

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

CONSEJERO PONENTE: DR. GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá D.C., veintisiete (27) de agosto de dos mil quince (2015).

Radicación: No. 05001-23-31-000-2008-00806-01
Expediente: No. 0093-2012
Actor: ALVARO RODRIGUEZ GONGORA
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 Álvaro Rodríguez Góngora contra la Empresa Social del Estado Rafael Uribe Uribe en Liquidación.

ANTECEDENTES

El señor Álvaro Rodríguez Góngora, acudió mediante apoderado a la jurisdicción en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, para solicitar la nulidad del **oficio ADM-721-2008 de 31 de enero de 2008**, proferido por el Apoderado General de la Fiduprevisora S.A., en calidad de liquidador 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.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la entidad accionada a pagar los siguientes conceptos derivados de la convención colectiva de trabajo: (i) aumento salarial, (ii) incremento por servicios prestados, (iii) reliquidación del auxilio de cesantía en forma retroactiva, a partir del 26 de junio de 2003 y los intereses a la cesantía, (iv) reajuste de la liquidación definitiva de prestaciones sociales, (v) reajuste de la indemnización por despido, (vi) perjuicios morales, (vii) indemnización moratoria por no pago completo y oportuno del auxilio de cesantías; además, la indexación de las sumas que se reconozcan y las costas del proceso.

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

El demandante estuvo vinculado al Instituto de Seguros Sociales desde el 5 de septiembre de 1991, primero en calidad de supernumerario, posteriormente como provisional y luego como contratista; para el 25 de junio de 2003 ostentaba la calidad de trabajador oficial.

Mediante Decreto 1750 de 25 de junio de 2003, el Gobierno Nacional ordenó la escisión del ISS y la creación de la Empresa Social del Estado Rafael Uribe Uribe; a partir de ese momento, el actor fue incorporado automáticamente a la nueva planta de personal de la empresa, en calidad de empleado público, sin solución de continuidad hasta el 14 de agosto de 2007.

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, 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-314¹ y C-349² 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; agregó que la Corte Constitucional, en las referidas sentencias, no restringió o limitó la vigencia de la convención colectiva de trabajo de 2001-2004, al 31 de octubre de 2004.

Asegura que el tiempo de servicios laborado a la ESE se computa como si se hubiera servido al ISS, sin solución de continuidad, para todos los efectos legales y convencionales.

Informa que a partir del 26 de junio de 2003, le fue liquidado el auxilio de cesantías en forma anual y se le “pagó o consignó tardíamente”, a pesar de que gozaba del derecho adquirido a la liquidación en forma retroactiva. Además, refiere que tenía el derecho adquirido al incremento por servicios prestados y a los intereses a la cesantía.

Manifiesta que le fue reconocida la suma de \$8'074.852 como liquidación definitiva de prestaciones sociales, pero en ella no se consideró todo el tiempo de servicios, ni los derechos convencionales, ni se tuvo en cuenta el carácter salarial de los mismos.

¹ 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.

² 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.

También le fue reconocida la suma de \$72.721.466 como indemnización por despido, sin tener en cuenta todo el tiempo de servicios y la totalidad de los derechos convencionales, ni la tabla prevista en la convención colectiva de trabajo.

Aduce que dicho proceder de la entidad demandada le causó daño moral, psíquico, fisiológico, el cual debe ser resarcido.

Por lo anterior, el 4 de enero de 2008 solicitó a la entidad el pago de los conceptos reclamados, petición que fue negada mediante el oficio ADM-721-2008 de 31 de enero de 2008, cuya nulidad es objeto de demanda.

El último salario mensual devengado por el actor fue \$4.939.571.

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, Decreto 1042 de 1978, Ley 4 de 1992, Decreto 035 de 1999, Decreto 1750 de 2003, Código Contencioso Administrativo, artículos 2, 83, 84, 85, 86, Código Civil artículo 1626 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.

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 le causó perjuicios morales al actor, a cuyo reconocimiento está obligada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

.- La Empresa Social del Estado Rafael Uribe Uribe en Liquidación, no compareció a contestar la demanda.

.- Nación- Ministerio de la Protección Social. Mediante apoderada judicial, el Ministerio de la Protección Social, en escrito de 20 de agosto de 2009³, se opuso a las pretensiones de la demanda con los siguientes argumentos:

³ Folios 170 a 204.

Como asunto previo planteó la improcedencia de la vinculación de ese Ministerio en calidad de sucesor procesal, porque no se le adjudicaron los derechos litigiosos o las eventuales obligaciones derivadas de los mismos.

