



Sentencia 2008-1307 de 2019 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

MAGISTRADO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

Radicado: 05001-23-31-000-2008-1307-01

Nº Interno: 0023-2013

Demandante: Margarita Córdoba Rentería

Demandado: Nación - Ministerio de la Protección Social - Instituto de Seguros Sociales y Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho- Decreto 01 de 1984

Tema: Extensión de beneficios convencionales a empleados públicos

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 1 de agosto de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1 Pretensiones

La señora Margarita Córdoba Rentería, mediante apoderado, acudió a la jurisdicción en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, para solicitar la nulidad de los actos administrativos expedidos por el Apoderado General Liquidador y Representante Legal de la Empresa Social del Estado Rafael Uribe Uribe en Liquidación¹:

- Resolución 1005 del 9 de junio de 2008, que reconoció y ordenó el pago de una liquidación de prestaciones sociales definitivas e indemnización, como consecuencia de su desvinculación por supresión del cargo de auxiliar de servicios asistenciales, código 4056, grado 20, a partir del 30 de mayo de 2008.

- Resolución 674 del 15 de abril de 2008, que reconoció y ordenó el pago de una liquidación de prestaciones sociales definitivas e indemnización, como consecuencia de la desvinculación por supresión del cargo de Auxiliar de Servicios Asistenciales, código 4056, grado 20, desde el 30 de mayo de 2008.

- Resolución 1320 del 14 de julio de 2008, que realizó un ajuste aritmético a la Resolución 674 del 15 de abril de 2008.

Demandó que se inaplique el Decreto 405 de 2007 en cuanto ordenó la supresión de su cargo.

A título de restablecimiento del derecho pidió se ordene su reintegro al cargo que venía desempeñando y el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir, desde el 19 de julio de 2008 hasta que sea vinculada al servicio.

Como pretensiones subsidiarias pidió que se ordene la reliquidación de la indemnización por supresión del cargo y de las prestaciones sociales de conformidad con la Convención Colectiva celebrada entre el Instituto de Seguros Sociales y SINTRASEGURIDADSOCIAL

Igualmente, reclamó el pago de todos los derechos convencionales desde el 1 de noviembre de 2004 hasta el 18 de julio de 2008, a saber, subsidio familiar, auxilio de transporte y alimentación, incremento de salario, vacaciones, dotación de uniformes, cesantías e intereses de cesantías y las primas convencionales.

También pidió que los valores adeudados sean indexados; que se paguen intereses moratorios; que se condene en costas a la parte demandada

y que la sentencia se cumpla en los términos de los artículos 176 y siguientes del Código Contencioso Administrativo.

Los hechos que fundamentan las pretensiones son:

La señora Margarita Córdoba Rentería firmó un contrato de trabajo con el Instituto de Seguros Sociales, desde el 22 de diciembre de 1992, para desempeñarse como Auxiliar de Servicios Asistenciales, y posteriormente, pasó a ser trabajadora oficial.

El 31 de octubre de 2001 el Instituto de Seguros Sociales y SINTRASEGURIDADSOCIAL (Sindicato Nacional de Trabajadores del Seguro Social) celebraron una Convención Colectiva de Trabajo cuya vigencia inicial se prolongó hasta el 31 de octubre de 2004.

El 23 de junio de 2003 el Gobierno Nacional expidió el Decreto 175 que escindió el Instituto de Seguros Sociales y creó, entre otras, la Empresa Social del Estado Rafael Uribe Uribe, y dispuso la incorporación automática si solución de continuidad de los servidores públicos del Instituto de Seguros Social s a las plantas de personal de dichas E.S.E.

La demandante ingresó automáticamente y sin solución de continuidad a la E.S.E. Rafael Uribe Uribe con el carácter de empleada pública, pero conservando los derechos convencionales adquiridos.

A los tres años de creación de la E.S.E. Rafael Uribe Uribe, el Gobierno Nacional expidió los Decretos 3674, 3675 del 19 de octubre de 2006 y 405 el 14 de 2007 para reestructurarla y liquidarla, con lo cual se suprimieron los argos de los funcionarios. En consecuencia, el Apoderado General y Liquidador d la E.S.E. que profirió la Resolución 461 de 2008 le informó a la actora sobre la terminación del vínculo laboral en el cargo de Auxiliar de Servicios Asistenciales, código 4056, grado 20, con intensidad de 8 horas, a partir del 30 de mayo de 2008.

La accionante fue retirada del servicio, pese a que gozaba de estabilidad laboral reforzada dada su calidad de madre cabeza de familia, pues tiene a su cargo un hijo menor de edad.

1.2 Normas violadas y concepto de violación

En la demanda se citan como normas vulneradas las siguientes:

De la Constitución Política, el preámbulo, los artículos 13, 25, 42, 43, 44 y 53.

Del Código Sustantivo del Trabajo, los artículos 467, 478 y 479.

Del Decreto Ley 1750 de 2003, los artículos 17 y 18.

