

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA, SUBSECCIÓN "B"

CONSEJERO PONENTE: DR. GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá D.C., seis (6) de agosto de dos mil quince (2015).

Radicación: No. 05001-23-31-000-2006-03297-01

Expediente: No. 0115-2012

Actor: RAFAEL IGNACIO PALOMINO SCHULLE

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 13 de septiembre de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia que denegó las súplicas de la demanda promovida por Rafael Ignacio Palomino Schulle contra la Empresa Social del Estado Rafael Uribe Uribe en Liquidación.

ANTECEDENTES

El señor Rafael Ignacio Palomino Schulle, acudió mediante apoderado a la jurisdicción en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, para solicitar la nulidad de los **oficios No. 05481 de 19 de abril de 2006 y 13.978 de 18 de septiembre de 2006**¹, proferidos por el Jefe de Recursos Humanos de la E.S.E. Rafael Uribe Uribe en Liquidación, por medio del cual se dio respuesta negativa a la petición de pago de beneficios convencionales.

¹ Se aclara que la demanda inicial fue adicionada el 6 de octubre de 2006 (fs. 38 a 46) para incluir el oficio 13.978 de 18 de septiembre de 2006 dentro de las pretensiones de nulidad.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la entidad accionada a (i) devolver la suma de \$11.965.722 que le fue deducida del pago único, (ii) a pagar los beneficios convencionales desde el 26 de junio de 2003 hasta el 31 de octubre de 2004 y a partir del 1 de noviembre de 2004, tales como: jornada máxima de trabajo de 44 horas semanales, licencias remuneradas, dominicales y festivos, aumento del salario básico, incremento adicional, prima técnica, incentivos económicos, horas extras, compensatorios, vacaciones, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de localización, auxilio de transporte, auxilio de alimentación, auxilio por muerte, auxilio por matrimonio, auxilio funerario, subsidio familiar, recompensa por servicios-antigüedad, servicios médico asistenciales y dotaciones, (iii) reliquidar la cesantía en forma retroactiva, (iv) reajustar los intereses a la cesantía, (v) pagar la indemnización por no pago del auxilio de cesantía, además, la indexación de las sumas que se reconozcan según lo ordenado por el artículo 178 del CCA y el pago de las costas del proceso.

Al adicionar la demanda² solicitó también la nivelación salarial a partir del 26 de junio de 2003, teniendo en cuenta el salario básico mensual pagado a quienes desempeñaron el cargo de médico especialista en pediatría IV grado 40, así como el reajuste de las prestaciones sociales.

Los **hechos** de la demanda se resumen así:

El demandante estuvo vinculado al Instituto de Seguros Sociales en calidad de trabajador oficial desde el 16 de abril de 1986 hasta el 25 de junio de 2003, fecha en la cual, mediante Decreto 1750 de 2003 se escindió dicha entidad y se creó la Empresa Social del Estado Rafael Uribe Uribe; a partir de ese momento, fue incorporado automáticamente a la nueva empresa, en calidad de empleado público, sin solución de continuidad.

² Escrito visible a folios 38 a 46.

Aclara que para la fecha de presentación de la demanda, la relación laboral legal y reglamentaria se encuentra vigente.

Manifiesta que su relación laboral con el ISS se rigió por una convención colectiva de trabajo firmada con SINTRASEGURIDAD SOCIAL, cuya vigencia terminaba el 31 de octubre de 2004 y sostiene que como empleado público al servicio de la ESE Rafael Uribe Uribe continuó siendo titular de los beneficios convencionales.

Se refirió a las Sentencias C-314³ y C-349⁴ de 2004 para destacar que la Corte Constitucional protegió los derechos obtenidos mediante convenciones colectivas de trabajo celebradas por los trabajadores oficiales cuyo régimen fue transformado al de empleados públicos, por considerar que dicho instrumento es fuente de derechos adquiridos, por lo menos durante el tiempo en que dicha convención conserve su vigencia.

Expresa que la ESE Rafael Uribe Uribe realizó varias deducciones al pago único por beneficios convencionales efectuado en cumplimiento de la sentencia C-314 de 2004, las que considera “ilegales” por vulnerar la Constitución y las sentencias de la Corte Constitucional. Así, explica que en la nómina del mes de febrero de 2005, la ESE le realizó las siguientes deducciones: RETRO NC RECARGO NOCTURNO 35% \$1.121.420, RETRO NC DOMINICALES HABITUALES 200% \$ 2.826.738, RETRO NC PRIMA SERVICIO LEGAL \$1.808.954, NC RETRO BONIFICACION AÑO SER

³ Por medio de la cual se declaró parcialmente inexecutable el artículo 18 del Decreto 1750 de 2003, por restringir el ámbito de protección de los derechos adquiridos.

⁴ Por medio de la cual se declaró executable las expresiones “automáticamente” y “sin solución de continuidad”, del artículo 17, y la expresión “automáticamente” del párrafo transitorio del artículo 18 del Decreto 1750 de 2003, en el entendido de que se respetarán los derechos adquiridos.

\$1.230.283, RETRO NC BONIFICACION RECREACI \$234.358, RETRO NC PRIMA NAVIDAD \$4.685.831, RETRO NC ASMEDAS AFILIADO, \$58.039 total : \$11.965.722.

Por lo anterior, solicitó a la ESE el pago de los beneficios convencionales pero a través de oficio No. 5481 de 19 de abril de 2006, la entidad negó la petición.

Asegura que la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL el 31 de octubre de 2001, se encuentra vigente, por lo que tiene derecho al pago de los siguientes beneficios convencionales: jornada máxima de trabajo de 44 horas semanales, licencias remuneradas, dominicales y festivos, aumento del salario básico, incremento adicional, prima técnica, incentivos económicos, horas extras, compensatorios, vacaciones, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de localización, auxilio de transporte, auxilio de alimentación, auxilio por muerte, auxilio por matrimonio, auxilio funerario, subsidio familiar, recompensa por servicios- antigüedad, servicios médico asistenciales y dotaciones.

Además, considera que por “disposición convencional más favorable”, tiene derecho a que se liquide el auxilio de cesantía en forma retroactiva y no por el sistema de congelación anual como lo viene haciendo la entidad demandada a partir del 26 de junio de 2003.

En el escrito de adición de la demanda, plantea por otra parte, que fue discriminado salarial y prestacionalmente por el ISS porque fue contratado como médico especialista en pediatría Clase III Grado 38 a pesar de que en

la planta de personal existía el cargo de médico especialista clase IV grado 40 y que ambos profesionales desempeñaban las mismas funciones en igualdad de condiciones, pero con diferente remuneración.

Indica que las condiciones de trabajo al servicio de la ESE continuaron siendo las mismas que tuvo al servicio del ISS pero la discriminación salarial y prestacional se mantuvo, el único cambio que se dio fue que la ESE modificó la denominación del cargo, denominándolo médico especialista código 3120 grado 22.

Manifiesta que con tal proceder se vulnera el principio del derecho **“a trabajo igual, salario igual”**, razón por la cual solicitó a la entidad la nivelación salarial y el consecuente reajuste de salarios y prestaciones sociales legales y extralegales pero mediante oficio 13.978 de 18 de septiembre de 2006 la ESE negó lo solicitado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como normas violadas se citan en la demanda las siguientes:

De la Constitución Política, artículos 1, 2, 4, 13, 25, 29, 38, 39, 53, 58, 228, 243.

Del Orden Legal.

Código Sustantivo del Trabajo, artículos 16, 21, 67, 68, 69, 70, 467, 478, 479; Ley 6 de 1945, Decreto 2127 de 1945; Decreto 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969, Ley 100 de 1993, Decreto 1750 de 2003; Código Contencioso Administrativo, artículos 2, 83, 84, 85, 86 y C.P.C.

Propone como cargos de nulidad, los que se enuncian a continuación:

.- Violación de la Ley por interpretación errónea e infracción directa de las normas invocadas: Al explicar el concepto de violación, sostuvo que el acto demandado desconoció la protección de los derechos adquiridos, los derechos de asociación sindical y los principios laborales que establecen los derechos irrenunciables.