Informó que la Ley 790 de 2002 otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República para que dentro del marco del Programa de Renovación de la Administración Pública, realizara la escisión de entidades u organismos administrativos del orden nacional creados por ley. Que en virtud de ello, mediante Decreto Ley 1750 de 2003 se escindió el Instituto de Seguros Sociales y se crearon unas Empresas Sociales del Estado, entre las cuales se encuentra la ESE Rafael Uribe Uribe, la que de conformidad con la Ley 100 de 1993, constituye una categoría especial de entidad pública descentralizada del nivel nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Posteriormente, mediante Decreto 405 de 14 de febrero de 2007 se ordenó la supresión y liquidación de la Empresa Social del Estado Rafael Uribe Uribe y en virtud de la Ley 1105 de 2006 que modificó el Decreto 254 de 2000, se celebró el contrato de fiducia mercantil con una entidad fiduciaria para la administración del patrimonio autónomo con el fin de atender los pagos establecidos en dicho contrato de fiducia. Por lo anterior, afirmó que es la FIDUCIARIA quien debe responder frente a las pretensiones de la demanda, puesto que como liquidadora asumió las obligaciones que se debaten en el proceso.

Respecto a las pretensiones de la demanda, sostuvo que no están llamadas a prosperar porque las Empresas Sociales del Estado creadas por el Decreto 1750 de 2003 no fueron, ni son parte dentro de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL (2001-2004), de otra parte indicó que de acuerdo con el artículo 3 son beneficiarios

de la referida convención los trabajadores oficiales vinculados a la planta de personal del ISS, calidad que no ostenta el demandante.

Se refirió a la descentralización administrativa, a la naturaleza jurídica del Instituto de Seguros Sociales e informó que mediante Decreto 1750 de 2003, fueron escindidos los servicios de salud, razón por la cual, las instituciones prestadoras de dichos servicios se transformaron en Empresas Sociales del Estado.

Realizó un recuento normativo sobre la naturaleza y el régimen jurídico de las Empresas Sociales del Estado para destacar que las mismas gozan de autonomía para la gestión de sus asuntos administrativos.

Sostuvo que no está llamado a responder por las prerrogativas derivadas de la Convención Colectiva suscrita con Sintraseguridad porque no participó en la suscripción de la misma y tampoco es empleador de la parte actora.

Precisó la diferencia entre la noción de derecho adquirido y la de meras expectativas para afirmar, con fundamento de la Sentencia C-314 de 2004, que la posibilidad de negociar convenciones colectivas no constituye un derecho adquirido, como tampoco la pertenencia a un régimen laboral específico, llámese trabajador oficial o empleado público, de modo que, ocurrido el cambio de naturaleza de la relación laboral de los servidores del ISS, de trabajadores oficiales a empleados públicos, no era factible aplicar en forma indefinida la Convención Colectiva de Trabajo pactada entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL, entes autónomos e independientes al Ministerio y la ESE Rafael Uribe Uribe.

Manifestó que la sustitución patronal no aplica entre entidades del Estado. Indicó que actualmente sigue vigente la Convención Colectiva en el ISS pero aplica únicamente a los Trabajadores Oficiales y no puede extenderse a empleados públicos. Aseguró que el cambio de naturaleza en la relación laboral del actor, conlleva el cambio del régimen legal aplicable y por ende, no puede ser beneficiario de las prerrogativas derivadas de la Convención Colectiva de Trabajo.

Con fundamento en lo anterior, propuso las excepciones de falta de agotamiento de la reclamación administrativa frente al Ministerio de la Protección Social; falta de legitimidad en la causa por pasiva; inexistencia de la facultad y consecuente deber jurídico del Ministerio para pagar prestaciones sociales convencionales; falta de integración del contradictorio o Litis consorcio necesario; inexistencia de la obligación, prescripción y caducidad.

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. 283 a 292):

En primer lugar negó las excepciones planteadas por el Ministerio de la Protección Social por considerar que en virtud de la supresión de la ESE Rafael Uribe Uribe y la terminación del proceso de liquidación, le corresponde a ese Ministerio asumir la representación de la entidad.

En torno al fondo del asunto, 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 al pago único realizado por la entidad demandada, sostuvo que el demandante no indicó los motivos por los cuales estima que el pago de los beneficios convencionales no respetó los derechos adquiridos en virtud de la convención colectiva.

Finalmente, en punto a la pretensión relacionada con el auxilio de cesantía en forma retroactiva, afirmó que en virtud del artículo 62 de la convención colectiva, a partir de enero de 2002 quedó congelada la retroactividad de las cesantías, las cuales se liquidarían hasta el 31 de diciembre de 2001, es decir, que dicho beneficio desapareció por haberse acogido en su integridad la convención pactada, aceptando el desmonte de la retroactividad.

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. 299 a 307):

1.- Se refirió a las pruebas pendientes de recaudo y a la necesidad de requerir a la entidad competente para aportar las convenciones colectivas de trabajo, la liquidación de las cesantías, la liquidación final de prestaciones sociales y la indemnización por supresión del caso, entre otros elementos probatorios oportunamente pedidos y decretados.