Del Código Contencioso Administrativo, el artículo 85.

De la Ley 82 de 1993, el artículo 2.

En el concepto de violación la parte accionante expuso los siguientes argumentos:

Advirtió que la Ley 790 de 2002 prohibió en el artículo 20 la supresión o liquidación del Instituto de Seguros Sociales, sin embargo, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Ley 1750 de 2003 para escindirlo y crear siete Empresas Sociales del Estado, dividiendo la planta de cargos y transformando la naturaleza jurídica de sus funcionarios que pasaron de ser trabajadores oficiales a empleados públicos.

Sostuvo que la decisión del Gobierno Nacional de escindir el Instituto de Seguros Sociales causó la desmejora de las condiciones de los trabajadores, pues no se les reconocieron los beneficios de la Convención Colectiva de Trabajo, y quienes eran cabeza de familia no fueron reubicados en otra entidad.

Aseveró que, acorde con el artículo 18 del Decreto Ley 1750 de 2003, el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de las Empresas Sociales del Estado creadas sería el propio de los empleados de la rama ejecutiva del orden nacional, y que en todo caso se respetarían los derechos adquiridos.

Adujo que los actos administrativos demandados debieron tener en cuenta la Convención Colectiva de Trabajo porque todavía se encuentra vigente, dada su prórroga automática, resaltando que, según la Corte Constitucional en las sentencias C-314 y C-349 de 2004, la actora "tiene derecho a percibir los beneficios convencionales durante todo el tiempo que la mencionada convención se encuentre vigente".

2. Contestación de la demanda

2.1 Instituto de Seguros Sociales solicitó que se nieguen las pretensiones de la demanda².

Manifestó que la actora ingresó a laborar como trabajadora oficial al Instituto de Seguros Sociales desde el 1 de agosto de 1997, pues anteriormente se había desempeñado como supernumeraria y contratista civil, y que desde el 26 de junio de 2003 fue vinculada automáticamente a la planta de personal de la Empresa Social del Estado Rafael Uribe Uribe.

Advirtió que la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre el Instituto de Seguros Sociales y SINTRASEGURIDADSOCIAL solo estuvo vigente

hasta el 31 de octubre de 2004; resaltando, en todo caso, que los empleados públicos no pueden negociar pliegos de peticiones.

Propuso las excepciones que denominó: falta de jurisdicción y de competencia, falta de legitimidad en la causa por pasiva, inexistencia de relación sustancial entre las partes, inexistencia de la obligación de reintegrar y liquidar las prestaciones sociales y caducidad.

2.2 El Ministerio de la Protección Social se opuso a las pretensiones de la demanda, alegando que no puede asumir las obligaciones de la extinta E.S.E. Rafael Uribe Uribe, puesto que no existe un fundamento legal que lo ordene³.

Indicó que es improcedente la pretensión de reintegro porque la E.S.E. accionada está liquidada.

En cuanto a la aplicación de la Convención Colectiva de Trabajo, aseveró que la E.S.E. Rafael Uribe Uribe no fue parte de aquella, pues cuando se celebró el 31 de octubre de 2001, todavía no había nacido a la vida jurídica; y agregó que los servidores de dicha entidad eran empleados públicos, que no pueden ser beneficiarios de Convenciones Colectivas, como lo dijo la Corte Constitucional, en la sentencia C-314 de 2004.

Expresó que no existió sustitución patronal entre el Instituto de Seguros Sociales y las Empresas Sociales del Estado, creadas a partir de su escisión, ya que se trata de personas jurídicas independientes y autónomas.

Aclaró que la Convención Colectiva del Trabajo solo fue fuente de derechos adquiridos para los servidores incorporados a las Empresas Sociales del Estado, hasta el 31 de octubre de 2004, de modo que no operó la prórroga automática regulada en el artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo, ya que el derecho de denunciarla era una prerrogativa del sindicato de trabajadores del ISS.

Propuso las excepciones que denominó: falta de agotamiento de la vía gubernativa frente al Ministerio de la Protección Social, falta de legitimación en la causa por pasiva e inexistencia de la obligación.

2.3 Fiduagraria como vocera del patrimonio autónomo constituido por la Empresa Social del Estado Rafael Uribe Uribe en Liquidación se opuso a las pretensiones de la demanda⁴.

Destacó que Fiduagraria actúa única y exclusivamente como vocera del patrimonio autónomo constituido por la Empresa Social del Estado Rafael Uribe Uribe, resaltando que no tiene ninguna relación contractual o legal con la parte demandante.

Expuso que lo pretendido por la parte actora supone la existencia de la entidad que en su momento fungió como su empleadora, pasando por alto que el artículo 1 del Decreto 405 de 2007 la liquidó y terminó las relaciones laborales, producto de lo cual se le reconocieron las acreencias presentadas dentro del proceso liquidatorio.

