas sociales del Estado escindidas, afirmación que sustenta además, en la sentencia del 5 de mayo de 2006 proferida por la jurisdicción ordinaria⁴ que conoció del asunto relacionado con la denuncia del ISS a dicho instrumento, en la que negó las pretensiones de la demanda.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Instituto de Seguros Sociales contestó la demanda y se opuso a las pretensiones, para lo cual expuso que el demandante tan solo llevaba 18 años al servicio de la entidad y no acreditaba los 55 de edad, para el momento de entrada en vigencia del Decreto 1750 de 2003, esto es, el 25 de junio de 2003, de manera que, al haber perdido la calidad de trabajador oficial y por el hecho de que ya no pertenecía a la planta del ISS no estaba cobijado por la Convención Colectiva, por lo que solicitó que se denegaran las súplicas.

Así mismo, expuso que con la expedición del Decreto 1750 de 2003, los servidores públicos que a la entrada en vigencia de dicha norma se encontraban vinculados a la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud, a las clínicas y a los centros de atención ambulatoria del ISS, quedaron automáticamente incorporados en las plantas de personal de las empresas sociales del Estado que se crearon, y aquellos que sin ser directivos desempeñaran funciones de mantenimiento en la planta física hospitalaria y de servicios generales conservarían su calidad de trabajadores oficiales. Igualmente, expuso que el tiempo que habían cumplido en el ISS se computaría con el prestado en las empresas creadas, sin solución de continuidad.

Seguidamente, señaló que las 7 empresas creadas por el Decreto 1750 de 2003 no son parte de la Convención Colectiva, pues para cuando esta se suscribió, el 31 de octubre de 2001, aquellas no habían nacido a la vida jurídica, así las cosas, como quiera que dicho acuerdo solo se aplica a los trabajadores oficiales del ISS, el demandante no está cobijado por dicho instrumento.

⁴ Por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá.



315

Radicado: 76001-23-31-000-2011-01187-01 (0857-2019)
Demandante: Luis Carlos Montoya Cifuentes

De otra parte, formuló los siguientes medios exceptivos:

- Carencia del derecho e inexistencia de la obligación: al efecto, insistió en que el demandante perdió los beneficios de la Convención Colectiva al haber sido incorporado automáticamente a una empresa social del Estado como empleado público, luego de la escisión del ISS.

Igualmente, puso de presente que la Corte Constitucional, al examinar la exequibilidad del artículo 17 del Decreto 1750 de 2003 consideró que la Convención Colectiva es fuente de derechos para los trabajadores beneficiarios de ella por lo menos durante el tiempo en que conserva su vigencia, esto es, hasta el 31 de octubre de 2004, sin embargo como el señor Luis Carlos Montoya Cifuentes fue incorporado como servidor público a la ESE Antonio Nariño a partir del 26 de junio de 2003, ya no podía ser acreedor de las prerrogativas que emanan de dicho instrumento.

- Prescripción: indicó que *sin que implique reconocimiento de derecho alguno*, solicitó que se tenga en cuenta que las acciones laborales prescriben en 3 años desde que la obligación se hace exigible, de conformidad con lo establecido por el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con el artículo 151 del Código Procesal Laboral.
- La innominada: pidió que se declare probada cualquier otra excepción que se encuentre probada de oficio.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Parte demandante⁵. Insistió en que tiene derecho a que se le reconozcan los derechos que emanan de la Convención Colectiva del Trabajo suscrita por el ISS con sus sindicatos de trabajadores que se encuentra vigente, toda vez que no se pueden desconocer los derechos adquiridos por los trabajadores de la mencionada entidad, tal y como señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-314 de 2004. Del mismo modo, expuso que se debe determinar si con la expedición del Decreto 1750 de 2003, se presentó la figura de sustitución patronal, con lo cual se debía dar aplicación al artículo 68 del Código Sustantivo del Trabajo.

⁵ Ff. 271 a 280.



