



**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A**

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D. C., veintidós (22) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

Radicado: 76001-23-31-000-2011-01246-01 (1425-2016)

Demandante: LUIS HERNANDO ESCOBAR MOSQUERA.

Demandado: ESE ANTONIO NARIÑO, EN LIQUIDACIÓN.

Asunto: Decreto 01 de 1984. Sentencia de segunda instancia. Régimen salarial y prestacional. Derechos convencionales.

SE. 0026

Decide la Sala de Subsección el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 15 de octubre de 2015, proferida por Tribunal Administrativo de Antioquia, que negó las súplicas de la demanda incoada por el señor LUIS HERNANDO ESCOBAR MOSQUERA contra la ESE Antonio Nariño, en liquidación (en adelante ESE Antonio Nariño).

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones¹.

El señor LUIS HERNANDO ESCOBAR MOSQUERA, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Decreto 1 de 1984 (CCA), demandó la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio D. 1301 RTA R-1519 de 11 de abril de 2011.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, pidió que (i) se reconozcan y paguen los beneficios colectivos y/o convencionales² desde su

¹ Folios 125 a 129 y 144 a 162 del expediente.

² Cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, prima de navidad, primas convencionales adicionales, vacaciones, prima de vacaciones, auxilio de transporte, auxilio de alimentación, prima técnica, prima de localización, pago de horas extra, sanción moratoria por el retardo en el pago de las cesantías, sanción moratoria por el retardo en el pago de emolumentos salariales y prestacionales, salario del mes

vinculación a la ESE Antonio Nariño, desde el 27 de junio de 2003 hasta el 15 de noviembre de 2008; (ii) se indexen todas las sumas; y (iii) se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

2. Hechos³.

Como fundamentos de hecho en los que se sustentan las pretensiones, la parte demandante narró los que a continuación se resumen:

- 2.1.** El señor LUIS HERNANDO ESCOBAR MOSQUERA (i) se vinculó al Instituto de Seguros Sociales (en adelante ISS), seccional Valle del Cauca, como enfermero jefe en el municipio de Santiago de Cali en la Clínica Rafael Uribe Uribe, (ii) a través de contratos de prestación de servicios, (iii) desde el 10 de julio de 1995 hasta el 30 de junio de 2003.
- 2.2.** Mediante decisiones judiciales proferidas por el Juzgado 3 Laboral en Descongestión del Circuito de Cali y el Tribunal Superior del Distrito de Cali fue reconocida a favor del demandante existencia de relación laboral entre éste y el ISS.
- 2.3.** A través del Decreto 1750 de 2003, el Gobierno Nacional dividió los servicios de salud del ISS en varias empresas sociales del Estado (ESE). A tal proceso se le denominó «escisión».
- 2.4.** Por expreso mandato normativo contenido en el decreto antes mencionado, los servidores del ISS, con independencia de la denominación del contrato, fueron vinculados, sin solución de continuidad, a las plantas de personal de las diferentes ESE, correspondiéndole al demandante la ESE Antonio Nariño, donde laboró entre el 27 de junio de 2006 y el 15 de noviembre de 2008.
- 2.5.** El 30 de noviembre de 2003, la ESE Antonio Nariño informó al señor ESCOBAR MOSQUERA que en dicha entidad se laboraba bajo la modalidad

de septiembre de 2008 y cuatro días de octubre de 2008, aportes a seguridad social asumidos por el demandante y aportes a la cooperativa.

³ Folios 85 a 103 del expediente.

de convenios asociativos de trabajo, por lo que debía afiliarse a una cooperativa de «prestación de servicios».

- 2.6. Para dar cumplimiento a lo anterior, el demandante se vinculó a las cooperativas «Trabajo Asociado Solidez y Consentir», entre el 1 de diciembre de 2003 y el 15 de noviembre de 2008.
- 2.7. El señor ESCOBAR MOSQUERA se desempeñó como enfermero jefe, trabajo por el que recibía una retribución denominada «compensación» sin percibir de modo alguno sus derechos prestacionales y beneficios convencionales.
- 2.8. Para la fecha de vinculación a la ESE Antonio Nariño el demandante era beneficiario de la última convención colectiva celebrada entre el ISS y los diferentes sindicatos de trabajadores a los que se encontraban afiliados sus servidores.
- 2.9. Mediante escrito radicado el 4 de abril de 2011, fue presentada reclamación administrativa – laboral ante la ESE Antonio Nariño en la que se deprecó el reconocimiento de la relación laboral y el pago de todas las prestaciones correspondientes; solicitud que fue resuelta «de manera escueta» mediante el Oficio D1301 RTA R-1519 de 11 de abril de esa misma anualidad.