Expresó que la Corte Constitucional mediante sentencia C-314 de 2004 declaró inexecutable el artículo 18 del Decreto 1750 de 2003, al considerar que no resultaba coherente con la Constitución Política la posibilidad de perder derechos consagrados convencionalmente por el cambio de naturaleza del vínculo laboral (de trabajador oficial a empleado público), por lo menos durante la vigencia de la Convención Colectiva de Trabajo; anotó además que la referida disposición sólo consagró el respeto por los derechos adquiridos en materia prestacional, dejando por fuera los derechos adquiridos en materia salarial. Dicha posición se reiteró en la Sentencia C-349 de 2004, en la cual se determinó el derecho de los servidores públicos incorporados automáticamente a las Empresas Sociales del Estado, a ser indemnizados al momento de su retiro por supresión del cargo, en atención al régimen especial generado como consecuencia del cambio de naturaleza de la vinculación.

Sostuvo que los efectos de tal decisión se traducen en que los actuales empleados públicos, ex trabajadores oficiales, continúan disfrutando de los beneficios convencionales durante un periodo de transición, que comprende hasta el momento en que termina la vigencia de la convención, la cual no se ha producido porque el sindicato titular no la ha denunciado, razón por la que sostiene que la misma se prorrogó automáticamente como lo establece el artículo 478 del CST.

Manifiesta que siendo los beneficios convencionales derechos adquiridos no opera deducción o retención alguna y es indebida la aplicación analógica de los Decretos 2127/45, 3135/68 y 1848/69 que autorizan hacer deducciones del salario o prestaciones sociales.

Afirma que no existe texto legal que autorice hacer deducciones de beneficios convencionales adquiridos e incluso que frente a la disyuntiva entre si aplica o no otras normas por analogía, ha debido optarse por la negativa, en observancia al principio de la situación más favorable.

En cuanto a la suma deducida por prima de navidad, indica que los artículos 11 del Decreto 3135/68 y 1 del Decreto 3148/68 consagran el derecho a la prima de navidad, prestación de orden legal, sin que en parte alguna se autorice u ordene deducción alguna de la misma.

.- Falsa Motivación. Aduce que la entidad demandada no hizo un doble pago de los beneficios convencionales sino que en realidad solo canceló una determinada suma por dichos conceptos, tanto así que en la resolución de pago único en forma clara se advierte que se hace el reconocimiento del “pago por una sola vez... por un valor bruto de ...” y pese a ello, en el acto acusado se afirma que no hay lugar a la devolución de los valores retenidos “toda vez que no es viable recibir un doble pago por el mismo concepto”, sin que se precise el fundamento legal de tal deducción.

Manifiesta que en las sentencias C-314 y C-349 de 2004 no se autorizó hacer deducción alguna, pese a lo cual la ESE en el acto acusado reconoce que “descontó los valores pagados en virtud de la calidad de empleado público”, los que con mayor razón no podía descontar dado su carácter de derechos legales irrenunciables.

En lo que respecta a la cesantía e intereses a las cesantías, indicó que la empresa está inhabilitada para liquidar y pagar la prestación por el sistema de congelación anual, porque en el caso específico la Constitución Nacional y la Ley lo prohíben. Indicó además que el artículo 16 del CST establece que las normas sobre trabajo no tienen efecto retroactivo y no afectan situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores. Sostuvo que su caso sería distinto si se hubiera vinculado a partir del 31 de octubre de 2001, fecha en que entró en vigencia la convención colectiva que congeló por 10 años la cesantía retroactiva. Finalmente, anotó que como la

entidad no ha cubierto el pago del auxilio de cesantía en su valor real, está en mora, razón por la cual procede la respectiva condena.

De otra parte, expresa que la ESE ha debido resolver las peticiones formuladas, no con base en la noción genérica de empleado público, ni con la denominación formal del cargo que se le asignó al actor, sino a la luz del principio de derecho “a trabajo igual, salario igual” armonizado con el postulado según el cual “en casos de conflictos entre las leyes del trabajo y cualesquiera otras, prefieren aquellas”, sustentados positivamente en los artículos 13 de la C.P., 5 de la Ley 6 de 1945; 20, 21 y 143 del C.S.T.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Empresa Social del Estado Rafael Uribe Uribe en Liquidación, pese a que fue notificada (fl. 69) no compareció a contestar la demanda.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala de Descongestión, mediante sentencia de 13 de septiembre de 2011 denegó las súplicas de la demanda con fundamento en las razones que se exponen a continuación (fs. 614 a 627):

Manifestó que de acuerdo con los lineamientos jurisprudenciales establecidos en la sentencia C-314 de 2004, los trabajadores oficiales del ISS que fueron incorporados a la ESE, adquirieron la condición de empleados públicos en virtud del Decreto 1750 de 2003, razón por la cual perdieron el derecho a presentar pliegos de peticiones y a continuar beneficiándose de las convenciones colectivas de trabajo con posterioridad al 31 de octubre de 2004, señalando que en todo caso se respetarían los derechos adquiridos, entendiéndose por tales, en materia prestacional, las situaciones jurídicas consolidadas, es decir, *“aquellas prestaciones sociales*

causadas, así como las que hayan ingresado al patrimonio del servidor, las cuales no podrán ser afectadas”.

En cuanto a los efectos de la sentencia T-1166 de 2008, estimó que la misma tiene efectos *inter pares* y hace referencia a los servidores públicos que conservaron su vinculación como trabajadores oficiales al servicio del ISS, en relación con los cuales se predica la prórroga del pacto colectivo, mas no respecto de aquellos que pasaron a ser empleados públicos al escindirse el ISS e ingresar a la planta de la ESE RAFAEL URIBE URIBE.

Sostuvo que al momento del vencimiento de la Convención Colectiva, el 31 de octubre de 2004, el actor ya era empleado público, razón por la cual los beneficios establecidos en dicho instrumento solo lo cobijaban hasta la expiración inicialmente pactada, tal y como lo indicó la Corte Constitucional en las sentencias C-314 y C-349 de 2004; además en el momento en que se prorroga la Convención Colectiva, el demandante ya había perdido la capacidad de ser parte de los beneficios pactados, razón por la cual no podía solicitar el reconocimiento y pago de prestaciones convencionales, pues a partir de esta fecha ya ostentaba la calidad de empleado público.

Adicionalmente, sostuvo que en virtud del *principio de inescendibilidad* no es dado al demandante pretender que se le aplique lo beneficioso del régimen convencional del trabajador oficial y al mismo tiempo el régimen estatutario del empleado público, pues la norma que se tome como criterio para resolver un determinado asunto, debe ser aplicada en su integralidad, aún en los aspectos que eventualmente fueran desfavorables a las pretensiones del accionante.

En lo que respecta a la nivelación salarial indicó que el cambio en la estructura de la entidad escindida y la posterior creación de la entidad demandada, generó que la relación que en principio fue netamente privada regida por normas de carácter convencional, se convirtiera en una relación legal y por ende condicionada a elementos normativos indiscutibles, situación por la que consideró que no era parte

de la controversia suscitada con la ESE, ya que se trata de ámbitos legales diferentes.

Concluyó que no existe fundamento constitucional ni legal para decretar la nulidad del acto demandado, razón por la cual negó las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 13 de septiembre de 2011, con fundamento en los siguientes argumentos (fs. 629 a 637):

1.- En relación con la pretensión de **nivelación salarial** a partir del 26 de junio de 2003 conforme al salario devengado por un médico especialista en pediatría clase IV grado 40, indica que la prueba testimonial recaudada a folios 82 a 88 da cuenta de que no existió ninguna diferencia en la jornada laboral entre el especialista grado 38 y el grado 40, que las funciones, jornada de trabajo, lugar de prestación del servicio, jefe y grado de complejidad médico científico era igual, lo propio respecto a la formación académica y número de pacientes atendidos, situación por la que sostiene que no existía razón válida para que el médico 338 recibiera un salario menor al médico 440, por lo que considera que fue discriminado salarial y prestacionalmente por la entidad demandada porque se desconoció el principio “trabajo igual, salario igual”, conforme al cual, la equiparabilidad de las condiciones de una labor específica hace igualmente equiparable su salario a dichas características y al devengado por los demás trabajadores de una misma unidad productiva que desempeñen la misma labor.