Arguyó que, de conformidad con lo pactado en el contrato de fiducia mercantil, "no existe fundamento alguno que permita afirmar que el patrimonio autónomo Instituido por la Empresa Social del Estado Rafael Uribe Uribe en liquidación y que administra Fiduagraria S.A. deba asumir las responsabilidades que como empleador le hubieren podido corresponder a la extinta Empresa Social del Estado, salvo que mediare mandato o instrucción del Fideicomitente, para ese efecto".

Propuso las excepciones que denominó: falta de competencia, inexistencia de la demandada, inexistencia de relación contractual entre la demandante y Fiduagraria, falta de legitimación en la causa por pasiva, compensación y buena fe.

2.4 El Ministerio de Hacienda y Crédito Público se opuso a las pretensiones de la demanda y solicitó ser desvinculado⁵.

Destacó que el Decreto Ley 1750 de 2003 estableció que los servidores públicos de las Empresas Sociales del Estado son empleados públicos, y que, a Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre el Instituto de Seguro Sociales y SINTRASEGURIDADSOCIAL no puede extenderse a los servidores de la E.S.E., por no estar vinculados al citado instituto.

Expuso que el régimen de liquidación de la E.S.E. Rafael Uribe Uribe fue señalado por el Decreto Ley 254 de 2000, modificado por la Ley 1105 de 2006, y como liquidador fue designada la Fiduciaria La Previsora, mediante contrato que debí firmar con el Ministerio de la Protección Social.

Afirmó que, si bien, el Decreto 2605 de 2008 dispuso que la Nación asumió las obligaciones laborales insolutas de la E.S.E. Rafael Uribe Uribe, aquéllas se limitaron a las reconocidas por el liquidador propias de los empleados públicos de la rama ejecutiva del nivel nacional, quedando excluidas las de carácter convencional pues no son beneficiarios de las convenciones colectivas de trabajo.

Propuso las excepciones que denominó: inexistencia de la relación laboral entre la demandante y el Ministerio de Hacienda; falta de legitimación en la causa por pasiva, la convención colectiva de trabajo es un contrato bilateral y consensual que solo obliga a las partes que lo suscribieron; el campo de aplicación de la convención colectiva es expreso, limitado y restrictivo; no existió sustitución patronal del Instituto de Seguros Sociales a la Empresas Sociales del Estado; el régimen de cesantías era anualizado; inexistencia de la indemnización moratoria; imposibilidad de reintegro, prescripción y pago.

3. La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Antioquia declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva del Instituto de Seguros Sociales y negó las

pretensiones de la demanda⁶.

Explicó que no existe fundamento para decretar la nulidad de los actos administrativos demandados, toda vez que el retiro del servicio de la actora, en su calidad de empleada pública de la Empresa Social del Estado Rafael Uribe Uribe, obedeció a la racionalización de los recursos y al aseguramiento de la viabilidad financiera de la entidad.

Adujo que no se violaron los derechos laborales de la demandante, ya que el artículo 19 del Decreto 1750 de 2003 determinó que los servidores del Instituto de Seguros Sociales incorporados como empleados públicos a la planta de personal de las Empresas Sociales del Estado, tenían derecho a acceder a la carrera administrativa mediante un proceso de selección, pero que mientras estuvieran en provisionalidad, solo podrían ser retirados del cargo por causales señalada en el artículo 37 de la Ley 443 de 1998 o por supresión del cargo.

Sostuvo que la E.S.E. Rafael Uribe Uribe retiró del servicio a la accionante por la supresión y liquidación de la entidad, por ende, fue indemnizada, en los términos del artículo 14 del Decreto 405 de 2007.

En cuanto a la calidad de la actora de madre cabeza de familia, precisó que efectivamente para su fecha de desvinculación de la E.S.E. tenía un hijo menor de edad, que estaba a su cargo por ser madre soltera. Sin embargo, dijo que como la actora laboró hasta el 18 de julio de 2008, su desvinculación respetó la ley, teniendo en cuenta lo considerado por la Corte Constitucional en la sentencia -034 de 2010, donde se indicó que la protección del retén social se prolonga hasta la liquidación definitiva de la entidad.

Por otra parte, expuso que los empleados públicos tienen el derecho fundamental a la negociación colectiva pero no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas, porque su régimen prestacional y salarial es de orden legal y reglamentario.

En este sentido afirmó que, según la Corte Constitucional en las sentencias C-314 y 349 de 2004, los beneficios derivados de la Convención Colectiva e Trabajo del Instituto de Seguros Sociales conservaron su vigencia hasta el 31 de octubre de 2004; así, después de esta fecha "ningún beneficio convencional puede derivarse para los servidores públicos que fueron incorporados a las Empresas Sociales del Estado y que venían amparados por una Convención Colectiva de Trabajo (...) por cuanto dichos servidores pertenecían a otras entidades en las cuales no era posible celebrar o ser beneficiarios de convenciones colectivas, dada su nueva calidad de empleados públicos".