Radicado: 76001-23-31-000-2011-01187-01 (0857-2019)
Demandante: Luis Carlos Montoya Cifuentes

De otra parte, precisó que es beneficiario del régimen de transición de que trata la Ley 100 de 1993 y para la entrada en vigor de esta, él ya había laborado para el ISS, lo que implica que se le deben seguir respetando las disposiciones anteriores que venían rigiendo su situación pensional, las cuales, en su caso están contenidas en la Convención Colectiva del Trabajo.

Ni la parte demandada ni el agente del Ministerio Público intervinieron en esta etapa procesal, según se desprende del informe secretarial que obra en el folio 281 del expediente.

SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante sentencia del 27 de septiembre de 2018⁶ denegó las pretensiones, con fundamento en el siguiente razonamiento:

Del contenido del Decreto 1750 de 2003 y de la sentencia C-314 de 2204, que se pronunció sobre la exequibilidad de los artículos 16, 17, 18 y 19 de aquel, concluyó que el cambio de naturaleza jurídica de la vinculación de trabajador oficial a empleado público implicó la pérdida del derecho a presentar pliegos de peticiones y a negociar convenciones colectivas de trabajo, sin perjuicio de los derechos salariales y prestacionales adquiridos, lo cuales deben entenderse como aquellos que han ingresado al patrimonio del servidor.

En relación con este aspecto, indicó que el Consejo de Estado sostuvo en casos similares al presente, que los beneficios de la Convención Colectiva del Trabajo solamente deben mantenerse hasta el 31 de octubre de 2004, fecha en la que culminó su vigencia inicial. Igual criterio adoptó la Corte Constitucional en la SU-897 de 2012, por lo que estimó que no son aplicables las disposiciones sobre prórroga automática del Código Sustantivo de Trabajo.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante la apeló⁷, para lo cual sustentó que el traslado, sin solución de continuidad, a la ESE Antonio Nariño conlleva la posibilidad de seguir beneficiándose de la Convención Colectiva del Trabajo, así como el del respeto de como los derechos adquiridos que de ella emanan, según lo

⁶ Ff. 282 a 288 C. ppal.

⁷ Ff. 290 a 296 C. ppal.



316

Radicado: 76001-23-31-000-2011-01187-01 (0857-2019)
Demandante: Luis Carlos Montoya Cifuentes

precisó la Corte Constitucional en la sentencia C-649 de 2004 y T-1238 de 2008, entre otros pronunciamientos y la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral⁸.

Adicionalmente, señaló que la sentencia de primera instancia desconoció la garantía de los derechos adquiridos y las expectativas legítimas, los cuales se derivan del artículo 17 del Decreto 1750 de 2003, norma cuyos efectos se concretaron en i) la incorporación a la planta de personal de los anteriormente trabajadores oficiales del ISS y luego empleados públicos de las empresas sociales del Estado, y ii) el traslado de quienes mantenían la condición de trabajadores oficiales, en atención a las funciones que desempeñaban, para lo cual se dispuso que sería de manera automática y sin solución de continuidad.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante⁹: La apoderada del señor Luis Carlos Montoya Cifuentes intervino en esta oportunidad procesal para ratificar los argumentos en las anteriores intervenciones, según las cuales él tenía una expectativa legítima de recibir su pensión de jubilación en los términos de la Convención Colectiva del Trabajo, comoquiera que para el 26 de junio de 2003, fecha de incorporación a la ESE Antonio Nariño, tenía 17.5 años de servicio al ISS y llegó a los 55 años de edad el 23 de septiembre de 2008, es decir, mientras estaba vinculado a la empresa escindida, cuando aún estaba en vigor el instrumento jurídico convencional.

Igualmente, pidió que se dé aplicación al precedente de la Corte Constitucional contenido en la sentencia SU-086 de 2018, en atención a los principios de confianza legítima y buena fe, para que de esta manera se despachen favorablemente las pretensiones de la demanda.