2.- Expresó que el asunto debatido constituye un caso sui generis porque aunque el actor continuo realizando las funciones que ejecutaba como trabajador oficial del ISS, adquirió “ipso facto” el status de empleado público, sin que mediara resolución de nombramiento, juramento de cumplir la constitución y la ley, acta de posesión y funciones previamente detalladas en la ley, lo que considera como una excepción a los artículos 122 y 125 de la C.P.

3.- Indicó que no se discute en la demanda la validez de la escisión del ISS impuesta por el Decreto 1750 de 2003 sino el propósito que puede tener la mencionada escisión y el cambio en la naturaleza del empleo desempeñado por el actor.

4.- Afirmó que la situación laboral del demandante antes de la escisión del ISS le permitía disfrutar de los beneficios convencionales los cuales ya habían ingresado a su patrimonio y le permitían subvenir a sus necesidades vitales y las de su familia, sin embargo, con posterioridad al 25 de junio de 2003, su situación laboral cambió en cuanto a estabilidad, salario y

prestaciones sociales, dado que se le asignó la calidad de empleado público en provisionalidad y su salario y prestaciones disminuyeron, lo que se traduce en un “detrimento patrimonial”.

5.- Sostuvo que en la sentencia apelada se distorsionó el sentido y alcance de las sentencias de constitucionalidad C-314 y C-349 de 2004 y la Sentencia T-1166 de 2008, pues en ellas no se estableció que los beneficios convencionales solo tuvieron vigencia hasta el 25 de junio de 2003, o que sólo los trabajadores oficiales conservaban los derechos salariales y prestacionales derivados de la convención colectiva, o que quienes fueron incorporados como empleados públicos sólo tuvieron derecho hasta el 31 de octubre de 2004, o que la convención colectiva solo se prorrogó para los trabajadores oficiales.

6.- Manifestó que el artículo 18 del Decreto 1750 de 2003 fue excluido del ordenamiento jurídico por no incluir los beneficios obtenidos mediante convención colectiva de trabajo por los trabajadores del ISS que fueron incorporados a las Empresas Sociales del Estado.

7.- Afirmó que la Corte Constitucional no limitó la vigencia y aplicabilidad de la convención colectiva de trabajo respecto de los trabajadores del ISS incorporados a las ESES al 25 de junio de 2003 o al 31 de octubre de 2004. Agrega que a) es irrelevante que la convención colectiva de trabajo hubiera sido firmada por el ISS y no por la ESE Rafael Uribe Uribe, puesto que no es cierto que una convención colectiva de trabajo sólo obligue a las partes que la suscriben, b) no es cierto que la convención colectiva de trabajo pierda vigencia a la finalización del plazo de duración, porque este no es un requisito de existencia y validez del acto, las partes pueden omitirlo, caso en

el cual ese silencio es suplido por la ley (arts. 468, 477 y 478), c) la existencia de la convención colectiva de trabajo no depende de la existencia de los sujetos que la suscriben, porque el empleador que la firma puede separarse del sindicato patronal que la celebró, o el sindicato contratante puede ser disuelto y aun así la convención obliga, d) la convención colectiva de trabajo deja de existir cuando es sustituida por una nueva convención o el juez del trabajo se pronuncia sobre su revisión, mientras tanto la convención sigue en todo su vigor.

8.- Se refirió al derecho a la cesantía retroactiva del demandante para indicar que se trata de un derecho de carácter irrenunciable, razón por la cual el cambio de régimen dispuesto convencionalmente, sin el aval del trabajador, es ineficaz y no produce ningún efecto. Afirmó que antes de que se firmara la convención colectiva de trabajo 2001-2004, ya regía el Decreto 1252 de 2000, cuyo artículo 2º señaló que los servidores públicos que a 25 de mayo de 2000, disfrutaban del régimen de cesantías retroactivas continuarían en dicho régimen hasta la terminación de la vinculación laboral en el organismo o entidad en la que se aplica dicha modalidad prestacional.

9.- Se refirió a la sustitución patronal y la solidaridad para señalar que si la ESE Rafael Uribe Uribe sustituyó como patrono al ISS, por ley es responsable solidariamente de las obligaciones a cargo de aquél.

10.- Hizo una referencia a los hechos demostrados dentro del proceso, tales como la vinculación laboral del actor, la escisión del ISS y su incorporación a la planta de personal de la ESE, la asignación básica y los beneficios convencionales.

11.- En cuanto a la indemnización moratoria, sostuvo que al prosperar la pretensión de reajuste de cesantía, hay lugar a imponer la indemnización por mora.

12.- Por último, reiteró la pretensión de pago de costas y agencias en derecho.