Así las cosas, destacó que a la demandante no se le puede aplicar a Convención Colectiva de Trabajo después del vencimiento de su plazo, porque en razón de la escisión del Instituto de Seguros Sociales y la creación de las empresas sociales del Estado, mediante el Decreto Ley 1750 de 2003, pasó automáticamente a la planta de personal de la E.S.E. Rafael Uribe Uribe, en calidad de empleada pública, condición en la que no podía ser titular de derechos convencionales.

Aclaró que los derechos adquiridos de la demandante de origen convencional causados hasta el 31 de octubre de 2004, fueron atendidos por la E.S.E. Rafael Uribe Uribe, mediante la Resolución 0047 del 13 de enero de 2005.

Añadió que la indemnización por supresión del cargo se sometió a la tabla del artículo 14 del Decreto 405 de 2007, dado que la liquidación definitiva de la E.S.E. se dio el 18 de julio de 2008, fecha para la que ya no estaba vigente la Convención Colectiva de Trabajo.

4. Recurso de apelación

Parte actora

La demandante solicita que se revoque la sentencia de primera instancia⁷.

Afirmó que no comparte la decisión del A quo en cuanto sostuvo que, para la fecha de su desvinculación, el 18 de julio de 2008, la Convención Colectiva de Trabajo no estaba vigente, y que por ese motivo no le era aplicable el artículo 5 ídem. Al respecto sostuvo que este argumento desconoce la Constitución Política y las sentencias de la Corte Constitucional T-166 de 2008, T-1239 de 2008, T-089 de 2009 y C-349 de 2004.

Aseveró que la Corte Constitucional no limitó la vigencia de la Convención Colectiva de Trabajo al 31 de octubre de 2004 pues se ha prorrogado automáticamente; y, además extendió su aplicación a los empleados públicos incorporados a las Empresas Sociales del Estado con ocasión de la escisión del Instituto de Seguros Sociales. En este sentido, explicó que los pronunciamientos de la Corte Constitucional son vinculantes para las demás autoridades judiciales.

Indicó que no se analizaron los vicios endilgados contra los actos administrativos demandados, por haber sido expedidos irregularmente, mediante falsa motivación, con error en el objeto y desviación de poder, en la medida que no debió aplicarse el artículo 14 del Decreto 405 de 2007, sino el 5 de la Convención Colectiva de Trabajo, y toda vez que el Gobierno Nacional se inventó la tabla indemnizatoria del citado decreto, con lo cual desconoció los derechos convencionales de la demandante.

Aseveró que el Tribunal pasó por alto que los actos acusados desconocieron los artículos 13, 21, 65, 467, 478 y 479 del Código Sustantivo del Trabajo y la Convención Colectiva de Trabajo.

En este orden de ideas, resaltó que el Decreto 405 de 2007 creó una tabla indemnizatoria que no era aplicable a la demandante por su despido, sino que, la administración debió acudir a la indemnización regulada en el artículo 5 convencional, que equivale a 105 días de salario por año de

antigüedad contados a partir del segundo año.

Resaltó que la actora debió recibir el mismo trato de los exfuncionarios retirados por el Instituto de Seguros Sociales en diciembre de 2005, como en el caso del señor Germán Efrén Sarmiento Rodríguez "a quien el ISS el 7 de diciembre de 2005 le reconoció mediante una audiencia de conciliación una indemnización equivalente a 105 días por los años subsiguientes al primero".

Explicó que los actos demandados están viciados por falsa motivación, comoquiera que son ilegales los motivos de la entidad accionada, pues insiste, en que la indemnización debió someterse a las normas convencionales.

Hizo énfasis en que la demandante fue despedida sin tener en cuenta que era madre cabeza de familia, advirtiendo que, si en la sentencia apelada no se ordenó su reintegro por este hecho, debió disponerse la reliquidación de la indemnización.

5. Alegatos de conclusión

5.1 La parte actora no se pronunció.

5.2 El Ministerio de Salud y Protección Social solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia; reiteró los argumentos de la contestación de la demanda y adujo que dicha Cartera Ministerial no es responsable de las actuaciones administrativas de las Empresas Sociales del Estado, pues son entidades públicas descentralizadas del nivel nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio adscritas al Ministerio de la Protección Social⁸.

6. El Ministerio Público

La Procuraduría Tercera Delegada ante el Consejo de Estado solicitó que se confirme la sentencia que negó las pretensiones de la demanda⁹.

Anotó que el Decreto 1750 de 2003 estableció el cambio de régimen laboral de los trabajadores del Instituto de Seguros Sociales, a quienes se les mantuvo la vinculación no como trabajadores oficiales, sino como empleados públicos. Por ello, los derechos convencionales fueron reconocidos hasta el 31 de octubre de 2004, fecha de terminación de la vigencia de la Convención Colectiva firmada entre SINTRASEGURIDADSOCIAL y el ISS; de modo que no era posible prorrogar los efectos de la Convención porque el sector salud fue escindido del ISS, con lo cual el capital humano pasó a otras instituciones

Resaltó que los ex trabajadores del ISS incorporados como empleados públicos a las E.S.E. no tenían un derecho adquirido a la prórroga automática de la Convención Colectiva de Trabajo, en los términos del artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo.