Ni la parte demandada ni el agente del Ministerio Público intervinieron en esta etapa procesal, según se constata en el informe secretarial que obra en el folio 312 del cuaderno principal del expediente.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Sea lo primero precisar, que de conformidad con lo previsto por el artículo 328 del Código General del Proceso¹⁰, el juez de segunda instancia debe pronunciarse

⁸ Citó: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 13 de julio de 2010, radicación 36563.

⁹ Ff. 306 a 311 C. ppal.

¹⁰ «ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.



Radicado: 76001-23-31-000-2011-01187-01 (0857-2019)
Demandante: Luis Carlos Montoya Cifuentes

solamente sobre los argumentos expuestos en el recurso de apelación, los cuales se contraen al derecho que el demandante estima al reconocimiento de la pensión de jubilación en los términos de la Convención Colectiva del Trabajo suscrita por el ISS con la asociación sindical SINTRASEGURIDADSOCIAL.

En ese orden, el problema jurídico que se debe resolver en esta instancia se circunscribe a los aspectos planteados en el recurso de apelación, los cuales se resumen en la siguiente pregunta:

¿El señor Luis Carlos Montoya Cifuentes tiene derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación en los términos de la convención colectiva suscrita por el ISS con su sindicato de trabajadores para la vigencia 2001-2004?

El problema jurídico planteado se resolverá en el siguiente orden: (I) De la posibilidad de los empleados públicos de beneficiarse de convenciones colectivas, II) 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; (III) Derechos adquiridos; IV) Del caso concreto.

1. La posibilidad de los empleados públicos de beneficiarse de convenciones colectivas

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.»

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.»

Calle 12 No. 7-65 – Tel: (57-1) 350-6700 – Bogotá D.C. – Colombia

www.consejodeestado.gov.co



317

Radicado: 76001-23-31-000-2011-01187-01 (0857-2019)
Demandante: Luis Carlos Montoya Cifuentes

En cuanto a su campo de aplicación, el Decreto 1848 de 1969 en el artículo 7.º, ordinal 2.º previó: «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 los artículos transcritos se concluye 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.

En relación con este aspecto, el Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo, prevé:

«[...] Artículo 1

1. El presente Convenio deberá aplicarse a todas las personas empleadas por la administración pública, en la medida en que no les sean aplicables disposiciones más favorables de otros convenios internacionales del trabajo.

[...]

Artículo 7

Deberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones. [...]». (Negrillas fuera del texto)

Por su parte, el Convenio 154 de la misma Organización, se refiere al fomento de la negociación colectiva, y se dirige a que sea posible entre todos los empleadores y a todas las categorías de trabajadores a las cuales se aplica dicho Convenio.

De acuerdo con lo anterior, el artículo 55 de la Constitución Política, garantiza el ejercicio del derecho a la negociación colectiva, limitado únicamente por las excepciones que defina la ley.

A su vez, el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo contiene la limitación de las funciones de los sindicatos de empleados públicos, en los siguientes términos:

«[...]

LIMITACIÓN DE LAS FUNCIONES. Los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas, pero

Calle 12 No. 7-65 – Tel: (57-1) 350-6700 – Bogotá D.C. – Colombia

www.consejodeestado.gov.co



Radicado: 76001-23-31-000-2011-01187-01 (0857-2019)
Demandante: Luis Carlos Montoya Cifuentes

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. [...] ¹¹(Se resalta).

Lo anterior tiene fundamento precisamente en la vinculación legal y reglamentaria de los empleados públicos, la cual restringe la posibilidad de afectar la facultad de las autoridades de fijar unilateralmente las condiciones del empleo¹².

Es importante señalar que la Corte Constitucional mediante sentencia C-377 de 1998, al examinar la exequibilidad de la Ley 411 de 1997 que aprobó el Convenio 151 antes citado, consideró ajustada a la Constitución Política la diferenciación entre trabajadores oficiales y empleados públicos, en lo relacionado con el ejercicio del derecho de negociación colectiva, para conceder a los primeros el goce pleno del derecho, y restringirlo para los segundos, bajo el argumento de que no se puede afectar la facultad de las autoridades (Congreso, Presidente en el plano nacional, asambleas, concejos, gobernadores y a los alcaldes en los distintos órdenes territoriales), de fijar autónomamente las condiciones del empleo.