3. Normas violadas y concepto de la violación⁴.

En primer lugar, debe señalarse que como **causales de nulidad** del acto demandado índico: (i) la falta de motivación y (ii) la violación de las normas en las que debían fundarse el acto. En tal sentido, se invocaron como **normas violadas** las siguientes:

- De la Constitución Política, los artículos 13, 29, 53 y 228.
- De la Ley 79 de 1988, los artículos 1, 2, 3 y 4.
- El Decreto 468 de 1990.
- De la Ley 80 de 1993, el artículo 32.
- Del Decreto Ley 254 de 2000, los artículos 6, 7, 22, 23 y 26.
- Del Decreto 1750 de 2003, los artículos 17 y 18.

⁴ Folios 103 a 148 del expediente.

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado: 76001-23-31-000-2011-01246-01 (1425-2016)
Demandante: Luis Hernando Escobar Mosquera.
Demandado: ESE Antonio Nariño, en liquidación.

- Del Decreto 4588 de 2006, el artículo 16.
- Del Decreto 3870 de 2008, los artículos 5 y 6.
- De la Ley 1233 de 2008, el artículo 17.

Como **concepto de la violación**, el apoderado de la parte demandante señaló que el acto por medio del cual fue rechazada la solicitud de la parte actora para que su crédito fuere tenido en cuenta en la liquidación de la ESE Antonio Nariño fue carente de motivación, pues la entidad demandada no se pronunció de fondo y en consecuencia se limitó a dar una mera respuesta informal. Es decir, con su actuar la administración vulneró la garantía constitucional al debido proceso, como quiera que el administrado nunca conoció las razones de fondo que sustentaron el rechazo de su petición.

Concatenado a ello, adujo que dicha negativa llevó consigo el desconocimiento del principio de la realidad en torno a la existencia de una verdadera relación laboral existente entre la entidad demandada y el señor ESCOBAR MOSQUERA. En consecuencia, sin importar si se trató de un contrato de prestación de servicios o una vinculación a través de cooperativas de trabajo asociado, lo que se encubre tras esa faz es una verdadera relación laboral, ello en aras de desconocer derechos laborales.

Ahora bien, dado que la jurisdicción ordinaria especialidad laboral reconoció la existencia de relación laboral entre el demandante y el ISS, y en virtud del artículo 17 del Decreto 1750 de 2000 el paso a la ESE Antonio Nariño fue sin solución de continuidad, la consecuencia lógica es que, al mantenerse los elementos naturales de esa relación laboral (prestación personal del servicio, subordinación y remuneración), se mantuviera la misma mientras subsistió el vínculo.

Con relación a los derechos convencionales, manifestó que la Corte Constitucional en sentencias C-314 y C-349 de 2004 avaló la tesis según la cual «los servidores del ISS que fueron incorporados automáticamente y sin solución de continuidad en las Empresas Sociales del Estado tienen derechos (sic) a los beneficios convencionales por lo menos durante el tiempo en que la Convención Colectiva de Trabajo conserva su vigencia». Ahora bien, añadió que la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL a la fecha de presentación de la demanda seguía vigente, por cuanto frente a la misma (i) al no haber sido denunciada o (ii) modificada/revocada por decisión arbitral, la misma se renueva automáticamente, tal

como lo manda el artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo (CST).

4. Contestación de la demanda.

La entidad demandada no presentó escrito de contestación.

5. Redistribución de procesos a efectos de descongestión.

De conformidad con el artículo 27 del Acuerdo PSAA15-10363 de 2015 la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura dispuso que cada uno de los magistrados permanentes y en descongestión de los Tribunales Administrativos de Valle del Cauca y Sucre, remitieran 120 procesos del sistema escritural al Tribunal Administrativo de Antioquia, los cuales serían repartidos entre los magistrados en descongestión de este último.