Expresó que las cláusulas convencionales no son aplicables a la accionante en razón de su vínculo legal y reglamentario con la administración.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

El presente asunto que se rige por el Decreto 01 de 1984 es competencia de esta Corporación de conformidad con lo establecido en el artículo 129 ídem, según el cual el Consejo de Estado conoce en segunda instancia de las apelaciones contra las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos.

2. Cuestión previa

La representante legal de FIDUPREVISORA mediante escrito allegado en la etapa de fallo solicita la desvinculación dentro del proceso de la referencia por falta de legitimación en la causa por pasiva. Indica que tiene la calidad de cesionaria del contrato de fiducia mercantil, y por tal motivo le fue entregada la administración del patrimonio autónomo de remanentes de la Empresa Social del Estado Rafael Uribe Uribe en liquidación, sin embargo, no es cesionaria de las obligaciones a cargo del fideicomitente.

Sobre esta petición se precisa que las Resoluciones 674 del 15 de abril de 2008, 1005 del 9 de junio de 2008 y 1320 del 14 de julio de 2008, fueron expedidas por FIDUPREVISORA como liquidador de la empresa social del estado Rafael Uribe Uribe en liquidación, por este motivo sí está llamada a comparecer este proceso para defender su legalidad¹⁰

3. Problema jurídico

Corresponde a la Sala establecer si en los términos del recurso de apelación presentado por la parte actora, procede revocar la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda. Para el efecto se analizará si la accionante tiene derecho al reconocimiento de los beneficios de la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL al haber sido trabajadora oficial del Instituto de Seguros Sociales y posteriormente, incorporada como empleada pública a la Empresa Social del Estado Rafael Uribe Uribe.

Para resolver el problema jurídico la Sala abordará los siguientes temas: 3.1 Derechos convencionales y empleados públicos de las Empresas Sociales del Estado incorporados automáticamente, en virtud del Decreto 1750 de 2003; 3.2 Hechos probados; y 3.3 Caso concreto

3.1 Derechos convencionales y empleados públicos de las Empresas Sociales del Estado incorporados automáticamente en virtud del Decreto 1750 de 2003

La Corte Constitucional y esta Corporación han reconocido solo por el término de la vigencia inicial de la Convención Colectiva de Trabajo la extensión de los derechos previstos en ésta a los empleados públicos incorporados automáticamente a las Empresas Sociales del Estado que venían de ser trabajadores oficiales del Instituto de Seguros Sociales, el cual fue escindido para crear las E.S.E. En efecto, los artículos 1, 2 y 17 del Decreto 1750 de 2003 "Por el cual se escinde el Instituto de Seguros Sociales y se crean unas Empresas Sociales del Estado" señalan:

"ARTÍCULO 1. ESCISIÓN. Escíndese del Instituto de Seguros Sociales la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud, todas las Clínicas y todos los Centros de Atención Ambulatoria.

ARTÍCULO 2. CREACIÓN DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO. Créanse las siguientes Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada del nivel nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscritas al Ministerio de la Protección Social, y cuyas denominaciones son: (...)

ARTÍCULO 17. CONTINUIDAD DE LA RELACIÓN. Los servidores públicos que a la entrada en vigencia del presente decreto se encontraban vinculados a la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud, a las Clínicas y a los Centros de Atención Ambulatoria del Instituto de Seguros Sociales, quedarán automáticamente incorporados, sin solución de continuidad. en la planta de personal de las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto. Los servidores que sin ser directivos desempeñen funciones de mantenimiento de la planta física hospitalaria y de servicios generales conservarán la calidad de trabajadores oficiales, sin solución de continuidad".

La Corte Constitucional al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 16¹¹ y 18¹² (parcial) del Decreto Ley 1750 de 2003, declaró mediante sentencia C-314¹³ del 1 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 1 del artículo 18.

En la motivación de dicha decisión, la Corte Constitucional estudió la presunta afectación de los derechos adquiridos de los trabajadores oficiales del Instituto de Seguro Social, beneficiarios de la Convención Colectiva de Trabajo, al pasar a ser empleados públicos de las Empresas Sociales del Estado, dadas las limitaciones que el derecho colectivo del trabajo ha impuesto para esta clase de servidores. Sobre el particular, sostuvo:

"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"¹⁴

En este orden, la Corte Constitucional en la citada sentencia C-314 de 2004 afirmó que la imposibilidad de presentar una Convención Colectiva de Trabajo no constituye un desconocimiento de los derechos adquiridos de quienes eran trabajadores oficiales y fueron incorporados automáticamente como empleados públicos en las Empresas Sociales del Estado.