La mencionada Ley 411 de 1997, a su turno, fue reglamentada por el Decreto 160 del 5 de febrero de 2014¹³ en el cual se reguló «el procedimiento para la negociación exclusivamente de las condiciones de empleo, entre las entidades y autoridades públicas competentes y las organizaciones sindicales de empleados públicos», aplicable a los empleados públicos de todas las entidades y organismos excepto¹⁴:

«[...]

- a) Los empleados públicos que desempeñen empleos de alto nivel político, jerárquico o directivo, cuyas funciones comporten atribuciones de gobierno, representación, autoridad o de conducción institucional, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas públicas;
- b) Los trabajadores oficiales;
- c) Los servidores de elección popular o los directivos elegidos por el Congreso o corporaciones territoriales, y,
- d) El personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. [...]

En el mismo sentido, al referirse a los Convenios 151 y 154 de la OIT, en la sentencia C-201 de 2002, mediante la cual declaró la exequibilidad del artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo, así como en la sentencia C-1234 de 2005 que declaró la exequibilidad condicionada de la expresión contenida en el mismo artículo «Los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliego de peticiones ni celebrar convenciones colectivas», bajo el entendido de que para hacer efectivo el derecho a la negociación colectiva consagrado en el artículo 55 de la Constitución

¹¹ Declarada exequible por la sentencia C-201-02.

¹² Corte constitucional, sentencia C-201 de 2002

¹³ Por el cual se reglamenta la Ley 411 de 1997 aprobatoria del Convenio 151 de la OIT, en lo relativo a los procedimientos de negociación y solución de controversias con las organizaciones de empleados públicos.

¹⁴ El campo de aplicación del Decreto 160 de 2014 se encuentra delimitado en el artículo 2.



31A

Radicado: 76001-23-31-000-2011-01187-01 (0857-2019)
Demandante: Luis Carlos Montoya Cifuentes

Política, y de conformidad con los Convenios 151 y 154 de la OIT, las organizaciones sindicales de empleados públicos podrán acudir a otros medios que garanticen la concertación en las condiciones de trabajo, a partir de la solicitud que al respecto formulen estos sindicatos, mientras el Congreso de la República regule el procedimiento para el efecto.

Ahora bien, a través del Decreto 160 del 5 de febrero de 2014¹⁵, el Gobierno Nacional reglamentó la Ley 411 de 1997. Dicho acto reguló el procedimiento para la negociación entre las autoridades públicas y las organizaciones sindicales de empleados públicos, limitado exclusivamente a las condiciones de empleo (art. 1.º), dentro del cual, si se llega a un consenso, no culmina con una convención colectiva propiamente dicha, sino con un acuerdo colectivo (art. 13).

De todo lo expuesto, se concluye que los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliego de peticiones ni pueden beneficiarse de los acuerdos contenidos en las convenciones colectivas, situación que hace necesario analizar los efectos que la escisión del ISS causó en las prerrogativas de la convención colectiva vigentes hasta ese momento, para sus trabajadores cuya vinculación se transformó de trabajadores oficiales a empleados públicos.

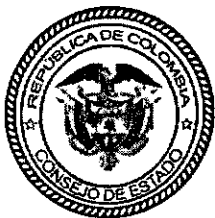
2. Temporalidad de los Derechos contenidos en la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL el 1.º de noviembre de 2001 y hasta el 31 de octubre de 2004

La Corte Constitucional, al estudiar la exequibilidad del Decreto Ley 1750 de 2003, definió 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 solo tuvo vigencia hasta el 31 de octubre de 2004. Lo anterior se deduce de los siguientes argumentos:

En sentencia C-349 de 2004, 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, la Corte Constitucional 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

¹⁵ Compilado por el Decreto 1072 del 26 de mayo de 2015 «Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo».