2.- Frente a la protección de los **derechos adquiridos en virtud de la convención colectiva de trabajo** suscrita entre SINTRASEGURIDADSOCIAL y el ISS, sostuvo que la situación de los trabajadores oficiales que se vincularon a las ESES en virtud de la escisión del ISS ordenada por el Decreto 1750 de 2003 es excepcional y por

ello merecen un trato diferente tal y como lo consideró la Corte Constitucional en las sentencias C-314 y C-349 de 2004 al establecer el respeto por los derechos adquiridos de estos trabajadores. En consideración a dichas decisiones, afirma que los empleados públicos de las ESES, extrabajadores oficiales del ISS, continúan disfrutando de los beneficios convencionales sin que por ello se entienda que no tienen el carácter de empleados públicos. Aduce que se trata de unos empleados públicos con una característica especial y es que son beneficiarios de la convención colectiva de trabajo durante un período de transición, que comprende hasta el momento en que termina la vigencia de la convención, lo cual no ha ocurrido por cuanto el sindicato titular de ella no la ha denunciado.

Se refirió a las sentencias T-1166, T-1238, T-1239 de 2008 de la Corte Constitucional y a la sentencia de casación de 14 de septiembre de 2010 radicado 35588, de la Corte Suprema de Justicia, para destacar que en dichos pronunciamientos jurisprudenciales se sostuvo que la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el Seguro Social y sus trabajadores oficiales, se mantuvo vigente para ser aplicada a los trabajadores incorporados a las Empresas Sociales del Estado surgidas de la escisión del instituto.

3.- En punto a la pretensión de **reliquidación del auxilio de cesantías** en forma retroactiva y la indemnización moratoria por no pago completo y oportuno del mismo, indicó que la sentencia apelada no efectuó un pronunciamiento en torno al tema. Manifestó que la entidad demandada le pagó el auxilio de cesantía en forma anualizada a pesar de que por disposición convencional más favorable tenía derecho a la retroactividad desconociendo los mandatos constitucionales de los artículos 53 y 58 que garantizan los derechos adquiridos y la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales. Fundó sus argumentos en las Leyes 344 de 1996 y 432 de 1998 y en los Decretos 1582 de 1998 y 1252 de 2000, y precisó que el actor nunca dio su consentimiento para el cambio de régimen de cesantías, por lo que al constituir un derecho adquirido no podía renunciarse por un

tercero ni tampoco cambiarse unilateralmente por el empleador, razón por la que indicó que su pretensión debe prosperar.

4.- El cuarto motivo de impugnación se refiere a la **devolución de las sumas de dinero que fueron descontadas** del pago único por beneficios convencionales. Alega que a pesar de que el pago se realizó con posterioridad al 1 de noviembre de 2004, se trata de derechos causados del 26 de junio de 2003 al 31 de octubre de 2004 fecha de vigencia de la convención colectiva, de manera que la ESE no hizo un doble pago de beneficios convencionales y no podía descontar sumas aduciendo que corresponde a valores pagados en virtud del régimen del empleado público. Asegura que dicha deducción se hizo desconociendo la prohibición legal de retener o compensar suma alguna de los sueldos de los empleados y trabajadores, sin mandamiento judicial o sin orden escrita del trabajador prevista en el artículo 12 del Decreto 3135 de 1968.

ALEGATOS DE CONCLUSION

.- De la parte actora. Guardó silencio.

.- De la Nación Ministerio de Salud y Protección Social. La apoderada del Ministerio de Salud y Protección Social, mediante escrito allegado el 15 de abril de 2014 (fs. 731 a 739), presentó los argumentos de alegación en los que sostuvo que a dicho Ministerio no le era posible tomar determinaciones de carácter administrativo asignadas a las entidades descentralizadas como lo era la extinta ESE RAFAEL URIBE URIBE; en tal sentido planteó la falta de legitimación en la causa por pasiva por la inexistencia de una relación jurídica sustancial entre el objeto del litigio y ese ministerio, toda vez que no fue quien expidió los actos administrativos demandados.

Se refirió a la naturaleza jurídica de la ESE RAFAEL URIBE URIBE y al régimen de personal de los servidores de las extintas empresas sociales del estado para

sostener que de acuerdo con la sentencia C-314 de 2004, al escindirse el ISS y pasar el demandante a ser empleado público de la ESE en virtud de lo dispuesto por el Decreto 1750 de 2003, el régimen salarial y prestacional al que debe sujetarse es el establecido para los empleados públicos, razón por la que afirma que no podía continuar beneficiándose de la convención colectiva de trabajo. De otra parte, sostuvo que la ESE efectuó un pago único a favor del demandante en el cual se reconocían los beneficios económicos contenidos en la convención colectiva celebrada entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL por el periodo comprendido entre el 26 de junio de 2003 y el 31 de octubre de 2004, fecha en la que expiraba la vigencia de la convención colectiva, suma que incluía la totalidad de las sumas de dinero que dejó de percibir como consecuencia del cambio de régimen laboral, de conformidad con las sentencias C-314 y C-349 de 2004, descontando las sumas reconocidas en su condición de empleado público con el objeto de cumplir con el artículo 128 de la Constitución Política.

Afirmó que la Corte Constitucional no extendió los beneficios convencionales, como una situación permanente a aquellos servidores públicos que cambiaron de forma de vinculación jurídica con la administración y pasaron de ser trabajadores oficiales a empleados públicos.

Finalmente, indicó que la extinta ESE carecía de la facultad legal para celebrar acuerdos colectivos, lo cual permite argumentar la imposibilidad jurídica y fáctica de suscribir tales actos.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación, emitió Concepto No. 123-2014 en el que solicitó confirmar la sentencia apelada, con fundamento en las razones que se resumen a continuación (fs. 740 a 745):

Se refirió a los lineamientos jurisprudenciales trazados por la Corte Constitucional en las sentencias C-314 y C-349 y por la Sección Segunda de esta Corporación para sostener que el demandante no tiene derecho al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL en la medida que con ocasión del cambio de naturaleza introducido por el Decreto 1750 de 2003, sólo podía beneficiarse de esta convención hasta la fecha de su expiración inicial, esto es, el 31 de octubre de 2004.

CONSIDERACIONES

1. Problemas jurídicos.

De acuerdo con los motivos de censura que plantea el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, le corresponde a la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos:

(i).- El actor tiene derecho a continuar beneficiándose de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL (2001- 2004), aun cuando a partir de la expedición del Decreto 1750 de 2003, cambió la naturaleza jurídica del empleo desempeñado y pasó a ser empleado público de la ESE RAFAEL URIBE URIBE?

(ii).- Le asiste derecho a la reliquidación del auxilio de cesantías con retroactividad y al pago de la indemnización moratoria?

(iii) La entidad demandada debe reembolsar sumas de dinero descontadas al actor en el pago único de los derechos convencionales?

(iv).- El actor tiene derecho a la nivelación salarial pretendida por haber desempeñado las mismas funciones que un médico especialista en pediatría clase IV grado 40?

2. Marco Jurídico

- Del acuerdo convencional⁵.

La Convención Colectiva del Trabajo celebrada entre el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** y la organización sindical **SINTRASEGURIDADSOCIAL** fue suscrita el 31 de octubre de 2001 y en su artículo 2 se pactó una vigencia de tres años contados del 1 de noviembre de 2001 hasta el 31 de octubre de 2004 (fs.216 a 345).

Si bien la Corte Constitucional en algunos eventos ha reconocido la extensión de los derechos de naturaleza convencional a trabajadores de las E.S.E.S. que se escindieron del ISS, es porque dichos servidores se encuentran en circunstancias especiales que ameritan la especial protección del Estado en los términos del artículo 12 de la Ley 790 de 2002⁶ y la consecuente aplicación de la estabilidad laboral reforzada también denominada como “retén social”, por estar próximos a pensionarse, ser madres cabeza de familia o discapacitados.

