



FOLIOS 425-434  
C-3  
SIGCMA

Cartagena de Indias D.T y C., diecinueve (19) de Diciembre de dos mil diecisiete (2017)

<b>Acción</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>Radicado</b>	<b>13-001-23-31-000-2007-00096-00</b>
<b>Demandante</b>	<b>PEDRO BOSSIO FORERO</b>
<b>Demandado</b>	<b>E.S.E JOSE PRUDENCIO PADILLA EN LIQUIDACIÓN Y LA NACIÓN - MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL</b>
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ</b>
<b>Tema</b>	<i>Reliquidación de prestaciones sociales e indemnización con fundamento en la Convención Colectiva de Trabajo</i>

**I.- PRONUNCIAMIENTO**

Procede esta Sala de decisión, a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso de acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en el que se discute la legalidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. THLPS-EP No. 000784 de octubre 30 de 2006, por medio del cual se reconoció y ordenó el pago de una indemnización por desvinculación.

**II.- ANTECEDENTES**

**2.1. Demandante**

La presente acción fue instaurada por PEDRO BOSSIO FORERO., por conducto de apoderado judicial.

**2.2.- Demandado**

La acción está dirigida en contra de la E.S.E JOSÉ PRUDENCIO PADILLA EN LIQUIDACIÓN Y LA NACIÓN - MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL (incluido mediante reforma de la demanda)

**2.3. La demanda<sup>1</sup>.**

**2.3.1. Pretensiones**

**PRIMERO:** Que se declare la nulidad de la Resolución THLPS-EP No. 000784 de octubre 30 de 2006, notificada el 3 de noviembre de 2006, "por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de prestaciones sociales y otras acreencias laborales a la vez que es liquidada, reconocida y ordenada pagar

<sup>1</sup> Folios 1-17 c/no 1 y reforma a la demanda folio 188-190





*la indemnización e indemnización por desvinculación de la Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla en Liquidación"*

**SEGUNDA:** Que como consecuencia de la anterior, y a título de restablecimiento se reliquide y pague al señor PEDRO BOSSIO FORERO la indemnización por supresión del cargo, las prestaciones sociales y demás acreencias laborales, con base en lo siguiente:

2.1 Que la liquidación por supresión del cargo, se haga conforme al art. 5 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y SINTRASEGURIDADSOCIAL, considerando lo establecido en el artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con la sentencia C 314 de 2004, proferida por la Corte Constitucional.

2.2 Que la liquidación de las prestaciones sociales y otras acreencias laborales, se haga conforme a lo establecido en el título tercero y quinto de la Convención Colectiva de Trabajo enunciadas, incluyendo las causadas y no pagadas desde el 1ro de noviembre de 2004, tal y como se argumenta en la presente demanda.

**TERCERA:** Que se condene en costas a la parte demandada.

### **2.3.2 Hechos**

El apoderado de la demandante, sostiene que el señor PEDRO BOSSIO FORERO, desde el día 9 de noviembre de 1987, se encontraba vinculando al Seguros Sociales, en calidad de trabajador oficial, prestando sus servicios en la Clínica Enrique de la Vega de la ciudad de Cartagena.

Agrega que, en su calidad de trabajador oficial, percibía los beneficios de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y SINTRASEGURIDADSOCIAL.

Que, el Presidente de la República profirió el Decreto 1750 de 2003 mediante el cual se escinde el Instituto de Seguros Sociales y se crean unas Empresas Sociales del Estado entre ellas la ESE José Prudencio Padilla, a la cual fue vinculado automáticamente el actor, sin solución de continuidad, entablándose su dependencia laboral a partir del 26 de junio de 2003.

Expone que la Corte Constitucional, en sentencia C 314 de 2004, declaró inexecutable el art. 18 del Decreto 1750 de 2003 en cuanto a 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"; sin embargo, la referida providencia explica que los empleados podrán seguir disfrutando de los beneficios convencionales mientras los mismos mantengan su vigencia y seguir cobijados por los regímenes de transición pensiones durante ese mismo lapso.*

Añade, que la Convención Colectiva suscrita entre el ISS y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social – SINTRASEGURIDADSOCIAL, fue celebrada para el periodo del 1ro de noviembre de 2001 al 31 de octubre de 2004; que la misma no fue denunciada por ninguna de las partes, dentro del término dispuesto en el CST, por lo cual ésta se prorrogó automáticamente por un periodo de 6 meses y así sucesivamente.