Radicado: 76001-23-31-000-2011-01187-01 (0857-2019)
Demandante: Luis Carlos Montoya Cifuentes

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 adquiridos».

3. Sobre los derechos adquiridos

El concepto de derechos adquiridos fue decantado por la Corte Constitucional, en sentencia C-314 de 2004¹⁶, providencia en 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", 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 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

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C – 314 de 2004



319

Radicado: 76001-23-31-000-2011-01187-01 (0857-2019)
Demandante: Luis Carlos Montoya Cifuentes

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 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 416¹⁷ 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 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”¹⁸.

[...] 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

¹⁷ 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.

¹⁸ Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 1.º de julio de 2009, Radicado: 2007-1355.



Radicado: 76001-23-31-000-2011-01187-01 (0857-2019)
Demandante: Luis Carlos Montoya Cifuentes

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. [...]»¹⁹

El anterior criterio fue reiterado por la misma Subsección, en los siguientes términos²⁰:

«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 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 Social²¹, 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

¹⁹ Radicado No. 25000-23-25-000-2005-10890-01 (0212-08). Actor: Martha Catalina Vásquez Sagra. Demandado: E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento

²⁰ Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 7 de abril de 2011. Radicado: 05001-23-31-000-2008-00067-01 (0673-10).

²¹ «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».



Radicado: 76001-23-31-000-2011-01187-01 (0857-2019)
Demandante: Luis Carlos Montoya Cifuentes

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).

[...]

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." –negrillas 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:

Calle 12 No. 7-65 – Tel: (57-1) 350-6700 – Bogotá D.C. – Colombia

www.consejodeestado.gov.co



Radicado: 76001-23-31-000-2011-01187-01 (0857-2019)
Demandante: Luis Carlos Montoya Cifuentes

- 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[...]».

En este pronunciamiento, el máximo juez constitucional se manifestó expresamente en el sentido de modificar la posición que en algunas sentencias de tutela del año 2008 había asumido la Sala Sexta de Revisión de la Corporación, en apoyo de la tesis que sostenía la renovación semestral de la convención celebrada entre SINTRASEGURIDAD SOCIAL y el ISS. No obstante, esta providencia dejó claras las razones por las cuales se variaba dicha tesis, para asumir la que actualmente tiene vigencia, según la cual el instrumento normativo en cuestión sólo conservó su rigor hasta el 31 de octubre de 2004.

Más adelante, la sentencia SU-086 de 2018 la Corte Constitucional retomó el tema relacionado con la posibilidad de que aquellas personas que siendo trabajadores oficiales del ISS fueron incorporados como empleados públicos a las empresas sociales del Estado que se crearon con el Decreto 1750 de 2003, fueran beneficiarias de una pensión de jubilación reconocida bajo los parámetros del artículo 98 de la Convención Colectiva del Trabajo con vigencia 2001-2004, suscrita por el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL. En dicha oportunidad consideró que de acuerdo con las reglas previamente anotadas, si el servidor incorporado consolidaba su derecho pensional antes del 31 de octubre de 2004, debía ser objeto de protección constitucional. Con ello, no resultan admisibles los argumentos basados en posiciones contrarias a la adoptada mediante las referidas sentencias de unificación.

4. Del caso concreto

En el plenario se encuentra probado lo siguiente:

El señor Luis Carlos Montoya Cifuentes nació el 23 de septiembre de 1956²².

El 31 de octubre de 2001 el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social y el Instituto de Seguros Sociales suscribieron una convención colectiva del trabajo, que incluyó dentro de sus beneficios los siguientes:

²² De acuerdo con el Registro Civil de nacimiento que obra en el folio 17 C. ppal. y copia de la cédula de ciudadanía que reposa en el folio 18 del C. 1.



321

Radicado: 76001-23-31-000-2011-01187-01 (0857-2019)
Demandante: Luis Carlos Montoya Cifuentes

«Artículo 98. PENSIÓN DE JUBILACIÓN

El trabajador oficial que cumpla veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al Instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años si es hombre y cincuenta (50) años si es mujer, tendrá derecho a pensión de jubilación en cuantía equivalente al 100% del promedio de lo percibido en el periodo que se indica a continuación para cada grupo de trabajadores oficiales:

(i) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2002 y treinta y uno de diciembre de 2006, 100% del promedio mensual de lo percibido en los dos últimos años de servicio.