El demandante pretende el reconocimiento de la totalidad de los beneficios laborales emanados de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el Instituto de Seguros Sociales y el sindicato SINTRASEGURIDAD SOCIAL, los cuales dejaron de aplicársele, en principio a partir del 26 de junio de 2003 con la expedición del Decreto 1750 del mismo año.

Al estudiar la Corte Constitucional la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 16 y 18 (parcial) del mencionado decreto, declaró mediante sentencia C-

⁵ Marco Normativo expuesto por esta Sala, en la sentencia de 1º de octubre de 2009, Exp. No: 250002325000200510890 01(0212-2008).Demandante: MARTHA CATALINA VÁSQUEZ SAGRA y reiterado en la sentencia de 29 de noviembre de 2012. Radicación: 05001-23-31-000-2008-00-197-01 (0013-2012). Actor: GABRIEL JAIME GALLEGO OTÁLVARO, con ponencia del Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

⁶ La Ley 790 de 2002 por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República, fue declarada EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-880 de 1 de octubre de 2003, Magistrados Ponentes Dr. Alfredo Beltrán Sierra y Dr. Jaime Córdoba Triviño.

314⁷ del 1º de abril de 2004 la exequibilidad de dichas normas, salvo la expresión *“Se tendrán como derechos adquiridos en materia prestacional las situaciones jurídicas consolidadas, es decir, aquellas prestaciones sociales causadas, así como las que hayan ingresado al patrimonio del servidor, las cuales no podrán ser afectadas”* contenida al final del inciso 1º del artículo 18.

En la motivación de dicha decisión, estudió la Corte la presunta afectación de los derechos adquiridos de quienes ostentaban la calidad de trabajadores oficiales del Seguro Social y, por ende, beneficiarios de la convención colectiva del trabajo, al pasar a ser empleados públicos de Empresas Sociales del Estado, dadas las limitaciones que el derecho colectivo del trabajo ha impuesto para esta clase de servidores. Sobre el particular, sostuvo dicho Tribunal:

“De lo dicho se deduce entonces que los servidores públicos adscritos a las empresas sociales del Estado que adquirieron la categoría de empleados públicos y perdieron la de trabajadores oficiales, perdieron con ella el derecho a presentar pliegos de peticiones y a negociar convenciones colectivas de trabajo.

Pese a que, en principio, tal desventaja podría interpretarse como una afectación de los derechos adquiridos de los trabajadores oficiales, es lo cierto que la imposibilidad de presentar convenciones colectivas de trabajo no se erige en quebrantamiento de tales garantías”.

(...)

“De hecho, no debe olvidarse que “los trabajadores y los empleados del Estado están subjetivamente en situaciones distintas, y corresponde al legislador definir, racional y proporcionalmente, cuándo un servidor público está cobijado por una u otra regulación”.

“Ciertamente, es evidente que el tipo de vínculo jurídico laboral que el servidor público tiene con el Estado no es irrelevante a la hora de establecer cuándo se puede recurrir al mecanismo de la negociación colectiva. Cuando la relación es contractual, resulta fácil imaginar que las condiciones laborales pueden ser concertadas entre el sindicato y el empleador. La autonomía administrativa de la entidad Estatal y la manera en que sus servidores se vinculan a ella hace posible modificar el contrato en cada caso, a fin de satisfacer las demandas particulares de la negociación. No sucede lo mismo

⁷ Magistrado Ponente, Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

cuando el nexo del funcionario con el Estado proviene de una regulación genérica, establecida unilateralmente por éste mediante ley o reglamento”.

.- Empleados públicos y trabajadores oficiales derechos adquiridos al cambiar de régimen.

La distinción entre empleados públicos y trabajadores oficiales tuvo su origen legal en la Ley 4 de 1913 (Código de Régimen Político y Municipal) que definió a los primeros como *“todos los individuos que desempeñan destinos creados o reconocidos por las leyes. Lo son igualmente los que desempeñan destinos creados por ordenanzas, decretos y acuerdos válidos”.*

Posteriormente, el Decreto 2127 de 1945, que reglamentó la Ley 6ª del mismo año, permitió la vinculación a la administración a través de un contrato de trabajo en las actividades de *“construcción o sostenimiento de las obras públicas o de empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro, o de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por estos en la misma forma”.*

Más adelante, el Decreto Ley 3135 de 1968 y su Decreto Reglamentario 1848 de 1969, efectuaron la distinción entre empleados públicos y trabajadores oficiales, siendo parte ambas categorías de los denominados “empleados oficiales”, hoy “servidores públicos” por virtud del artículo 123 de la C.P. Al definir su campo de aplicación, el precitado Decreto 1848 dispuso en el numeral 2º del artículo 7:

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

Al quedar claro que los únicos servidores públicos que pueden ser beneficiarios de las disposiciones de las convenciones colectivas son los trabajadores oficiales, 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 este sentido, la Corte Constitucional en la sentencia C-314 de 2004, concluyó que:

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

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

Lo anterior no significa que a los empleados públicos se les haya negado el derecho a la negociación colectiva, dado que con fundamento en el artículo 39 de la C.P. pueden constituir sindicatos o asociaciones sin la intervención del Estado y, sus representantes tienen derecho al fuero sindical y a las demás garantías para el cumplimiento de su gestión.

Igualmente, en el ámbito internacional, el Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo “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, consagra disposiciones relativas a la protección del derecho de asociación sindical de los servidores del Estado.

Adicional a todo lo anterior, ha de tenerse en cuenta que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha desarrollado el concepto de derechos adquiridos establecido en el artículo 58 de la Constitución Nacional y la noción de la condición más beneficiosa que se desprende del artículo 53 *ibídem*, para precisar que son los derechos adquiridos y no las meras expectativas, los que no pueden ser modificados por el legislador (Sentencia C-453 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Gálvis).

Así mismo, la Sala ya ha tenido 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 416⁸ 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

⁸ La citada norma establece: “Los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas, pero los sindicatos de los demás trabajadores oficiales tienen todas las atribuciones de los otros sindicatos de trabajadores, y sus pliegos de peticiones se tramitarán en los mismos términos que los demás, aún cuando no puedan declarar o hacer huelga.” Aparte subrayado y en letra itálica declarado **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE** por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1234 de 29 de noviembre de 2005, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

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 Política⁹.

La Corte Constitucional en la sentencia C- 349 de 2004 al estudiar 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 Decreto 1750 de 2003, manifestó:

“Las expresiones automáticamente y sin solución de continuidad, contrariamente a lo aducido por los demandantes, pretenden asegurar la garantía de estabilidad laboral y los demás derechos laborales de los trabajadores, al permitir que no pierdan sus puestos de trabajo ni vean interrumpida la relación empleador – trabajador. Con ello se obtiene que, en virtud de esta permanencia, dichos trabajadores puedan seguir disfrutando de los beneficios convencionales mientras los mismos mantengan vigencia y, además, seguir cobijados por los regímenes de transición pensional, durante este mismo lapso. Sin esta continuidad en la relación de trabajo no estarían aseguradas estas garantías laborales, puesto que al romperse el vínculo empleador - trabajador en principio cesan las obligaciones del primero para con el segundo, derivadas de la convención colectiva vigente. No obstante, para impedir que las mismas puedan ser interpretadas en el sentido según el cual la automaticidad en el traslado del régimen de trabajadores oficiales a empleados públicos y la incorporación sin solución de continuidad a las nuevas plantas de personal acarrea la pérdida de derechos laborales salariales o prestacionales adquiridos y de garantías convencionales, la Corte declarará su exequibilidad bajo el entendido que se respeten dichos derechos adquiridos”¹⁰ (subrayado fuera del texto original).

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 1o de julio de 2009, Consejero Ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Rad. 2007-1355. Demandado: Hospital de Caldas.

¹⁰ Referencia: expediente D-4844 Actores: Saúl Peña Sánchez y otros. Magistrado Ponente: Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

De acuerdo con lo expuesto por la Corte Constitucional, la Sala desde la sentencia del 1 de octubre de 2009, ha reiterado que los beneficios derivados de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el Instituto de Seguros Sociales y el sindicato de trabajadores SINTRASEGURIDAD SOCIAL, debieron extenderse hasta el 31 de octubre de 2004, fecha en que terminó la vigencia de la misma.