ALEGATOS DE CONCLUSION

.- De la Nación Ministerio de Salud y Protección Social. La apoderada del Ministerio de Salud y Protección Social, mediante escrito allegado el 30 de abril de 2015 (fs. 346 a 348), 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.

Por último, indicó que a partir del 1 de noviembre de 2004 terminó la vigencia de la convención colectiva de trabajo y al actor se le sigue aplicando el régimen propio de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional sin ser beneficiario de convención alguna.

.- La parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio.

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?

2. Marco Jurídico

.- Del acuerdo convencional⁴.

La Convención Colectiva del Trabajo celebrada entre el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** y la organización sindical **SINTRASEGURIDAD SOCIAL** fue suscrita el 31 de octubre de 2001 para una vigencia de tres años contados del 1 de noviembre de 2001 hasta el 31 de octubre de 2004.

Si bien la Corte Constitucional en algunos eventos ha reconocido la extensión de los derechos de naturaleza convencional a trabajadores de las

⁴ 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.

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 2002⁵ 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-314⁶ 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

⁵ 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.

⁶ Magistrado Ponente, Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

colectiva de 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 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 el artículo 55 de la Constitución Política garantiza el derecho de negociación colectiva de los servidores

públicos para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley, para tal efecto, como lo consagra el artículo 39 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.

Por su parte, 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 1997⁷, consagra disposiciones relativas al derecho de sindicalización de los servidores del Estado, y hace 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; sobre este tema se referirá la Sala más adelante.

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

⁷ Declarada exequible mediante Sentencia C-377 de 1998 de la Corte Constitucional.

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 convencionales le resulten aplicables, máxime cuando dicha reincorporación procuró mantener la continuidad de la relación, pero cambió la naturaleza del empleo. Cambio que impide, como ya se dijo, que las garantías convencionales se le apliquen a quienes antes de dicha reincorporación ostentaban la calidad de trabajadores oficiales, puesto que estas garantías y beneficios fueron alcanzados por dichos trabajadores oficiales a través de acuerdos convencionales que no pueden regular las relaciones de los empleados públicos que tienen un régimen indemnizatorio, salarial y prestacional establecido en la ley y sus decretos reglamentarios, tal y como específicamente lo contempla el artículo 150 numeral 19 literales e y f de la Constitución Política”⁹.

La Corte Constitucional en la sentencia C- 349 de 2004 al estudiar el alcance de las expresiones “*automáticamente y sin solución de continuidad*” en

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.

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.

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).

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

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

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.

.- El derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos.

De conformidad con lo que se viene expresando y con lo dispuesto en el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo, los sindicatos de empleados públicos carecen del derecho a presentar pliegos de peticiones y celebrar convenciones colectivas. No obstante, la Sala procede a exponer la manera como, en desarrollo de los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, la legislación y la jurisprudencia Colombiana viene abriendo paso a mecanismos de negociación colectiva específicamente dirigidos a los empleados públicos.

El artículo 2º del Convenio 154 de la OIT¹¹, establece que la expresión "negociación colectiva" comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias

¹¹ Sobre fomento de la negociación colectiva, aprobado por Colombia mediante Ley 524 de 1999.

organizaciones de trabajadores, con el fin de: (i) fijar las condiciones de trabajo y empleo; (ii) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores; (iii) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez.

La Corte Constitucional¹² ha precisado que “se trata de un procedimiento que concreta y fortalece el acuerdo de voluntades y es uno de los medios más importantes para fijar las bases fundamentales del trabajo”; por lo tanto, en criterio de la Sala, se trata de un derecho que materializa la “libertad y voluntad” de los sujetos de la relación laboral en torno a la regulación de las condiciones de esa relación.

.- Marco constitucional y legal. En Colombia, el derecho a la negociación colectiva en el sector público goza de amplio sustento y garantía constitucional y legal **(i)** de una parte, el **artículo 55 de la C.P.** garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones establecidas en la ley, y el deber del Estado de promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo; **(ii)** a su vez, el **Convenio 151 de la OIT¹³** sobre “*la protección del derecho de sindicalización y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública*”, adoptado en la 64 Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo de Ginebra en 1978 y aprobado por Colombia mediante la Ley 411 de 1997, establece en el artículo 7º la necesidad de los Estados, de “*adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para*

¹² Sentencia C-161 de 2000 que declaró exequible la Ley 524 de 1999.

¹³ Los convenios internacionales emanados de la OIT que reconocen derechos laborales, hacen parte del bloque de constitucionalidad de conformidad con el artículo 53 de la C.P.; así lo ha venido admitiendo la Corte Constitucional en las sentencias T-568 de 1999, C-570 de 2000 y C-1234 de 2005.

*estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones”, y el **Convenio 154** sobre “el fomento de la negociación colectiva” adoptado en la 67 Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, aprobado por la Ley 524 del 12 de agosto de 1999, por el cual se establece el deber de los Estados miembros de lograr el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva libre y voluntaria; (iii) por último, el **Decreto 160 de 5 de febrero de 2014**¹⁴ reglamentario de Ley 411 de 1997, establece en el ordenamiento jurídico interno, los procedimientos de negociación y solución de controversias con las organizaciones de empleados públicos.*

.- Delimitación del derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos. Diferencia con los trabajadores oficiales y particulares. En torno al derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos, la Corte Constitucional en la **sentencia C-377 de 1998**, mediante la cual declaró la constitucionalidad de la Ley 411 de 1997 -aprobatoria del Convenio 151 de la OIT-, precisó que si bien los empleados públicos gozan del derecho de sindicalización y, por ende, les asiste el derecho a buscar las soluciones negociadas y concertadas sobre las condiciones de empleo, no tienen un derecho de negociación “pleno”, toda vez que no es posible afectar la facultad que la Constitución les confiere a las autoridades de fijar unilateralmente las condiciones de empleo y la fijación de salarios; por esta razón, para armonizar los conceptos de “derecho de sindicalización” y

¹⁴ Decreto fue expedido por el Gobierno Nacional en uso de la potestad reglamentaria derivada del numeral 11 del artículo 189 de la C.P.

“fijación unilateral de salarios y de condiciones de trabajo”, la Corte sostuvo que: “la creación de mecanismos que permitan a los empleados públicos, o sus representantes, participar en la determinación de sus condiciones de empleo es válida, siempre y cuando se entienda que en última instancia la decisión final corresponde a las autoridades señaladas en la Constitución, esto es, al Congreso y al Presidente en el plano nacional, y a las asambleas, a los concejos, a los gobernadores y a los alcaldes en los distintos órdenes territoriales, que para el efecto obran autónomamente. Con esa misma restricción, es igualmente legítimo que se desarrollen instancias para alcanzar una solución negociada y concertada entre las partes en caso de conflicto entre los empleados públicos y las autoridades.” (subrayado fuera de texto).

De esta manera, para efectos del ejercicio del derecho de negociación colectiva, la Corte Constitucional distinguió a los empleados públicos, de los trabajadores oficiales y particulares, señalando que los primeros gozan de este derecho de manera restringida, mientras que los segundos lo hacen de manera plena, pues si bien los empleados públicos tienen derecho a buscar y alcanzar soluciones concertadas en caso de conflicto, no se puede afectar en modo alguno la facultad que tienen las autoridades de fijar unilateralmente las condiciones de empleo, lo que significa que los empleados públicos, aunque gozan del derecho a la sindicalización y a la **negociación colectiva**, los procedimientos de negociación en la administración pública se encuentran limitados por la propia Constitución, en razón a la facultad que tienen las autoridades para fijar unilateralmente las condiciones de empleo y la fijación de salarios, situación que no ocurre con los trabajadores oficiales.

En el mismo sentido, en la **sentencia C-161 de 2000**, por medio de la cual se declaró exequible la Ley 524 de 1999 que aprobó el Convenio 154 de la OIT

sobre el fomento a la negociación colectiva, la Corte Constitucional expresó que los empleados públicos, aunque gozan del derecho a participar en la determinación de sus condiciones de trabajo, no tienen el derecho de negociación colectiva en forma plena, por lo que se encuentran sujetos a la fijación unilateral por parte del Estado del salario y de las condiciones generales del empleo.

Aunado a lo anterior, indicó la Corte que el concepto de “negociación colectiva”, tiene una enumeración más variada y amplia que el de “convención colectiva o el de pacto colectivo”, al expresar lo siguiente:

“14. El artículo 6º permite la existencia de sistemas de relaciones de trabajo en los que la negociación colectiva puede concretarse en la conciliación o el arbitraje, siempre y cuando sea una participación voluntaria de las partes. En efecto, como se afirmó en precedencia, la negociación colectiva tiene un contenido claro en la convención y en el pacto colectivo, pero el Convenio 154 consagra una enumeración más variada y amplia del contenido de la negociación, como quiera que autoriza otros instrumentos de resultado de la negociación. Así pues, estas disposiciones también se ajustan plenamente al artículo 116 y, en especial, al artículo 53 de la Constitución, como quiera que es un principio mínimo del trabajo la facultad “para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles”.”

Con dicha precisión, la Corte Constitucional distinguió entre los conceptos de “negociación colectiva” y “convención colectiva” en el sentido que la negociación colectiva abarca un contenido más amplio porque puede concretarse a través del empleo de distintos instrumentos como la conciliación o el arbitraje, mientras la convención colectiva está circunscrita al ámbito del derecho colectivo del trabajo.