(ii) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2007 y treinta y uno de diciembre de 2016, 100% del promedio mensual de lo percibido en los tres últimos años de servicio.

(iii) Para quienes se jubilen a partir del primero de enero de 2007, 100% del promedio mensual de lo recibido en los cuatro últimos años de servicio.

Para estos efectos se tendrán en cuenta los siguientes factores de remuneración:

- a. Asignación básica mensual
- b. Prima de servicios y vacaciones
- c. Auxilio de alimentación y transporte
- d. Valor de trabajo nocturno, suplementario y en horas extras
- e. Valor del trabajo en días dominicales y feriados

No obstante lo anterior, cuando hubiere lugar a la acumulación de las pensiones de jubilación y de vejez, por ningún motivo podrá recibirse en conjunto, por uno y otro concepto, más del ciento por ciento (100%) del promedio a que se refiere el presente artículo. Por consiguiente, en dicho caso el monto de la pensión de jubilación será equivalente a la diferencia entre el referido porcentaje y el valor de la pensión de vejez. [...]]» (f. 42 C. pruebas).

El 28 de octubre de 2004 la representante legal del Instituto de Seguros Sociales denunció parcialmente la convención colectiva del trabajo suscrita con SINTRASEGURIDADSOCIAL con vigencia del 1 de octubre de 2001 al 31 de octubre de 2004, en relación con aspectos plenamente identificados, entre ellos el relacionado con el régimen de pensiones de jubilación previsto en el artículo 98 de la convención colectiva, toda vez que tal carga prestacional hacía inviable económicamente a la entidad (ff. 2 a 11 C. pruebas).

En virtud del Decreto 1750 del 26 de junio de 2003 el actor fue incorporado de manera automática a la planta de personal de la ESE Francisco de Paula Santander (ff. 85 a 90 C. ppal).

Mediante comunicación del 27 de abril de 2007 Rad. ESEAN-RH-1992-07, el gerente de la ESE Antonio Nariño le comunicó a el señor Luis Carlos Montoya Cifuentes que el cargo que venía desempeñando de médico especialista, código 2120, grado 19, con intensidad horaria de 6 horas, fue suprimido conforme lo señalado por el Decreto 922 del 22 de marzo de 2007, por lo cual quedaría desvinculado a partir del 30 de abril de



Radicado: 76001-23-31-000-2011-01187-01 (0857-2019)
Demandante: Luis Carlos Montoya Cifuentes

2007. Como consecuencia de ello, tendría derecho al pago de la indemnización según el Decreto 921 del 22 de marzo de 2007 (f. 38 C. ppal.).

Mediante Resolución 24.073 del 21 de junio de 2007 le fue reconocida la indemnización por supresión del cargo en los términos del artículo 13 del Decreto 921 de 2007, por valor de \$118'310.850 (ff. 39 a 41 C. ppal.).

Por Resolución 3.620 del 21 de junio de 2007 la ESE Antonio Nariño le reconoció al señor Montoya Cifuentes las prestaciones sociales por retiro definitivo, en cuantía de \$8.134.709 (ff. 45 y 46 C. ppal.).

En los folios 50 a 65 del cuaderno principal del expediente reposan las planillas de los emolumentos devengados por el actor desde enero de 2003 hasta agosto de 2008.

Por medio del Decreto 3870 del 3 de octubre de 2008 el Gobierno Nacional ordenó la supresión y liquidación de la ESE Antonio Nariño (f. 82 C. ppal.).