Igualmente, la Corte Constitucional en la sentencia C-349 de 2004¹⁵ 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 Corle declarará su exequibilidad bajo el entendido que se respeten dichos derechos adquiridos ¹⁶" (subrayado fuera del texto original).

A su turno, esta Sala ha señalado que no son aplicables las Convenciones Colectivas a los empleados públicos que previamente fueron trabajadores oficiales, así:

"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 41617 del C.S. T. que consagra la prohibición de extender cláusulas convencionales a los empleados públicos, calidad que tal y como quedó demostrado, ostentó la actora.

De igual manera, no sobra advertir, que aun aceptándose el argumento de la "reincorporación al servicio de la actora", ello no es garantía de que las cláusulas convencionales le resulten aplicables, máxime cuando dicha reincorporación procuró mantener la continuidad de la relación, pero cambió la naturaleza del empleo. Cambio que impide, como ya se dijo, que las garantías convencionales se le apliquen a quienes antes de dicha reincorporación ostentaban a 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 empleado 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 Política¹⁸".

En síntesis, los beneficios derivados de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el Instituto de Seguros Sociales y el sindicato de trabajadores SINTRASEGURIDADSOCIAL, se extendieron hasta el 31 de octubre de 2004, fecha en que culminó su vigencia, para los empleados públicos incorporados automáticamente en las Empresas Sociales del Estado, creada luego de la escisión del Instituto de Seguros Sociales.

3.2 Hechos probados relevantes

-Convención Colectiva de Trabajo

El Instituto de Seguros Sociales celebró una Convención Colectiva de Trabajo, con la organización sindical SINTRASEGURIDADSOCIAL, la cual tuvo una vigencia de 3 años, a partir del 1 de noviembre de 2001 hasta el 31 de octubre de 2004 (artículo 2)¹⁹.

-Vinculación laboral

Según el certificado expedido por la Coordinadora de Talento Humano de la E.S.E. Rafael Uribe Uribe en Liquidación, Fiduprevisora S.A. Liquidadora, la señora Margarita Córdoba Rentería laboró en el Instituto de Seguros Sociales desde el 22 de diciembre de 1992 hasta el 25 de junio de 2003, y a partir del 26 de junio hasta el 18 de julio de 2008 estuvo vinculada en la Empresa Social del Estado Rafael Uribe Uribe en Liquidación, como empleada pública en el cargo de Auxiliar de Servicios Asistenciales²⁰.

-Reconocimiento de prestaciones sociales e indemnización por supresión del cargo

En la Resolución 0047 del 13 de enero de 2005 el Gerente de la Empresa Social del Estado Rafael Uribe Uribe, realizó a la actora un solo pago "por el valor de \$6.541.433 correspondiente a aquello que dicho empleado público dejó de percibir entre las fechas antes indicadas [26 de junio de 2003 y 31 de octubre de 2004], como consecuencia de la transformación de la naturaleza del vínculo que la une con la administración"²¹.

Mediante las Resoluciones N° 674 del 15 de abril de 2008, 1005 del 9 de junio de 2008 y 1320 del 14 de julio de 2008 el apoderado liquidador FIDUPREVISORA S.A. y representante legal de la Empresa Social del Estado Rafael Uribe Uribe en liquidación reconoció y ordenó el pago a la señora Margarita Córdoba Rentería de las prestaciones sociales definitivas e indemnización por la supresión del cargo de Auxiliar de Servicios Asistenciales, código 4056, grado 20, con fundamento en el artículo 14 del Decreto 405 del 14 de febrero de 2007²².

3.3 Caso concreto

En el sub lite la actora pretende la nulidad de los actos administrativos que liquidaron sus prestaciones sociales y la indemnización por supresión del cargo de Auxiliar de Servicios Asistenciales, Código 4056, grado 20 que desempeñaba en la Empresa Social del Estado Rafael Uribe Uribe. La demandante alega que tiene una protección especial en su condición de madre cabeza de familia y que tenía derecho al reintegro y pago de los emolumentos previstos en la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre el Instituto de Seguros Sociales y SINTRASEGURIDADSOCIAL.

El Tribunal Administrativo de Antioquia negó las pretensiones de la demanda con fundamento porque no se desconoció la protección especial de que gozaba la actora, consistente en permanecer en la Empresa Social del Estado hasta que terminara su liquidación. Frente a la aplicación de la Convención Colectiva de Trabajo advirtió que la demandante al ser incorporada en la planta de personal de la Empresa Social del Estado Rafael Uribe Uribe como empleada pública no tenía derecho a las prerrogativas de la Convención Colectiva de Trabajo, cuya vigencia terminó el 31 de octubre de 2004.

Inconforme con esta decisión, la accionante interpuso recurso de apelación contra la providencia de primera instancia, alegando que la

Convención Colectiva de Trabajo estaba vigente para la fecha de supresión del cargo, porque se prorrogó automáticamente. Precisó que tiene derecho al pago de la indemnización regulada en el artículo 5 de la Convención, de modo que no debió aplicársele el artículo 14 del Decreto 405 de 2007. Advirtió que fue despedida pese a ser madre cabeza de familia.