Lo anterior, permite a la Sala establecer que mientras el derecho de negociación colectiva de los trabajadores oficiales y particulares, desarrollado a través de las disposiciones del derecho colectivo de trabajo, se materializa a través de los instrumentos del pliego de peticiones y convención colectiva de trabajo; el de los empleados públicos lo hace a través de los procedimientos, condiciones y límites establecidos en la Constitución Política (artículos 39, 55, 150 numeral 19 literal e.), Convenios 151 y 154 de la OIT y Decreto 160 de 2014.

La mencionada distinción en el derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos por una parte, y los trabajadores oficiales y particulares por la otra, se reiteró por la Corte Constitucional en la **sentencia C-1234 de 2005** en la cual estudió de nuevo la constitucionalidad del artículo 416 del C.S.T¹⁵ con ocasión de la adopción de los Convenios 151 y 154 de la OIT¹⁶ y declaró **exequible** la expresión *“Los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliego de peticiones ni celebrar convenciones colectivas”* en el entendido que para hacer efectivo el derecho a la negociación colectiva consagrado en el artículo 55 de la Constitución Política, y de conformidad con los Convenios 151 y 154 de la OIT, *“las organizaciones sindicales de empleados públicos podrán acudir a otros medios que garanticen la concertación en las condiciones de trabajo, a partir de la solicitud que al respecto formulen estos sindicatos, mientras el Congreso de la República regule el procedimiento para el efecto”*.

¹⁵ Se aclara que mediante la sentencia C-110 de 1994 la Corte Constitucional ya había tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la exequibilidad del artículo 416 del C.S.T. para señalar que la restricción para los sindicatos de empleados públicos de presentar pliegos de peticiones y celebración de convenciones colectivas constituye una de las excepciones de ley a las que se refiere el artículo 55 de la Constitución, razón por la cual lo declaró exequible.

¹⁶ Dichos convenios introdujeron cambios sustanciales sobre los derechos de sindicalización y negociación colectiva de los empleados públicos que habilitaron a la Corte Constitucional para estudiar nuevamente la constitucionalidad del artículo 416 del CST.

En dicho pronunciamiento la Corte Constitucional precisó que las figuras “pliego de peticiones” y “convenciones colectivas¹⁷” tienen un significado especial, jurídico y procedimental particular en las relaciones colectivas de trabajo, y que la presentación del pliego de peticiones da inicio un conflicto colectivo que puede terminarse con la firma de la convención colectiva de trabajo o llegar hasta el tribunal de arbitramento obligatorio para su solución, mediante el laudo arbitral, por lo cual tiene unas consecuencias jurídicas distintas; en cambio *“la expresión “negociación colectiva” de que tratan el Convenio 154 y el artículo 55 de la Carta tiene una connotación más amplia, es decir, no se reduce a pliegos de peticiones o convenciones colectivas, sino que abarca “todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de : fijar las condiciones de trabajo y empleo, o regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez”;* bajo tal entendimiento, concluyó que la negociación colectiva consagrada en el Convenio 154 de la OIT, incorporado a la legislación colombiana por la Ley 524 de 1999 y el artículo 55 de la Constitución corresponden a un concepto más amplio que las figuras pliegos de peticiones y convención colectiva.

En ese orden, para interpretar armónicamente el derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos previsto en el artículo 55 de la Carta, con

¹⁷ Artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo: “Definición. Convención colectiva de trabajo es la que se celebra entre uno o varios patronos o asociaciones patronales, por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, por la otra, para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia.”

la restricción consagrada en el 416 del CST para los sindicatos de empleados públicos de presentar pliegos de peticiones y celebrar convenciones colectivas, es necesario precisar que dicha restricción no anula el derecho a la negociación colectiva, sino que tan sólo la delimita en cuanto al empleo de tales instrumentos, “pliegos de condiciones y convenciones colectivas”, como “especie” de los procedimientos de negociación que le compete al legislador establecer para garantizar el derecho a la negociación colectiva.

En tal contexto, el Gobierno Nacional expidió el **Decreto 1092 de 24 de mayo de 2012**¹⁸ que estableció un procedimiento de negociación entre los representantes de las organizaciones sindicales de empleados públicos y las entidades públicas, para fijar las condiciones de empleo y regular las relaciones entre las partes en asuntos susceptibles de concertación; en dicho decreto se establecieron también las condiciones (art. 5) y parámetros (art. 6) para la negociación, introduciendo la posibilidad de presentar un pliego de solicitudes con las limitaciones contenidas en el numeral 7 del artículo 3, respetando en todo caso, la competencia constitucional y legal del Congreso de la República y del Gobierno Nacional, y excluyendo los asuntos que excedan el campo laboral, tales como: la estructura organizacional, las plantes de personal, las competencias de dirección, administración y fiscalización del Estado, los procedimientos administrativos, la carrera administrativa y el régimen disciplinario.