La ESE Antonio Nariño en Liquidación expidió la Resolución 000261 del 27 de abril de 2009, en la que reconoció una pensión de jubilación al demandante en cuantía de \$3'008.542, con efectos a partir del 23 de septiembre de 2008. El valor de la prestación se distribuyó así:

ENTIDAD	DÍAS	%	VALOR
Seguro Social	6.422	82.26	2.474.827.00
ESE ANTONIO NARIÑO en Liquidación	1.382	17.74	533.715
TOTAL	7.807	100	3.008.542.00

Para el reconocimiento pensional se tuvieron en cuenta los siguientes aspectos:

- El peticionario prestó sus servicios de la siguiente manera:

ENTIDAD	DESDE	HASTA	INT.	DÍAS
Seguro Social	27 de julio de 1981	19 de abril de 1983		623
ISS Contratos Provisionales interrumpidos del 07 de marzo de 1987 al 22 de enero de 1989				646
Seguro Social	23 de enero de 1989	25 de junio de 2003	0	5.153
ESE ANTONIO NARIÑO	26 de junio de 2003	30 de abril de 2007	0	1.385
TOTAL				7.807

- Es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 por lo cual es acreedor del régimen contenido en la Ley 33 de 1985 y el ingreso base de liquidación se establece conforme el artículo 30 de la Ley 100 de 1993, esto es, está conformado por los salarios devengados desde el 1 de mayo de 1997 hasta el 30 de abril de 2007 (3.600 días).



322

Radicado: 76001-23-31-000-2011-01187-01 (0857-2019)

Demandante: Luis Carlos Montoya Cifuentes

- Que los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos por el Decreto 1158 de 1994 y la tasa de retorno es equivalente al 75%.

A través de la Resolución 000105 del 13 de abril de 2010 la ESE Antonio Nariño en Liquidación resolvió la solicitud de revocación directa presentada contra la Resolución 000261 del 27 de abril de 2009²³, en el sentido de confirmarla en todas sus partes. Dentro de los fundamentos expuestos para dicha decisión expuso los siguientes:

«[...] el Decreto que escindió el ISS comportó un cambio de la naturaleza jurídica del vínculo que unía a sus servidores con la institución que a pasar a pertenecer a las Empresas Sociales del Estado, se convirtieron por mandato legal, en empleados públicos, dejando de ser trabajadores oficiales. Este cambio de naturaleza jurídica del vínculo del servidor con el Estado operó a partir del 26 de junio de 2003.

El cambio anteriormente referenciado comporta dos situaciones a saber: i) deja de ser trabajador oficial y por ende no se aplican más a este servidor las normas propias de esta clase de funcionarios y ii) pasa a ser empleado público, a quien lo señala expresamente el Decreto Ley, y se le comienzan a aplicar las normas generales que aplican a esta clase de servidores.

[...]

Actualmente sigue vigente la Convención Colectiva en el ISS, y aplica a sus trabajadores oficiales y no puede aplicarse a empleados públicos de una Empresa Social del Estado distinta de este, [...]

La sustitución patronal no aplica entre entidades del Estado. Esta es una figura exclusiva del derecho privado. Por lo anterior tampoco podría extenderse la convención del ISS en las ESE sobre la base de estar aplicando esta figura.

[...]»

En los folios 63 a 65 del cuaderno 1 el ISS informó el resumen de las semanas cotizadas por Luis Carlos Montoya Cifuentes, documento en el cual se observan cotizaciones desde el año de 1980 con el Instituto de Seguros Sociales, hasta mayo de 2005.

De acuerdo con los documentos aportados, la convención colectiva suscrita por el ISS y su sindicato, creó un régimen más favorable para efectos de obtener la pensión de jubilación, habida cuenta de que exigió 20 años de servicio y 50 de edad, para mujeres, y 55 para hombres, del cual podrían beneficiarse sus servidores clasificados como trabajadores oficiales.

Sin embargo, el señor Luis Carlos Montoya Cifuentes pasó a ser empleado público al ser incorporado a la ESE Antonio Nariño a partir de junio de 2003, lo que implica que al tenor de lo considerado por la Corte Constitucional en las sentencias C-349 de 2004, SU-897 de 2012 y SU-086 de 2018, solamente pudo gozar de los beneficios de

²³ Ff. 27 a 37 C. ppal.