Lo anterior, considerando 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 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; ni mucho menos pueden acudir a la denuncia de la convención por ser empleados públicos y estar vinculados a una entidad pública diferente a la que suscribió la convención colectiva que pretende siga siendo aplicable.

3. Caso Concreto

3.1. Hechos Probados

.- Vinculación laboral del actor: El señor Rafael Ignacio Palomino Schulle, laboró como Médico Especialista en Pediatría Grado 38, en el INSTITUTO DEL SEGURO SOCIAL, en calidad de supernumerario desde el 03 de diciembre hasta el 02 de marzo de 1986; en la modalidad provisional desde el 16 de abril de 1985 al 02 de diciembre de 1986 y fue nombrado en la planta de personal del Instituto mediante Resolución No. 3135 de 26 de noviembre de 1986 como médico especialista en pediatría grado 38, cargo que desempeñó hasta el 25 de junio de 2003, fecha en

que por disposición del Decreto Ley 1750 de 2003 se produjo la escisión del ISS (fs. 516 a 521).

.- Durante su vinculación con el ISS, el actor se benefició de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita desde octubre de 2001 entre el Gobierno Nacional y el Seguro Social con SINTRASEGURIDADSOCIAL, tal y como se desprende del informe presentado por el Jefe del Departamento de Recursos Humanos del ISS el 25 de julio de 2011 (fs. 516 a 521).

.- **Pago único de derechos derivados de la convención colectiva:** Con ocasión de la escisión del ISS ordenada mediante Decreto 1750 del 26 de junio de 2003, el actor fue incorporado automáticamente a la Empresa Social del Estado Rafael Uribe Uribe, en el cargo de médico especialista en calidad de empleado público, a partir del 26 de junio de 2003, devengando un salario de \$3'543.726 durante la vigencia de 2003. (f. 34).

Y mediante Resolución No. 001100 de 13 de enero de 2005¹¹ la Empresa Social del Estado Rafael Uribe Uribe le reconoció al actor la suma de \$ 5'697.641 por concepto de derechos derivados de la convención colectiva de trabajo durante el periodo del 26 de junio de 2003 al 31 de octubre de 2004, en cumplimiento de la sentencia C-314 de 1 de abril de 2004.

3.2. De los motivos de apelación.

A continuación, la Sala procede al análisis de los motivos de apelación planteados por el actor con el fin de resolver si debe confirmar o revocar la sentencia de primera instancia.

3.2.1. El actor tiene derecho a continuar beneficiándose de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y

¹¹ Folio 54.

SINTRASEGURIDAD SOCIAL (2001- 2004), aun cuando a partir de la expedición del Decreto 1750 de 2003, cambió la naturaleza jurídica del empleo desempeñado y pasó a ser empleado público de la ESE RAFAEL URIBE URIBE?

El Tribunal Administrativo de Antioquia en la sentencia apelada consideró jurídicamente improcedente hacer extensivos los beneficios convencionales al actor en razón al cambio de naturaleza de su empleo.

Al apelar la sentencia, el actor invoca la protección de los derechos adquiridos en virtud de la convención colectiva de trabajo, para lo cual fundó sus argumentos en las sentencias C-314 y C-349 de 2004 de la Corte Constitucional. Agrega que la Corte Constitucional no restringió o limitó la vigencia de la convención colectiva al 31 de octubre de 2004, por ende, los beneficios convencionales se siguen causando mientras dicho instrumento mantenga su vigencia. Citó las sentencias T-1166, T-1238 y T-1239 de 2008 de la Corte Constitucional para respaldar sus argumentos.

En este orden de ideas, debe la Sala establecer si el actor, tiene derecho al reconocimiento de los beneficios convencionales en cuanto invoca la prórroga de la convención colectiva suscrita entre SINTRASEGURIDAD SOCIAL y el ISS.

En el acto administrativo demandado, **oficio 5481 de 19 de abril de 2006**¹², la Empresa Social del Estado Rafael Uribe Uribe, expresó que no resultaba procedente el pago de los beneficios convencionales a partir del 1 de noviembre de 2004 en consideración a que el Decreto 1750 de 2003 cambió la naturaleza jurídica del empleo desempeñado por el actor. Sostuvo igualmente que el pago único realizado en cumplimiento de la sentencia C-314 de 2004, incluyó todos los beneficios salariales y prestacionales convencionales a que tenían derecho los trabajadores oficiales incorporados a la ESE, razón por la que estimó que no era

¹² Folio 21.

procedente el reconocimiento de ningún tipo de pago adicional. Aclaró la entidad, que de dicho pago único fueron descontados los valores pagados en virtud de la calidad de empleado público, toda vez que *“no era viable recibir un doble pago por el mismo concepto”*. Respecto a las cesantías e intereses, indicó la entidad que fueron liquidadas por el Seguro Social hasta el 25 de junio de 2003 y consignó dichos recursos a órdenes del Fondo Nacional del Ahorro para que administrara las cesantías de los funcionarios incorporados automáticamente a la planta de personal de la Empresa y a partir del 26 de junio de 2003 la empresa consigna mensualmente la doceava parte de las cesantías de los funcionarios a órdenes del Fondo Nacional del Ahorro para que dicha entidad administre esos valores y liquide los rendimientos que correspondan.

Respecto del objeto de la apelación la Sala resalta que la convención colectiva cuya prórroga invoca el accionante como fundamento de la petición de nulidad, estuvo vigente del 1 de noviembre de 2001 hasta el 31 de octubre de 2004, como se indica en el artículo 2 de la citada convención (fl. 219). De modo que en el año 2006, cuando el actor reclamó el reconocimiento y pago de los derechos convencionales, ya no estaba vigente la convención colectiva, y por tal razón no podía producir los efectos jurídicos pretendidos.

Ahora bien, en cuanto a los efectos de las sentencias C-314 y C-349 de 2004, proferidas por la Corte Constitucional, de acuerdo con las cuales el cambio de naturaleza jurídica de los cargos, de quienes eran trabajadores oficiales y pasaron a ser empleados públicos, en razón de la escisión del Instituto de Seguros Sociales, no justifica el desconocimiento de los derechos adquiridos en materia salarial y prestacional, la Sala comparte dicha postura jurisprudencial, en el entendido de que la protección de los derechos adquiridos, ordenada en las mencionadas sentencias, **abarca el periodo de vigencia de la convención colectiva**, ya que una vez expirado el plazo de su vigencia (31 de octubre de 2004), no pueden hacerse extensivos los beneficios convencionales a quienes pasaron a ostentar la calidad

de empleados públicos, pues es claro que respecto de aquellos, el régimen salarial y prestacional es de creación legal y reglamentaria y no convencional.

En sentir de la Sala, la extensión de los beneficios convencionales a los nuevos empleados públicos, con el fin de proteger los derechos que traían por su antigua condición de trabajadores oficiales, no puede entenderse de manera indefinida y absoluta, pues es claro que, **la vigencia de las prerrogativas convencionales estaba limitada por la misma vigencia de la convención** (31 de octubre de 2004).

Tampoco puede el actor invocar la prórroga automática de la convención colectiva, prevista en el artículo 478 del CST, esto en tanto, como ya se expuso en el acápite relativo a la situación de quienes fueron trabajadores oficiales del ISS y pasaron a ser empleados públicos de las empresas sociales del Estado que se escindieron del citado instituto, que con el cambio de naturaleza jurídica de la vinculación laboral, el actor como empleado público pasó a formar parte de la planta de personal de la ESE RAFAEL URIBE URIBE, por lo que dejó de beneficiarse de las disposiciones del derecho colectivo del trabajo, entre las que se encuentra la prórroga automática de la convención colectiva, razón por la cual se concluye que no le asiste razón al demandante al afirmar que se desconocieron sus derechos adquiridos.