Mediante auto calendado el 7 de julio de 2015 en Tribunal Administrativo de Valle del Cauca resolvió remitir el asunto de la referencia al Tribunal Administrativo de Antioquia para que fuere repartido entre sus magistrados en descongestión.

6. La sentencia apelada⁵.

El Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante sentencia proferida el 15 de octubre de 2015, negó las pretensiones de la demanda bajo las siguientes consideraciones:

En primer lugar, se estableció como problema jurídico el siguiente:

«Corresponde resolver a la Sala de Descongestión si el demandante se encontraba vinculado a la ESE ANTONIO NARIÑO, mediante un contrato de prestación de servicios y por consiguiente no tiene derecho al reconocimiento de prestaciones sociales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, o si por el contrario, el accionante logró desvirtuar la naturaleza del contrato de prestación de servicios y demostró la existencia de una relación laboral subordinada, en cumplimiento del principio de la primacía de la realidad sobre las formas.

Una vez dilucidado lo anterior, se determinará si el demandante tiene derecho o no al reconocimiento y pago de los beneficios convencionales, además de definir si efectivamente existió entre las partes una relación laboral que dé lugar al reconocimiento de las prestaciones sociales en favor de la parte actora y a cargo

⁵ Folios 235 a 243 del expediente.

de la demanda»⁶

Para dar solución al mismo (es decir, el problema jurídico) desplegó los argumentos que se resumen a continuación:

- (i) En aplicación del principio de la primacía de la realidad, cuando se demuestra la existencia de relación laboral (gracias a la comprobación de sus elementos naturales: prestación personal del servicio, subordinación y remuneración), al contratista se le reconocerá como trabajador, y en tal sentido, obtendrá un conjunto de prerrogativas de orden prestacional;
- (ii) De conformidad con el Decreto 1750 de 2003, las empresas sociales del Estado asumirían la posición contractual del ISS antes del proceso de escisión, siempre y cuando estos estuviesen vigentes a la entrada en vigencia del cuerpo normativo en comento (26 de junio de 2003).
- (iii) Del material probatorio arrimado al plenario, quedó demostrado que para la fecha de entrada en vigencia del Decreto 1750 de 2003, el demandante tenía un vínculo contractual vigente con el ISS. Sin embargo, no se observó prueba que diera fe que dicha relación contractual subsistió con posterioridad a la escisión del ISS con la ESE Antonio Nariño.
- (iv) El fallo proferido por la jurisdicción ordinaria especialidad laboral, en el que fue reconocida la existencia de relación laboral entre el señor ESCOBAR MOSQUERA y el ISS, no vincula de forma alguna a la ESE Antonio Nariño, toda vez que (a) no fue parte del proceso, y (b) aquella no ejerció su derecho de defensa.

En tal sentido, concluyó el *a quo* que al no existir prueba de la existencia de relación contractual y mucho menos la subordinación continuada no era procedente acceder a las pretensiones de la demanda.

⁶ Folio 237, reverso, del expediente.

7. Fundamentos de la apelación⁷.

Contra la decisión anterior, el apoderado de la parte demandante interpuso oportunamente recurso de apelación en el que solicitó se revoque la sentencia de primera instancia por considerar que:

- No fue debidamente valorado el material probatorio obrante en el proceso, pues a pesar de que los testimonios practicados fueron coherentes en torno a las circunstancias de modo, tiempo y lugar del hecho que quería probarse: la existencia de relación laboral y el carácter continuo de la misma, el fallador de instancia omitió darles el valor que verdaderamente les correspondía.
- De acuerdo con el precedente contenido en la sentencia de 21 de mayo de 2009 (2094-2007) del Consejo de Estado – Sección Segunda, las consideraciones en torno a la configuración de relación laboral en el marco de los contratos de prestación de servicios también son aplicables a casos en los que medien cooperativas de trabajo asociado.
- En el plenario fue demostrada la continua y permanente subordinación entre la entidad pública y el demandante, la cual tiene la capacidad de desvirtuar la validez de los convenios cooperativos entre los sujetos en cuestión.
- En vista de que la intención de la ESE Antonio Nariño era encubrir una relación legal y reglamentaria, se produjo una clara desnaturalización de la esencia misma del contrato/convenio de cooperativismo.
- Dado que el señor ESCOBAR MOSQUERA laboró en igualdad de condiciones que cualquier empleado de planta del pluricitado ente hospitalario, aquel tiene derecho a recibir la misma remuneración (como concepto que engloba emolumentos salariales y prestacionales) que estos últimos.