Sentado el objeto del recurso de apelación, la Sala precisa que la accionante fue trabajadora oficial del 22 de diciembre de 1992 al 25 de junio de 2003 en el Instituto de Seguros Sociales, como lo acredita el certificado expedido por el jefe de departamento de Recursos Humanos visible a folio 70 del cuaderno anexo. Y, con ocasión del artículo 17 Decreto 1750 de 2003 fue incorporada automáticamente como empleada pública en las Empresas Sociales del Estado escindidas del Instituto de Seguros Sociales.

Por tal razón, la demandante pasó a ser empleada pública de la Empresa Social del Estado Rafael Uribe Uribe, sin embargo, su cargo se suprimió a liquidarse la referida entidad, por ello, prestó sus servicios hasta el 18 de julio de 2008, según lo indica la Resolución N° 1320 del 14 de julio de 2008.

En los actos administrativos demandados, el liquidador y representante legal de la Empresa Social del Estado Rafael Uribe Uribe reconoció y ordenó el pago a la interesada de las prestaciones sociales y la indemnización por supresión del cargo, con fundamento en el artículo 14 del Decreto 405 del 14 de febrero de 2007.

Ahora bien, la vigencia inicial de la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL fue del 1 de noviembre de 2001 hasta el 31 de octubre de 2004 (artículo 2). Por tal motivo, para el año 2008 cuando se expedieron los actos administrativos demandados que reconocieron las prestaciones sociales e indemnización a la señora Margarita Córdoba Poveda, ya no estaba vigente la referida convención.

Aclarado esto, se resalta que la Corte Constitucional en las sentencias C-314 y C-349 de 2004²³, afirmó que el cambio de naturaleza jurídica de los cargos, de quienes pasaron de ser trabajadores oficiales a empleados públicos en razón de la escisión del Instituto de Seguros Sociales, no justificaba el desconocimiento de los derechos adquiridos en materia salarial y prestacional; postura jurisprudencial que se comparte, en el entendido que la protección de los derechos adquiridos solo abarca la vigencia de la Convención Colectiva que fue hasta el 31 de octubre de 2004, pues más allá de esta fecha no pueden hacerse extensivos los beneficios convencionales a quienes pasaron a ostentar la calidad de empleados públicos, ya que su régimen salarial y prestacional no es convencional sino de creación legal y reglamentaria.

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 prorrogarse de manera indefinida y absoluta, hasta el punto de incidir en la indemnización por supresión del cargo y la liquidación de las acreencias salariales y prestaciones ordenada en el año 2008, pues el reconocimiento de las prerrogativas convencionales está limitada por la vigencia de la Convención que culminó el 31 de octubre de 2004²⁴.

Además, la prórroga automática de la Convención Colectiva prevista en el artículo 478 del CST no cubre a la actora, dado que a partir del 26 de junio de 2003 con su nueva condición de empleada pública de la Empresa Social del Estado Rafael Uribe Uribe no podía beneficiarse de las disposiciones del derecho colectivo del trabajo, pues la vigencia inicial de la convención colectiva del trabajo precluyó el 31 de octubre de 2004, habiéndose suscrito el 1 de noviembre de 2001 cuando la accionante era trabajadora oficial del Instituto de Seguros Sociales.

Lo anterior, considerando que en razón de la mutación de la naturaleza jurídica de la vinculación laboral de los trabajadores oficiales que pasaron a ser empleados públicos incorporados a la planta de personal de una Empresa Social del Estado, no son aplicables las disposiciones del derecho colectivo del trabajo y, por tanto, éstos últimos no pueden válidamente invocar la prórroga automática de la Convención a que hace mención el artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo, según el cual si dentro de los 60 días anteriores al vencimiento de su término de expiración las partes o una de ellas no hubiere manifestado por escrito su voluntad de darla por terminada, la Convención se entiende prorrogada por períodos sucesivos de seis meses en seis meses. Tampoco se puede acudir a la denuncia de la Convención por ser empleados públicos y estar vinculados a una entidad pública diferente a la que suscribió la Convención Colectiva que se pretende siga siendo aplicable.

En cuanto al retén social que invoca la parte actora dada su calidad de madre cabeza de familia, esta Subsección ha precisado que dicha protección del empleo se prolonga hasta la liquidación definitiva de la entidad, como ocurrió en el sub lite. En efecto, dijo esta Corporación:

"La demandante afirma que tiene derecho a ser reintegrada al servicio público por cuanto se trata de una madre cabeza de familia y, por lo tanto, se le debe garantizar la estabilidad en el empleo, situación que se encuentra prevista tanto en el artículo 5º de la Convención Colectiva como en la Ley 790 de 2002.

Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que la supresión de empleos constituye una causa legal de retiro del servicio de los empleados de sector público, que se encuentra justificada por la necesidad de adecuar las plantas de personal de las entidades públicas a los requerimientos del servicio para hacer más ágil, eficaz y eficiente la función que deben cumplir, entre otros.