Por otra parte, se tiene que el actor no aportó ninguna prueba tendiente a demostrar que el pago único efectuado mediante Resolución No. 001100 de 13 de enero de 2005¹³ por la Empresa Social del Estado Rafael Uribe Uribe por valor de \$ 5'697.641, correspondiente a los derechos derivados de la convención colectiva de trabajo durante el periodo del 26 de junio de 2003 al 31 de octubre de 2004, en cumplimiento de la sentencia C-314 de 1 de abril de 2004, no respetó sus derechos adquiridos, es más, no obra prueba de que hubiera recurrido u objetado el monto reconocido; en tal sentido, no puede olvidar el demandante la carga probatoria que le asiste de demostrar el supuesto fáctico consagrado en una norma de la cual

¹³ Folio 54.

pretende derivar las consecuencias jurídicas que de ellas persigue, como lo establece el artículo 167 del C.G.P.

Por las razones expuestas, la Sala no evidencia que se haya incurrido en infracción del ordenamiento jurídico superior, ni en el vicio de falsa motivación, por lo que se mantiene incólume la presunción de legalidad que reviste al acto acusado.

En ese orden, para la Sala, la pretensión relacionada con la extensión de los beneficios convencionales no está llamada a prosperar, toda vez que el actor no podía beneficiarse de las prerrogativas establecidas en la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL, vigencia 2001-2004, en primer lugar, porque de acuerdo con los efectos de la Sentencia C-314 de 2004, la protección de los derechos adquiridos por los empleados públicos incorporados a la ESE se extendía hasta el término de vigencia de la misma (31 de octubre de 2004), y en segundo lugar, porque su condición de empleado público no le permitía beneficiarse de la prórroga de la convención colectiva.

3.2.2. Le asiste derecho al actor, a la reliquidación del auxilio de cesantías con retroactividad y al pago de la indemnización moratoria?

Respecto a la reliquidación del auxilio de cesantías con retroactividad y el pago de la indemnización moratoria, en criterio de la Sala dicha pretensión no está llamada a prosperar, toda vez que el auxilio de cesantías del actor fue liquidado en forma retroactiva hasta el 31 de diciembre de 2001 y a partir de enero de 2002 fue liquidado en forma **anualizada**, por efectos de la estipulación convencional contenida en el artículo 62.

Como se desprende del informe allegado por el Instituto del Seguro Social, mediante **oficio No. 26353 de 19 de marzo de 2008**, visible a folios 94 a 96, el auxilio de cesantías del actor, a junio 25 de 2003 por valor de \$13'610.377, fue trasladado al Fondo Nacional del Ahorro mediante **Resolución No. 01789 de julio 01 de 2004**, valor que contiene el pago de los respectivos intereses.

Igualmente, al actor le fueron pagados los siguientes anticipos de cesantías: marzo de 1999 \$33'000.000, mayo de 2001 \$12'100.000, septiembre de 2003 \$45'000.000, tal y como consta en los respectivos comprobantes allegados a folios 98 a 125 del expediente.

Respecto a la forma en que se liquidó el auxilio de cesantías, el ISS informó que fueron liquidados en forma retroactiva hasta el 31 de diciembre de 2001, fecha en la cual, según Acuerdo Integral de octubre de 2001, artículo 62, se modificó la liquidación de las cesantías de los trabajadores del Seguro Social, razón por la cual, la liquidación de cesantías operó hasta el 31 de diciembre de 2001 en forma retroactiva, y a partir del año 2002 en adelante, en forma anual.

Lo anterior, encuentra respaldo probatorio en la **Resolución No. 01789 de 1 de julio de 2004**¹⁴, proferida por el ISS, mediante la cual se ordena trasladar al FNA el valor de las cesantías congeladas y consolidadas a junio 25 de 2003 de los servidores públicos incorporados a la ESE Rafael Uribe Uribe. Se advierte que dicho acto administrativo goza de presunción de legalidad y no es objeto de la presente demanda, motivo por el cual se presume ajustado a derecho y de obligatorio cumplimiento para el actor como para la administración.

En este punto, resulta necesario precisar que la petición de 03 de marzo de 2006, que dio origen al acto cuya nulidad se demanda¹⁵ no tiene la virtualidad de revivir el término para el ejercicio de la acción, al tenor del artículo 72 del C.C.A., en tal sentido, si el actor no estaba de acuerdo con la liquidación del auxilio de cesantías en forma anualizada, debió proceder en forma oportuna, a demandar los actos administrativos de reconocimiento y liquidación del referido auxilio, y no dejar transcurrir el tiempo, para luego pretender revivir la oportunidad de ejercitar la acción.

¹⁴ Folios 128 a 132.

¹⁵ Folio 21.

Lo anterior, debido a que el auxilio de cesantía no ostenta la calidad de prestación periódica, por lo tanto, el acto por el cual se lo reconoce debe ser demandado dentro del término de cuatro meses contados a partir del día siguiente a su notificación, tal como lo sostuvo esta Corporación en providencia del 18 de abril de 1995, Expediente No. 11.043, Magistrada Ponente Clara Forero de Castro, actor Luis Aníbal Villada.

En este orden, dirá la Sala que a partir del 2002, el régimen de liquidación de cesantías del actor era el *anualizado*, motivo por el cual la pretensión de reliquidación del auxilio de cesantías retroactivas, no está llamada a prosperar.

De otra parte, mediante oficio 76285 de 25 de julio de 2011 (fs. 516 a 521), el ISS informa que la congelación de la retroactividad de las cesantías por un término de diez (10) años se dio en medio de una negociación colectiva de trabajo entre el Gobierno Nacional y el ISS con SintraseguridadSocial en representación de los trabajadores, y como vocero de todas las agremiaciones sindicales existentes al interior del Instituto, por lo que dicho congelamiento no fue a "*capricho de la administración*" sino un acuerdo en el que la administración se comprometió a pagar además de los intereses de ley anuales, un interés del 15% o 16% sobre las cesantías congeladas.

Por lo anterior, no hay lugar a la reliquidación del auxilio de cesantías del actor con retroactividad, toda vez que el régimen de cesantías del actor, a partir de enero de 2002 es el **anualizado**, por efectos de la estipulación convencional del artículo 62.

Tampoco hay lugar al reconocimiento de la sanción moratoria reclamada, toda vez que el auxilio a las cesantías ha sido liquidado en forma anual y viene siendo consignado en el Fondo Nacional del Ahorro, según los extractos de nómina aportados en los folios 522 a 564.

Por último, respecto a la pretensión de inclusión de los factores salariales convencionales al momento de liquidar las cesantías, dirá la Sala que la misma no resulta procedente, toda vez que, como se dejó anotado, el actor no podía beneficiarse de la Convención Colectiva con posterioridad a su vigencia (31 de octubre de 2004).

3.2.3. La entidad demandada debe reembolsar sumas de dinero descontadas al actor en el pago único de los derechos convencionales?

Dentro de las pretensiones de la demanda¹⁶, el actor solicita la devolución de la suma de \$11.965.722 deducidos en la nómina del mes de febrero de 2005.

En el acto administrativo demandado, **oficio 5481 de 19 de abril de 2006**, el Jefe de Recursos Humanos de la ESE RAFAEL URIBE URIBE, respecto de la petición de devolución de las sumas descontadas al actor, sostuvo lo siguiente:

“3) El pago único reconoció los beneficios convencionales correspondientes al periodo comprendido entre el 26 de junio de 2003 y el 31 de octubre de 2004 según lo ordenado por la Corte Constitucional mediante sentencia C-314 de 2004 y descontó los valores pagados en virtud de la calidad de empleado público, toda vez que no es viable recibir un doble pago por el mismo concepto. Por todo lo anterior no hay lugar a reconocer ningún tipo de retroactivo tal como usted lo solicita”

De lo expuesto por la entidad demandada, la Sala deduce que los conceptos que le fueron deducidos al actor, corresponden a una “compensación” entre lo pagado como empleado público y lo que le fue reconocido por concepto de beneficios convencionales por el periodo del 26 de junio de 2003 al 31 de octubre de 2004, o “PAGO UNICO” contenido en la Resolución No. 001100 de 13 de enero de 2005, veamos:

¹⁶ Escrito de adición de la demanda visible al folio 38.

.- Del documento obrante al folio 56 del expediente, que corresponde a la nómina del actor del mes de febrero de 2005, se aprecia que el ISS Seccional Antioquia, efectuó deducciones por los siguientes conceptos: recargos nocturnos, dominicales, prima de servicio, bonificación de servicios, bonificación de recreación, prima de navidad, afiliación sindicato, por valor de \$12'069.183.