¹⁸ “Por el cual se reglamentan los artículos 7 y 8 de la Ley 411 de 1997 en lo relativo a los procedimientos de negociación y solución de controversias con las organizaciones de empleados públicos.”

Posteriormente y ante la necesidad de realizar precisiones en torno al procedimiento de negociación, el **Decreto 160 de 2014**¹⁹ derogó el Decreto 1092 de 2012, y estableció como reglas para la aplicación del procedimiento de negociación: (i) el respeto de la competencia constitucional y legal atribuida a las entidades y autoridades públicas fijadas por la Constitución Política y la ley, (ii) el respeto al presupuesto público o principio de previsión y provisión presupuestal en la ley, ordenanza o acuerdo para la suscripción de los acuerdos colectivos con incidencia económica presupuestal y (iii) la existencia de un sola mesa de negociación y un solo acuerdo colectivo por la entidad o autoridad pública; así mismo, reguló las materias de negociación, reiteró la prohibición, para las entidades públicas, de negociar y concertar en materia prestacional, en consideración a que la única autoridad competente para el asunto es el Presidente de la República, con sujeción a la ley marco, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 150 numeral 19 literal e) de la C.P, y en materia salarial, previó la posibilidad de negociación y concertación, consultando las posibilidades fiscales y presupuestales de las entidades públicas (art.5º).

.- Conclusión. Con fundamento en el Decreto 160 de 2014, la Sala puede afirmar que actualmente los empleados públicos tienen derecho a la negociación colectiva sobre las condiciones de empleo y las relaciones con la administración pública, con las prohibiciones en las materias de negociación, establecidas en el artículo 5. Ahora bien, en los asuntos de orden salarial, el derecho a la negociación se encuentra sujeto a las limitaciones de orden fiscal y presupuestal de las entidades públicas, y en materia prestacional no podrá haber negociación, por tratarse de una competencia exclusiva del

¹⁹ “Por el cual se reglamenta la Ley 411 de 1997 aprobatoria del Convenio 151 de la OIT, en lo relativo a los procedimientos de negociación y solución de controversias con las organizaciones de empleados públicos.”

Presidente de la República con sujeción a la ley, en tal sentido, ha de entenderse que la negociación no es plena, porque la decisión final en materia salarial y prestacional le corresponde adoptarla a las autoridades señaladas por la Constitución y la ley, lo cual no implica la anulación del derecho a la negociación como quedó establecido.

En estas condiciones, para la Sala es evidente que los empleados públicos se encuentran en una situación diferente a la de los trabajadores oficiales y particulares respecto al derecho de negociación de los salarios y prestaciones sociales, toda vez que en la búsqueda de soluciones concertadas y negociadas sobre tales materias, no se puede afectar la facultad que la Constitución Política confiere a las autoridades de fijar unilateralmente las condiciones de empleo. Por lo anterior, los empleados públicos no podrán beneficiarse de las “convenciones colectivas de trabajo” previstas para los trabajadores oficiales y particulares en el derecho colectivo del trabajo; además, el derecho a la “negociación colectiva” de los empleados públicos está sujeto a limitaciones de orden constitucional, como ya se indicó, y su reglamentación se encuentra en el Decreto 160 de 2014 que delimita las materias de negociación con las restricciones constitucionales en los asuntos de competencia exclusiva del Congreso y el Presidente de la República, disposición que sin duda constituye un importante punto de partida para la discusión jurídica doctrinal y jurisprudencial del derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos que pueda llegar a presentarse en el futuro.

3. Caso Concreto

.- **Cuestión Previa:** En relación con las pruebas solicitadas en el recurso de apelación interpuesto por el demandante, dirá la Sala que las mismas fueron decretadas mediante auto del 14 de octubre de 2009 y allegadas por las entidades requeridas, pues obran en el expediente, la hoja de vida del actor, los antecedentes administrativos del acto acusado y las certificaciones laborales solicitadas; en tal sentido, no existe vulneración al debido proceso, toda vez que las pruebas solicitadas en el escrito de demanda, fueron decretadas, practicadas y allegadas al proceso.

3.1. Hechos Probados

.- **Vinculación laboral del actor:** El señor Álvaro Rodríguez Góngora, laboró como Médico General grado 36, en el INSTITUTO DEL SEGURO SOCIAL, en calidad de supernumerario desde el 05 de septiembre de 1991 hasta el 05 de marzo de 1992; en la modalidad de contratista de prestación de servicios desde el 10 de marzo de 1992 al 20 de agosto de 1996, en la modalidad provisional de 30 a agosto de 1996 al 28 de febrero de 1997 y a partir del 01 de marzo de 1997 fue nombrado en la planta de personal del Instituto 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. 235 a 239).

.- 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 la Gerente Seccional del ISS el 13 de enero de 2010 (fs. 239).