Ahora bien, respecto de la protección especial a las madres cabeza de familia, 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", en su artículo 12, dispuso:

"ARTÍCULO 12. PROTECCIÓN ESPECIAL. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de

servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley. "

Posteriormente, la Ley 812 de 2003, a través de la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su artículo 8º precisó que la protección consagrada en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 se extendería hasta el 31 de enero de 2004, salvo en lo relacionado con los servidores próximos a pensionarse cuya garantía debería respetarse hasta el reconocimiento de la pensión de jubilación o vejez. Entonces, la referida disposición derogó tácitamente la Ley 790 de 2002, en lo atinente a la limitación temporal en la aplicación del beneficio establecido en el artículo 12 antes mencionado²⁵.

Sin embargo, la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-991 de 2004, determinó que el trato diferencial que establecía dicha norma entre sujetos de especial protección constitucional, vulneraba el artículo 13 de la Constitución y generaba un retroceso respecto de lo estipulado por la Ley 790 de 2002, por lo cual se declaró inexecutable la limitación temporal en ella establecida, que afectaba a las madres cabeza de familia y a los discapacitados. A partir de tal pronunciamiento, la Corte Constitucional ha expresado que la protección del retén social se prolonga "hasta la liquidación definitiva de la entidad"²⁶ Como consecuencia de los anteriores razonamientos, en un caso con contornos similares al presente, dicha Corporación indicó que no era posible ordenar el reintegro deprecado en consideración a que la entidad "se extinguió definitiva y totalmente el 6 de noviembre de 2009"²⁷⁻²⁸.

Por las anteriores razones se debe confirmar la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, al no haberse probado los vicios de expedición irregular, desviación de poder y falsa motivación, en la medida que, se insiste, la actora no tiene derecho a los beneficios convencionales, ni al reintegro, ya que la entidad fue liquidada definitivamente.

III. DECISIÓN

Hechas estas consideraciones, la Sala confirmará la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia 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

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia del 1 de agosto de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que negó las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO. - RECONOCER personería al abogado Raúl Alejandro Contreras para representar al Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación, de conformidad con el poder visible a folio 715; y aceptar la renuncia a éste, según el escrito que obra a folio 736.

TERCERO. - ACEPTAR la renuncia al poder presentada por el abogado Samir Bercedo Páez Suárez, según el escrito visible a folio 733.

CUARTO. - Sin lugar a condena en costas en las dos instancias.

Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CESAR PALOMINO CORTES

SANDRA LISSET IBARRA

CARMELO PERDOMO CUÉTER

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1 Folios 59-87 y 195-202

2 Folios 150- 164

3 Folios 165-183

4 Folios 329-341

5 Folios 395-404

6 Folios 631-651

7 Folios 653-666

8 Folios 690-692

9 Folios 694-708

10. Este mismo criterio fue expuesto en la sentencia del 22 de agosto de 2013, Sección Segunda, Subsección A. Magistrado Ponente, Alfonso Vargas Rincón, proceso con radicado 17001-23-31-000-2009-00147 -01 (2570-12)

11 Artículo 16. Carácter de los servidores. Para todos los efectos legales. los servidores de las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto serán empleados públicos salvo los que sin ser directivos. desempeñen funciones de mantenimiento de la planta física hospitalaria y de servicios generales. quienes serán trabajadores oficiales. Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia c-314 de 2004.

12 Artículo 18. Del régimen de Salarios y Prestaciones. El Régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto será el propio de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional. En todo caso se respetarán los derechos adquiridos. Se tendrán como derechos adquiridos en materia prestacional las situaciones jurídicas consolidadas, es decir. aquellas prestaciones sociales causadas. así como las que hayan ingresado al patrimonio del servidor las cuales no podrán ser afectadas. Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia c-314 de 2004; el otro texto del inciso se declaró EXEQUIBLE de manera condicionada.

13. Magistrado Ponente, Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

14. C-314 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

15. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

16. Referencia: expediente D-4844 Actores: Saúl Peña Sánchez y otros. Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra " 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, aun 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.

18. Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 1o de julio de 2009, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, proceso con radicado 17001-23-31-000-2004-00359 -01.

19. Folios 250-321

20. Folio 70 del cuaderno anexo

21. Folio 121 del cuaderno anexo

22. Folios 4-22

23. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

24. En este mismo sentido se pueden consultar las sentencias del 15 de octubre de 2015, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, proceso con radicado 76001-23-31-000-2010-01683-01 y del 28 de agosto de 2015, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, proceso con radicado 05001-23-31-000-2008-00774-01.

25 Ver sentencia C-991 de 2004, entre otras.

26 Ver sentencias T-1239 y T-1166 de 2008.

27 T-034 de 2010, M P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

28 Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 5 de julio de 2012, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, proceso con radicado 05001-23-31-000-2008-01068-01 (0173-12)