.- Igualmente, se desprende que le fueron pagados los siguientes rubros: vacaciones, prima de vacaciones, prima de servicio legal, prima de servicio extralegal, incremento asignación básica, recargo nocturno, dominical habitual, incremento vacaciones, incremento de las primas de vacaciones, de servicio legal, de servicio extralegal, incremento prima técnica por valor \$17'605.324.

Dicho comprobante de nómina no resulta suficiente para establecer si le asiste razón al demandante al sostener que se trata de “deducciones ilegales” que afectaron su derecho de asociación sindical, el mínimo vital y la dignidad del trabajo, toda vez que se trata de un acto de liquidación realizado por el ISS Seccional Antioquia, que no contiene la descripción del fundamento de las deducciones realizadas, los periodos a los que corresponden los conceptos deducidos, ni la forma en que se determinó su cuantía, información que le hubiera proporcionado a la Sala elementos de juicio para establecer la procedencia o no de las deducciones efectuadas por la administración.

Tampoco se advierte que tales deducciones involucran la asignación básica mensual del actor¹⁷ o la afectan negativamente, toda vez que si bien los rubros deducidos ascienden a \$12'069.183, también lo es que en dicha nómina se incluye el pago de otros conceptos laborales por valor de \$17'605.324, siendo el NETO a pagar la suma de \$5.536.141. Además, al folio 54 del expediente se observa la Resolución No. 001100 de 13 de enero de 2005, en la que la ESE RAFAEL URIBE URIBE reconoce al actor conceptos laborales por valor de \$ 5'697.641

¹⁷ Que ascendía a la suma de \$2'724.577 para el mes de febrero de 2005 (fl. 56).

correspondiente a aquello que dejó de recibir como consecuencia de la transformación de la naturaleza del vínculo laboral.

De este modo, la Sala carece de los elementos de juicio que le permitan establecer la supuesta ilegalidad de las deducciones realizadas conforme lo plantea el actor en su demanda.

Se advierte que las deducciones en controversia fueron realizadas por el ISS Seccional Antioquia, según se desprende del documento visible al folio 56 y no por la entidad demandada, Empresa Social del Estado Rafael Uribe Uribe; del mismo modo, se observa que las referidas deducciones no afectaron el ingreso mínimo vital del actor, toda vez que la ESE RAFAEL URIBE URIBE pagó en la nómina de febrero de 2005 la totalidad de su remuneración mensual, razones que conducen a afirmar que no resultan desvirtuados los motivos expresados por la administración para negar la pretensión de devolución, situación por la cual, se impone negar la pretensión.

3.2.4. El actor tiene derecho a la nivelación salarial pretendida por haber desempeñado las mismas funciones que un médico especialista en pediatría clase IV grado 40?

En el presente caso, el actor pretende también que la entidad demandada le reconozca la “nivelación salarial” como Médico Especialista IV-40 desde el ingreso al servicio porque ha venido desempeñado las funciones de dicho empleo.

En orden a resolver el problema jurídico, se tienen demostrados los siguientes supuestos fácticos:

.- El actor fue nombrado como ***Especialista en Pediatría Grado 38*** del ISS, mediante Resolución No. 3135 de 26 de noviembre de 1986 (folios 516 a 521).

.- Mediante oficio de 29 de julio de 1994, el Gerente de la Clínica León XIII le comunicó al actor que mediante Resolución 2799-310 de 27 de julio de 1994, fue incorporado al equipo de personal de la nueva planta global y flexible del ISS como MEDICO ESPECIALISTA (f. 27).

.- Por su parte, la Coordinadora de Personal de la IPS Clínica León XIII, mediante certificación del 21 de mayo de 1998, visible al folio 28, da cuenta que el actor desempeña el cargo de **Médico Especialista** desde el 19 de junio de 1989 con una asignación mensual de \$2'187.673 para la vigencia de 1998. Igualmente, al folio 29 obra certificación laboral del actor expedida por el Departamento de Recursos Humanos del ISS, sobre el cargo desempeñado como Médico Especialista, desde el 19 de agosto de 1986, con asignación salarial de \$3'543.726 para el año 2003.

.- Al folio 60, se advierte la certificación expedida por la coordinadora de nómina del ISS sobre la remuneración de los empleos de Médico Especialista Grado 38 y Grado 40, periodos 1994 a 2004.

.- De otra parte, al folio 57 obra oficio de 12 de octubre de 2004, por el cual la Jefe de División de Recursos Humanos de la ESE Rafael Uribe Uribe le informa al actor que mediante Resolución No. 01080 de 1 de octubre de 2004, el cargo desempeñado como **Médico Especialista, código 3120, grado 22 de 8 horas** de la planta globalizada de la ESE, fue adscrito a la Dirección de Unidad Hospitalaria.

.- El 12 de septiembre de 2006 (f. 49-51), el actor elevó petición al Gerente de la ESE Rafael Uribe Uribe por medio de la cual solicitó la nivelación y ajuste salarial como Médico Especialista IV Grado 40, desde el 26 de junio de 2003 y el reajuste de las prestaciones sociales legales y extralegales, la indemnización moratoria y la indexación de las sumas debidas.

.- Como respuesta a la petición anterior, el Jefe de Recursos Humanos de la ESE Rafael Uribe Uribe, a través del **oficio 13.978 de 18 de septiembre de 2006**¹⁸ (cuya nulidad se demanda), negó lo solicitado con fundamento en que la vinculación del actor con dicha entidad, se dio en forma automática en el cargo de Médico Especialista Grado 22 código 3120, razón por la que le negó el reconocimiento de pagos adicionales, retroactivos o indexaciones.

En punto al **derecho a la remuneración salarial** de los empleados públicos, el artículo 122 de la Constitución Nacional, establece lo siguiente:

“No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben. (...)”

A su vez, el **Decreto 1042 de 1978**, prevé:

“Artículo 13º.- De la asignación mensual. La asignación mensual correspondiente a cada empleo estará determinada por sus funciones y responsabilidades, así como por los requisitos de conocimientos y experiencia requeridos para su ejercicio, según la denominación y el grado establecidos por el presente Decreto en la nomenclatura y la escala del respectivo nivel.

Se entiende por denominación la identificación del conjunto de deberes, atribuciones y responsabilidades que constituyen un empleo.

Por grado, el número de orden que indica la asignación mensual del empleo dentro de una escala progresiva, según la complejidad y responsabilidad inherente al ejercicio de sus funciones.”

¹⁸ Folio 52.

“Artículo 31. De la prohibición de percibir sueldo diferente de aquel que corresponda al cargo. Los empleados públicos a quienes se aplica este Decreto sólo podrán percibir por concepto de sueldo la asignación básica mensual que corresponda al cargo que desempeñen y los factores de salario contemplados en el artículo 42 del presente estatuto”.

De otra parte, el **artículo 3 de la Ley 4 de 1992**, dispone:

“Artículo 3o. El sistema salarial de los servidores públicos estará integrado por los siguientes elementos: la estructura de los empleos, de conformidad con las funciones que se deban desarrollar y la escala y tipo de remuneración para cada cargo o categoría de cargos”.

De las anteriores normas se desprende que el ejercicio de la función pública y en general el desempeño de un cargo público, constituye una actividad reglada desde la perspectiva constitucional y legal, que distingue con suma claridad los siguientes presupuestos: la existencia del empleo público en la planta de personal, el acto administrativo de nombramiento y posesión, la legalidad en la asignación de las funciones y el derecho a la remuneración prevista en el respectivo presupuesto.

Además, la asignación salarial de los empleados públicos se determina no sólo por la denominación del cargo y el código, sino que se encuentra sujeta a los requisitos de conocimiento y experiencia, así como las funciones y responsabilidades asignadas al empleo; por lo tanto, los empleados públicos sólo podrán percibir por concepto de sueldo la asignación básica mensual que corresponda al cargo que desempeñen y los factores de salario contemplados en la ley.