Radicado: 76001-23-31-000-2011-01187-01 (0857-2019)
Demandante: Luis Carlos Montoya Cifuentes

la convención colectiva de trabajo 2001-2004, hasta su vigencia inicial, es decir, hasta el 31 de octubre de 2004, momento para el cual el demandante no reunía los requisitos para la pensión convencional, es decir, 20 años de servicio y 55 de edad.

En efecto, del resumen de las semanas cotizadas se puede inferir que el señor Montoya Cifuentes, a partir del 1 de agosto de 1980 laboró para la mencionada entidad²⁴. Así las cosas, si bien para el 31 de octubre de 2004 alcanzó los 20 años de servicios, lo cierto es que no había llegado a los 55 años de edad, pues solamente los cumpliría hasta el 23 de septiembre de 2011.

En este punto, es oportuno precisar que la parte demandante no tenía derechos adquiridos frente al régimen pensional contenido en la convención colectiva, pues es claro que no cumplió los requisitos para ser acreedor de la prestación durante su vigencia, en ese caso, solo tuvo una expectativa de gozar de tal beneficio, sin que exista fundamento legal o constitucional que en su caso le conceda tal derecho, que de reconocerse se constituiría en un privilegio del cual no gozarían la generalidad de los empleados públicos.

Conclusión: El señor Luis Carlos Montoya Cifuentes no tiene derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación en los términos de la convención colectiva suscrita por el ISS con su sindicato de trabajadores para la vigencia 2001-2004, pues esta solo tuvo vigencia hasta el 31 de octubre de 2004 y para esa fecha el demandante no había consolidado el derecho a la pensión, es decir que no se puede predicar que él tuviera derechos adquiridos frente a dicha convención.

Decisión de segunda instancia

Por lo expuesto la Sala considera que se impone confirmar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el 27 de septiembre de 2018, que denegó las pretensiones de la demanda.

Condena en costas

La Subsección estima que no hay lugar a condena en costas por cuanto la actividad de las partes se ciñó a los parámetros de buena fe y lealtad procesales, sin que por lo mismo se observe actuación temeraria ni maniobras dilatorias del proceso (Artículo 171 del CCA, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1.998).

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,

²⁴ En folio 63 del cuaderno 1, el reporte de las semanas cotizadas en pensiones el ISS indicó que recibió cotizaciones desde esa fecha.



323

Radicado: 76001-23-31-000-2011-01187-01 (0857-2019)
Demandante: Luis Carlos Montoya Cifuentes

FALLA

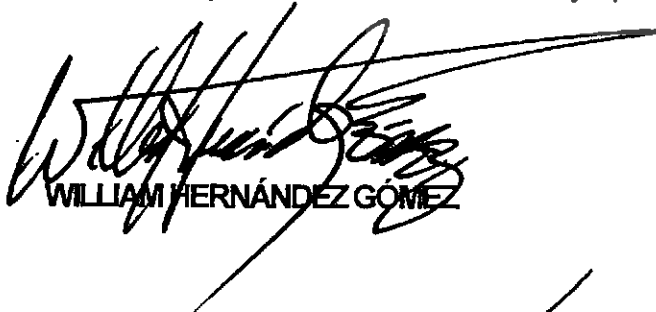
Primero: Confírmese la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el 27 de septiembre de 2018, que denegó las pretensiones de la demanda presentada por Luis Carlos Montoya Cifuentes contra el Instituto de Seguros Sociales y la ESE Antonio Nariño

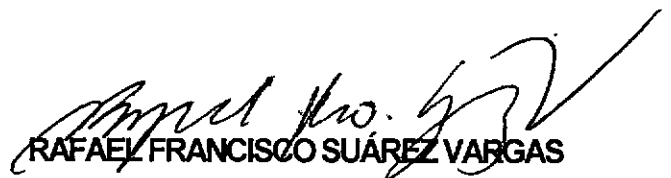
Segundo: Sin condena en costas.

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

legis