⁷ Folios 246 a 253 del expediente.

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado: 76001-23-31-000-2011-01246-01 (1425-2016)
Demandante: Luis Hernando Escobar Mosquera.
Demandado: ESE Antonio Nariño, en liquidación.

8. Trámite en segunda instancia.

Mediante autos calendados el 3 de mayo⁸ y el 7 de octubre de 2016⁹, el despacho sustanciador (i) admitió el recurso de apelación, y (ii) corrió traslado para que las partes alegaran de conclusión.

En escritos visibles a folios 276 a 286 del expediente, los apoderados del Ministerio de Salud y Protección Social y del demandante, insistieron en todos y cada uno de los argumentos señalados en los escritos de demanda, contestación de la demanda, alegatos de conclusión de primera instancia y recursos de apelación, respectivamente.

II. CONSIDERACIONES

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

1. De la competencia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 237 de la Constitución Política y con lo previsto en los artículos 11, 12, 34 y 36 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de Administración de Justicia, así como de lo ordenado en el artículo 129 del Decreto 01 de 1984 y en el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 expedido por la Sala Plena de esta Corporación¹⁰, la Sección Segunda del Consejo de Estado es competente para conocer del asunto de la referencia.

2. Cuestiones previas.

2.1. Del turno para fallo: Habida cuenta que el proceso ingresó al despacho ponente para fallo el 22 de noviembre de 2016, y siendo consecuente con el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010¹¹, esta Sala le dará prioridad de fallo al proceso de la

⁸ Folio 273 del expediente.

⁹ Folio 275 del expediente.

¹⁰ Modificado por el artículo 1.º del Acuerdo 55 de 2003.

¹¹ Artículo 115. Facúltase a los jueces, tribunales, altas cortes del Estado, Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura para que cuando existan precedentes jurisprudenciales, conforme al artículo 230 de la Constitución Política, el artículo 10 de la Ley 153 de 1887 y el artículo 4º de la Ley 169 de 1896, puedan fallar o decidir casos similares que estén al Despacho para fallo sin tener que respetar el turno de entrada o de ingreso de los citados procesos,

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho
 Radicado: 76001-23-31-000-2011-01246-01 (1425-2016)
 Demandante: Luis Hernando Escobar Mosquera.
 Demandado: ESE Antonio Nariño, en liquidación.

referencia por tratarse de un caso con precedentes jurisprudenciales reiterados.

2.2. Del objeto de la Litis¹²: Previo a determinar el problema jurídico a desarrollar, la Sala considera necesario realizar una aclaración respecto de las pretensiones de la demanda y el fallo de primera instancia.

Si bien el fallo de primera instancia tiene como problema jurídico a resolver el reconocimiento de un contrato realidad entre el demandante y la ESE Antonio Nariño, las pretensiones de la demanda instaurada por el apoderado del señor LUIS HERNANDO ESCOBAR MOSQUERA están encaminadas a declarar que si bien se realizó el traslado del ISS a la ESE demandada, el accionante tiene derecho a que se le siga aplicando la convención colectiva de trabajo y por lo tanto sus prestaciones le sean reconocidas y pagadas teniendo en cuenta el acuerdo convencional entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL vigente entre 2001 y 2004.

Debe igualmente señalarse que, si bien es cierto la petición presentada el 4 de abril de 2011, hace referencia a la «declaratoria de existencia de la relación laboral», ello lo hace en los siguientes términos:

«PETICIONES:

Con fundamento en los hechos antes narrados, muy comedidamente solicito a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO ANTONIO NARIÑO – EN LIQUIDACIÓN que acceda a las siguientes peticiones:

Que teniendo en cuenta la declaratoria de existencia de la relación laboral al momento de incorporarse a la Planta de la ESE Antonio Nariño en Liquidación y la ineficacia del acuerdo cooperativo suscrito entre el peticionario y las diferentes cooperativas indicadas por la ESE, así como el servicio prestado a esa empresa en el desarrollo de labores de cualquier empleado público, disponga el reconocimiento y pago de las prestaciones que emanan de dicha calidad por todo el tiempo servido a esa institución y que se encuentran consagradas en el Decreto 1042 de 1978, la Ley 10 y 50 de 1990 y el Decreto 1919 de 2002 entre otros, así como la convención colectiva de trabajo vigente [...]¹³ **[Negrillas, subrayados y corchetes fuera de texto]**