Del material probatorio allegado al proceso, se desprende que el actor desempeñó el cargo de Médico Especialista Grado 38 durante el tiempo que duró su vinculación con el ISS, devengando la remuneración correspondiente al cargo para el cual fue nombrado; asimismo, se desprende que a partir del 26 de junio de 2003 con la expedición del Decreto 1750 de 2003, fue incorporado automáticamente a la ESE Rafael Uribe Uribe, en el empleo de Médico Especialista Grado 22 código 3120,

devengando un salario básico de \$3'672.513 para la vigencia 2005 (fl. 33), razón por la cual, la diferencia salarial respecto del empleo de médico especialista clase IV grado 40 encuentra una justificación en razón al cambio en la naturaleza del empleo y la nueva planta de personal de la recién creada Empresa Social del Estado.

Al proceso no se allegó prueba tendiente a demostrar que el actor, durante su trayectoria laboral con la entidad demandada, fue nombrado y posesionado en un cargo distinto al de Médico Especialista Grado 22 código 3120, ni tampoco que desempeñó las funciones de un empleo diferente para el cual fue nombrado, ni que las mismas hubieren sido asignadas expresamente por la entidad, razón por la que no encuentra fundamento la pretensión de nivelación salarial elevada por el actor.

Tampoco demostró el actor la existencia del empleo de Médico Especialista Grado 40 en la planta de personal de la ESE Rafael Uribe Uribe como sustento de su pretensión de nivelación salarial correspondiente a dicho empleo.

En el recurso de apelación, afirma el actor que la prueba testimonial recaudada a folios 82 a 88, da cuenta que no existió ninguna diferencia en la jornada laboral, funciones, condiciones de prestación del servicio, jefe y grado de complejidad, entre el empleo de médico especialista grado 38 y grado 40, razón por la que no existe justificación para la diferencia salarial entre estos dos cargos, por lo que sostiene que se le vulneró el derecho a trabajo igual, salario igual.

Al respecto, advierte la sala que la prueba testimonial de los señores Gustavo Alberto Londoño Jaramillo, Carlos José Facundo Díaz y Mauricio de Jesús Pérez Vélez, recepcionada el día 29 de agosto de 2007¹⁹, permite establecer que el actor prestó los servicios como médico especialista grado 38 del ISS y luego se incorporó a la planta de la ESE Rafael Uribe Uribe; asimismo, dan cuenta de la similitud de servicios prestados por los médicos especialistas del ISS grado 38 y grado 40, así como del cambio en la naturaleza de los empleos en virtud de la escisión del ISS y

¹⁹ Folios 82 a 88.

la creación de la Empresa Social del Estado Rafael Uribe Uribe, empero, tales declaraciones testimoniales no resultan suficientes para desvirtuar la correspondencia entre la remuneración devengada por el actor como Médico Especialista Grado 22 código 3120 y las funciones del cargo desempeñado, toda vez que las mismas hacen referencia a empleos diferentes al desempeñado por el actor a partir del 26 de junio de 2003.

En relación con el cargo de violación del derecho a la igualdad en las relaciones laborales que plantea el actor, anota la Sala que, a partir de la Constitución Nacional, la jurisprudencia ha sido pródiga en resaltar la primacía de la realidad, para desarrollar el principio de igualdad en las relaciones laborales, *de modo que a trabajo igual corresponda salario igual*.

No obstante, en el presente caso efectuado el análisis probatorio, concluye la Sala que no se configura la violación de dicho postulado derivado del artículo 53 Constitucional, toda vez que al actor le fue reconocida la remuneración salarial correspondiente al empleo desempeñado. De otra parte, el actor no acreditó encontrarse en la misma situación de hecho de un empleado de superior categoría dentro de la planta de personal de la ESE Rafael Uribe Uribe, que le permitiera reclamar un tratamiento salarial superior, por lo tanto, carece de sustento probatorio su pretensión de obtener una asignación salarial superior.

La Corte Constitucional, a propósito del principio **“a trabajo igual – salario igual”** que el actor invoca como vulnerado, ha sostenido que toda remuneración debe ser proporcional a la cantidad y calidad de trabajo desarrollado, así sostuvo:

“En estas condiciones, “el patrono no puede fijar de manera arbitraria los salarios de sus empleados, preferir o discriminar a algunos de ellos, hallándose todos en igualdad de condiciones”. Sin embargo, es preciso advertir que la igualdad predicada obedece a criterios objetivos y no meramente formales, aceptando entonces homogeneidad entre los iguales, pero admitiendo también diferenciación ante situaciones desiguales...”

(....)

7.- Respecto del tema específico de la igualdad en materia salarial, ya la Corte se pronunció para determinar los eventos en los cuales ella debe ser igual entre dos trabajadores. Esto ocurre cuando se reúnen los siguientes presupuestos fácticos: **i) ejecutan la misma labor, ii) tienen la misma categoría, iii) cuentan con la misma preparación, iv) coinciden en el horario y, finalmente, cuando (v) las responsabilidades son iguales**²⁰.

En este orden de ideas, para obtener el reconocimiento del salario de Médico Especialista Grado 40, le correspondía al demandante acreditar fehacientemente que dicho cargo existía en la planta de personal de la ESE Rafael Uribe Uribe, que sus funciones correspondían a las mismas funciones del empleo desempeñado por el actor, que tenía la misma categoría, contaba con la misma preparación, requisitos y experiencia, y tenía las mismas responsabilidades de un empleado vinculado a dicho cargo, lo cual no aparece acreditado dentro del proceso.

En conclusión, el demandante no acreditó que la función desarrollada era ajena al cargo al que se encontraba legalmente vinculado y que correspondía al empleo de médico especialista grado 40, por lo tanto, no se encuentra probado que la remuneración devengada no era proporcional a la cantidad y calidad de trabajo realizado.

Tampoco se encuentra acreditado dentro del plenario que el actor hubiera cumplido los requisitos constitucionales, legales y/o reglamentarios para acceder al cargo de Médico Especialista Grado 40, razón por la cual se justifica el trato diferenciado, toda vez que el actor no se encuentra en posición de igualdad, o en idénticas circunstancias que la de un empleado vinculado a dicho cargo.

No resulta viable acceder a la pretensión de nivelación salarial del actor, toda vez que el cargo por él desempeñado era el de Médico Especialista Grado 22 Código 3120 de la Empresa Social del Estado Rafael Uribe Uribe.

²⁰ Sentencias T. 027/97, SU. 111/97 y T. 272/97 Corte Constitucional.

Destaca la Sala que las exigencias para ocupar los empleos públicos varían en cuanto la experiencia profesional requerida, siendo que es la ley o el reglamento la que distingue dentro de los perfiles exigidos, razón más que suficiente para justificar un trato desigual en las asignaciones salariales para los distintos empleos, puesto que no todos los cargos están en igualdad de características, ya que unos tienen exigencias más gravosas que otros, por lo tanto, la escala salarial de uno no será igual al de otro.

Por último, subraya la Sala que al tenor del artículo 31 del Decreto 1042 de 1978 es prohibido percibir un salario diferente de aquel que corresponde al cargo desempeñado, razón por la cual, no puede afirmarse que al actor se le dio un trato discriminatorio al no reconocerle la asignación salarial correspondiente al cargo de Médico Especialista Grado 40, pues como se dejó expuesto, las pruebas allegadas no permiten establecer que el señor Rafael Ignacio Palomino Schulle desempeñó dicho empleo a partir del 26 de junio de 2003 cuando fue incorporado automáticamente a la ESE Rafael Uribe Uribe, razón por la cual la pretensión relacionada con la nivelación salarial no está llamada a prosperar tal y como lo decidió el **A quo**.

Por las razones expuestas, la Sala no evidencia que se haya incurrido en infracción del ordenamiento jurídico superior, y en tal sentido, se mantiene incólume la presunción de legalidad que reviste a los actos acusados, siendo procedente confirmar la sentencia apelada que negó las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFIRMASE la sentencia de 13 de septiembre de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia que negó las pretensiones de la demanda presentada por el señor Rafael Ignacio Palomino Schulle contra la Empresa Social del Estado RAFAEL URIBE URIBE – En liquidación, por las razones que se dejaron expuestas en la presente sentencia.

Cópiese, notifíquese y ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

GERARDO ARENAS MONSALVE

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