.- 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, en calidad de empleado público, a partir del 26 de junio de 2003 (fl. 31 cuaderno anexo de pruebas).

Y mediante **Resolución No. 001756 de 13 de enero de 2005**²⁰ la Empresa Social del Estado Rafael Uribe Uribe le reconoció al actor la suma de \$4'052.527 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, el cual fue notificado el 09 de febrero de 2005, quedando ejecutoriado el 17 de febrero de 2005 (f. 34 c. anexo).

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 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?

²⁰ Folio 35 vuelto cuaderno anexo de pruebas.

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.

Mediante petición de 04 de enero de 2008²¹ el actor solicitó al Gerente de la ESE Rafael Uribe Uribe el reajuste del pago único realizado por concepto de los beneficios convencionales que dejaron de causarse del 26 de junio de 2003 al 31 de octubre de 2004, así como el pago de la totalidad de los beneficios convencionales a partir del 1 de noviembre de 2004 y hasta el 14 de agosto de 2007; igualmente solicitó el reajuste de la liquidación definitiva de prestaciones sociales, la liquidación de las cesantías en forma retroactiva, el pago de intereses a la cesantía, la indemnización por despido, los perjuicios morales y la indemnización moratoria.

²¹ Folios 18 a 20.

Como respuesta a la petición anterior, la Empresa Social del Estado Rafael Uribe Uribe expidió el **oficio ADM -721 de 31 de enero de 2008**²², (cuya nulidad se demanda), a través del cual expresó: **(i)** 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 procedente el reconocimiento de ningún tipo de pago adicional. **(ii)** Aclaró la entidad, que del **pago único** “descontó o compensó” lo que se había pagado al actor por concepto de salarios y prestaciones de ley, y se excluyó lo que de conformidad con la misma no se paga cuando se cancelan prestaciones similares en la Convención Colectiva, de esta manera, se completaron las prestaciones de conformidad con la convención colectiva en cumplimiento de la sentencia de la Corte Constitucional C-314 de 2004, que determinó que los servidores públicos incorporados automáticamente en las ESES se les aplicaría la convención hasta su vigencia. **(iii)** Sobre las cesantías e intereses, indicó 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. **(iv)**

²² Folio 21 a 25.

Manifestó que los incrementos salariales se hicieron de conformidad con los decretos por los cuales se fijan las escalas de asignación básica de los empleados públicos y los correspondientes a prima individual de compensación; (v) en cuanto a la prima de servicios, después del 31 de octubre de 2004 se canceló de conformidad con los artículos 58 y 59 del Decreto 1042 de 1978 y la prima de navidad, de conformidad con el Decreto Ley 3135 de 1968, por lo que concluyó que la ESE está a paz y salvo por todo concepto en cuanto a acreencias laborales.

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. De modo que en el año 2008, 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. 001756 de 13 de enero de 2005²³ por la Empresa Social del Estado Rafael Uribe Uribe por valor de \$ 5'697.641, correspondiente a los derechos derivados de la

²³ Folio 35 vuelto.

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 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, 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. 1811 de 13 de enero de 2010**, visible a folios 235 a 239, el auxilio de cesantías del actor, a junio 25 de 2003 por valor de \$12'919.113, 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.

Sobre 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 el informe de 5 de febrero de 2010²⁴, remitido por el Fondo Nacional del Ahorro, que da cuenta que el ISS efectuó un traslado al FNA de las cesantías que el actor tenía depositadas en el fondo de vivienda y cesantías del ISS, dinero sobre el cual el FNA le reconoció y abonó en cuenta la protección sobre la pérdida

²⁴ Folios 262 a 264.

del valor adquisitivo de la moneda que el mismo generó y fue pagado el 19 de enero de 2007 por la suma de \$14'352.514.

En ese orden, es claro que desde el año 2002 en adelante, las cesantías del actor fueron liquidadas en forma anualizada, sin que el demandante hubiera impugnado o demandado en su debida oportunidad la Resolución No. 01789 de 01 de julio de 2004, por la cual el ISS ordenó trasladar al Fondo Nacional del Ahorro el valor de las cesantías congeladas y consolidadas a 25 de junio de 2003.

Al respecto, resulta necesario precisar que la petición de 04 de enero de 2008²⁵, que dio origen al acto cuya nulidad se demanda, no tenía 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.

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 conclusión, se encuentra demostrado que a partir del 2002, el régimen de liquidación de cesantías del actor era el *anualizado*, motivo por el cual la

²⁵ Folios 18 a 20.

pretensión de reliquidación del auxilio de cesantías retroactivas, no está llamada a prosperar.

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 consignado en el Fondo Nacional del Ahorro, según los extractos de nómina aportados en los folios 262 a 269.

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).

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 Álvaro Rodríguez Góngora 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

CARMELO PERDOMO CUÉTER