Bajo este orden de ideas, puede observarse cómo desde la reclamación en sede

conforme a lo señalado en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

¹² Caso similar: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 12 diciembre de 2017. Rad. 52001 23 31 000 2011 00194 01 (4144–2015) Consejero ponente doctor GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ

¹³ Folio 31 del expediente.

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado: 76001-23-31-000-2011-01246-01 (1425-2016)
Demandante: Luis Hernando Escobar Mosquera.
Demandado: ESE Antonio Nariño, en liquidación.

administrativa misma¹⁴ la pretensión es clara en señalar que lo que se busca es el reconocimiento y pago de emolumentos prestacionales y no el reconocimiento de una relación laboral encubierta tras la faz de un contrato de prestación de servicios o de un convenio de trabajo asociado.

En tal sentido, en aras de dar aplicación al principio de justicia rogada que caracteriza esta jurisdicción y garantizar el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia esta instancia judicial procederá a desatar la litis propuesta en los términos establecidos por el señor LUIS HERNANDO ESCOBAR MOSQUERA y su apoderado, dejando de lado el estudio realizado por el Tribunal Administrativo de Antioquia, pues no fue realmente coherente con las pretensiones planteadas, situación que podría vulnerar el debido proceso de la entidad demandada por no ser congruente con el agotamiento de la vía gubernativa y la defensa presentada en primera instancia.

3. Del problema jurídico.

En el caso de marras, el problema jurídico en el asunto analizado se contrae a determinar si el señor LUIS HERNANDO ESCOBAR MOSQUERA tiene derecho al reconocimiento de los derechos y beneficios convencionales contenidos en la convención colectiva suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL, más allá del 31 de octubre de 2004.

A fin de resolver este problema jurídico, la Sala de Decisión examinara el marco legal aplicable al caso concreto y la interpretación jurisprudencial que esta Corporación ha hecho del mismo.

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

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

¹⁴ E incluso en la solicitud de conciliación extrajudicial que obra a folios 39 a 44 del expediente.

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado: 76001-23-31-000-2011-01246-01 (1425-2016)
Demandante: Luis Hernando Escobar Mosquera.
Demandado: ESE Antonio Nariño, en liquidación.

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

El absurdo al que conduciría una conclusión contraria implicaría reconocer que cierto tipo de empleados públicos – los que antes han sido trabajadores oficiales – tendrían derecho a presentar convenciones colectivas de trabajo, a diferencia de aquellos que nunca fueron trabajadores oficiales, con lo cual se generaría una tercera especie de servidores públicos, no prevista en la ley sino resultado de la transición de un régimen laboral a otro, afectándose por contera el derecho a la igualdad de los empleados públicos que no habiendo sido jamás trabajadores oficiales, no tendrían derecho a mejorar por vía de negociación colectiva la condiciones laborales de sus cargos»¹⁵.

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

A su vez, el Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT, «sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública», aprobado por Colombia mediante la Ley 411 de 1997, consagró disposiciones relativas al derecho de sindicalización de los servidores del Estado e hizo una invitación a los Estados sobre la necesidad de establecer procedimientos para la negociación de las condiciones de empleo y la solución de conflictos que se susciten en torno a ello.

Adicional a todo lo anterior, ha de tenerse en cuenta que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha desarrollado el concepto de derechos adquiridos establecido en el artículo 58 de la Constitución Política y la noción de la condición más beneficiosa que se desprende del artículo 53 *ibidem*, para precisar que son los derechos adquiridos y no las meras expectativas los que no pueden ser modificados por el legislador¹⁶.

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-314 de 1 de abril de 2004, Magistrado Ponente: MARCO GERARDO MONROY CABRA.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-453 de 2002, Magistrado ponente doctor ÁLVARO TAFUR GALVIS.

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado: 76001-23-31-000-2011-01246-01 (1425-2016)
Demandante: Luis Hernando Escobar Mosquera.
Demandado: ESE Antonio Nariño, en liquidación.

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

«La aludida convención colectiva cobija única y exclusivamente a los trabajadores oficiales de la entidad demandada y como la situación laboral de la demandante, no se enmarca dentro de este supuesto dada la calidad de empleada pública que la cobijaba para el momento en que fue retirada del servicio [...] no es viable reconocerle [...] con fundamento en la convención colectiva reclama, puesto que el cambio de naturaleza del empleo conlleva necesariamente el cambio de régimen aplicable, lo que indefectiblemente supone la inaplicación de reconocimientos plasmados en convenciones colectivas, salvo los derechos adquiridos y las expectativas legítimas, al tenor de lo dispuesto en el artículo 416 del C.S.T. que consagra la prohibición de extender cláusulas convencionales a los empleados públicos, calidad que tal y como quedó demostrado, ostentó la actora.

De igual manera, no sobra advertir, que aun aceptándose el argumento de la “reincorporación al servicio de la actora”, ello no es garantía de que las cláusulas convencionales le resulten aplicables, máxime cuando dicha 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 Política¹⁷».

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

«Las expresiones automáticamente y sin solución de continuidad, contrariamente a lo aducido por los demandantes, pretenden asegurar la garantía de estabilidad laboral y los demás derechos laborales de los trabajadores, al permitir que no pierdan sus puestos de trabajo ni vean interrumpida la relación empleador – trabajador. Con ello se obtiene que, en virtud de esta permanencia, dichos trabajadores puedan seguir disfrutando de los beneficios convencionales mientras los mismos mantengan vigencia y, además, seguir cobijados por los regímenes de transición pensional, durante este mismo lapso. Sin esta continuidad en la relación de trabajo no estarían aseguradas estas garantías laborales, puesto que al romperse el vínculo empleador - trabajador en principio cesan las obligaciones del primero para con el segundo, derivadas de la convención colectiva vigente. No obstante, para impedir que las mismas puedan ser interpretadas en el sentido según el cual la automaticidad en el traslado del régimen de trabajadores oficiales a empleados públicos y la incorporación sin solución de continuidad a las nuevas plantas de personal acarrea la pérdida de derechos laborales salariales o

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 1 de julio de 2009. Exp. 1355-2007. Consejero ponente: doctor GERARDO ARENAS MONSALVE.

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado: 76001-23-31-000-2011-01246-01 (1425-2016)
Demandante: Luis Hernando Escobar Mosquera.
Demandado: ESE Antonio Nariño, en liquidación.

prestacionales adquiridos y de garantías convencionales, la Corte declarará su exequibilidad bajo el entendido que se respeten dichos derechos adquiridos¹⁸».

De acuerdo con lo expuesto por el Alto Tribunal Constitucional, es necesario señalar que los beneficios derivados de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y el sindicato de trabajadores SINTRASEGURIDAD SOCIAL, debieron extenderse hasta el 31 de octubre de 2004, fecha en que terminó la vigencia de esta.

Lo anterior, por considerar que al mutar la naturaleza jurídica del vínculo laboral de trabajadores oficiales a empleados públicos y pasar a conformar la planta de personal de una empresa social del Estado, no resulta procedente la aplicación de las disposiciones del derecho colectivo del trabajo relacionado con trabajadores oficiales y, por tanto, no se puede válidamente invocar la prórroga automática de la convención a que hace mención el artículo 478 del CST, que establece que si dentro de los 60 días anteriores al vencimiento de su término de expiración las partes o una de ellas no hubiere manifestado por escrito su voluntad de darla por terminada, la convención se entiende prorrogada por períodos sucesivos de seis meses.

Tampoco es viable que quienes pasaron a ser empleados públicos denuncien la convención por su calidad de tales y estar vinculados a una entidad pública diferente a la que suscribió la convención colectiva que pretende siga siendo aplicable. Adicionalmente y para abundar en razones, no es posible extender la convención colectiva respecto de una empresa que no la suscribió y que no tendría la posibilidad de denunciarla.

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

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

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-349 de 2004, Magistrado ponente doctor MARCO GERARDO MONROY CABRA.

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho
 Radicado: 76001-23-31-000-2011-01246-01 (1425-2016)
 Demandante: Luis Hernando Escobar Mosquera.
 Demandado: ESE Antonio Nariño, en liquidación.

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

[...]

Planteado el problema y su relevancia en la solución de los casos que ahora ocupan a la Corte, se deben estudiar las tres posibilidades de respuesta existentes:

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

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

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

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

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

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

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

[...]

Por tanto, en respuesta a la acción presentada contra el artículo 416 del CST en virtud de la entrada en vigor de los convenios 151 y 154 de la OIT, la Corte, a través de la mencionada sentencia C-1234 de 2005, sostuvo:

“Ahora bien, al analizar el artículo 55 de la Carta, la Sala encuentra que la norma constitucional garantiza el derecho de “negociación colectiva” para regular las

relaciones laborales, incluidas las organizaciones sindicales de los empleados públicos, y el artículo acusado 416 restringe a estos sindicatos la presentación de pliegos de peticiones o la celebración de convenciones colectivas.

Retomando todo el análisis hecho, las restricciones del artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo son la especie, y, por consiguiente, no obstante que no ha habido desarrollo legislativo sobre el tema por parte del Congreso, la limitación contenida en la disposición legal resulta exequible, porque aunque no la menciona, tampoco prohíbe expresamente el derecho a “la negociación colectiva” de los sindicatos de empleados públicos. Lo que conduce a declarar la exequibilidad de la disposición en lo acusado, pero en forma condicionada hasta que el legislador regule la materia.”

[...]

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

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

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

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado: 76001-23-31-000-2011-01246-01 (1425-2016)
Demandante: Luis Hernando Escobar Mosquera.
Demandado: ESE Antonio Nariño, en liquidación.

3) El argumento anterior cobra aún 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 pueda denunciar o renegociar convenciones pasadas de sus actuales trabajadores.

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

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

Estos son los argumentos que llevan a la Sala Plena de la Corte Constitucional a modificar la jurisprudencia de la Sala Sexta de Revisión y adoptar la posición anteriormente expuesta, **consistente en entender que la convención colectiva celebrada entre SINTRASEGURIDAD SOCIAL y el ISS, estuvo vigente por el plazo inicialmente pactado, esto es, del 1º de noviembre de 2001 al 31 de octubre de 2004¹⁹». [Negrilla fuera de texto]**

De la sentencia transcrita se concluye que en efecto la mencionada convención colectiva estuvo vigente **exclusivamente hasta el 31 de octubre de 2004**, dado que se trataba de empleadores diferentes y que por lo tanto sería imposible aplicarle una convención colectiva a quien no la ha suscrito y que por ende tampoco la pudo denunciar, pues ello, además, conduciría a la creación de una nueva categoría de servidor público.

Es por lo anterior que no hay lugar a acceder a las pretensiones del demandante relativas a la aplicación de los beneficios de la convención colectiva suscrita entre SINTRASEGURIDAD SOCIAL y el ISS.

5. Conclusión.

De conformidad con lo anterior, la Sala confirmará la decisión del *a quo*, con la aclaración de que dicha negativa se debe a las razones expuestas en la parte considerativa de esta decisión y no en la argumentación desplegada por la sentencia

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia SU – 897 de 31 de octubre de 2012, Magistrado ponente doctor ALEXEI JULIO ESTRADA.

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado: 76001-23-31-000-2011-01246-01 (1425-2016)
Demandante: Luis Hernando Escobar Mosquera.
Demandado: ESE Antonio Nariño, en liquidación.

de 15 de octubre de 2015.

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,

III. FALLA:

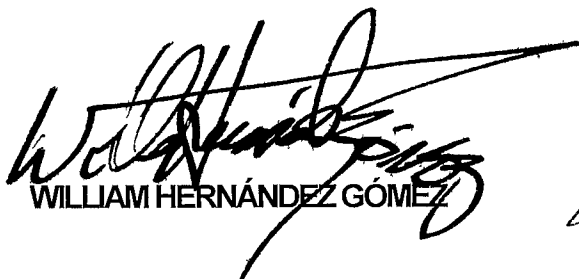
PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia de 15 de octubre de 2015 proferida el Tribunal Administrativo de Antioquia, por las razones expuestas.

SEGUNDO: En firme esta decisión, **ENVIAR** al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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


GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ


WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ


RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