Sostiene, que de acuerdo con la sentencia C - 314 y C - 349 del 2004, en concordancia con lo establecido en los art. 478- y 479 del CST, se concluye lo siguiente:

- El señor PEDRO BOSSIO FORERO, fue incorporado automáticamente, sin solución de continuidad, en la planta de personal de la ESE JOSÉ PRUDENCIO PADILLA, creada en el año 2003, donde continuó prestando sus servicios a la UNIDAD HOSPITALARIA ENRIQUE DE LA VEGA – CARTAGENA, siendo éste último el lugar donde prestó sus servicios.
- Que el señor PEDRO BOSSIO FORERO continuó recibiendo los beneficios de la Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social – SINTRASEGURIDADSOCIAL hasta el 26 de junio de 2003, fecha de escisión del mencionado ISS.
- Que por lo anterior, el demandante sigue siendo beneficiario de la convención colectiva y por lo tanto a la fecha de supresión de la ESE JOSÉ PRUDENCIO PADILLA éste tenía derecho a tales beneficios.

Agrega, que desde el 26 de junio de 2003, la ESE JOSÉ PRUDENCIO PADILLA dejó de pagar los beneficios de la convención colectiva; sin embargo, mediante Resolución del 5 de enero de 2005 dicha entidad reconoció el pago de los beneficios de la convención desde el 26 de junio de 2003 al 31 de octubre de 2004, por una sola vez; dando una interpretación errónea a la sentencia C - 314 de 2004.

Desde el 1ro de noviembre de 2004 la ESE JOSÉ PRUDENCIO PADILLA no ha reconocido ni pagado los beneficios de la convención colectiva.



Manifiesta que, por decisión del Gobierno Nacional y mediante Decreto 775 del 16 de marzo de 2006, se modificó la estructura de la ESE JOSÉ PRUDENCIO PADILLA, y se estableció la tabla de indemnizaciones a que tenían derecho los empleados públicos, cuyos cargos fueran suprimidos; sin embargo esa tabla no es aplicable al accionante, sino lo dispuesto en la convención colectiva.

El 29 de julio de 2006, mediante Decreto 2505, fue ordenada la supresión y liquidación de la ESE José Prudencio Padilla, a la que venía vinculado el accionante, en el cargo de Medico código 3085 grado 21.

Afirma que mediante Resolución THLPS-EP No. 000784 de octubre 30 de 2006 se liquidó y ordenó el pago de prestaciones sociales e indemnización por la desvinculación; pero que dicho acto es ilegal porque se fundamentó en la tabla de indemnizaciones del Decreto 775 del 16 de 2006 y no en la convención colectiva, además la liquidación de las prestaciones sociales tampoco está conforme a la convención.

### **2.3.3. Normas violadas y concepto de la violación**

La parte demandante considera violadas las siguientes normas:

- Constitución Política. Artículos 25 y 53.
- Código Sustantivo del Trabajo. Artículos 467, 478 y 479.
- Sentencia C- 314 de 2004, Corte Constitucional.

Del concepto de la violación expuesto por la parte demandante se puede destacar lo siguiente:

Afirma que, los actos administrativos demandados se profirieron con base en una falsa motivación, la cual se observa concretamente en el desconocimiento de la Convención Colectiva de que es beneficiario el actor.

Sostiene que, de las sentencias C-314 y C-349 de 2004 se desprende que la demandante tiene derecho a que la indemnización por supresión del cargo y la liquidación de las prestaciones sociales y otros derechos laborales se haga conforme a lo establecido en la Convención Colectiva, que como se mencionó, se encontraba vigente al momento de supresión del cargo y aún lo está, debido a la prórroga automática de la Convención.

Agrega que los actos administrativos son arbitrarios al determinar la forma en que se pagaría la indemnización por supresión del cargo y la liquidación de las prestaciones sociales y otras acreencias laborales, sin tener en cuenta que



el señor PEDRO BOSSIO FORERO es beneficiaria de la Convención Colectiva de Trabajo y por lo tanto, dichos actos debieron expedirse en observancia de lo establecido en dicha convención, reconociendo además, el pago de los beneficios convencionales causados desde el 1º de noviembre de 2004, hasta este momento no han sido pagados.

## **2.4 Contestación**

### **2.4.1 Ministerio de la protección Social - E.S.E José Prudencio Padilla<sup>2</sup>**

Por medio de escrito del 16 de febrero de 2010, el apoderado de la entidad accionada, dio contestación a la demanda manifestando su oposición a las pretensiones del actor, con fundamento en lo siguiente:

Mediante la Ley 90 de 1946 se creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, el cual más adelante, de acuerdo con el Decreto 2148 del 30 de diciembre de 1992, comenzó a funcionar como una empresa industrial y comercial del Estado, del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, vinculada al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Finalmente a través del Decreto 1750 de 2003, en el marco del Programa de Renovación de la Administración Pública, se escindió del Instituto de Seguros Sociales - Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud, todas las clínicas y centros de atención ambulatoria, las cuales se organizaron como Empresas Sociales del Estado de la cual hace parte la ESE José Prudencio Padilla.

En cuanto a la ESE José Prudencio Padilla, se tiene que, la Ley 100 de 1993 en artículo 194 de la misma ley dispone que la prestación de los servicios de salud, se hará principalmente a través de las Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos. Es claro entonces, que este organismo Ministerial, pertenece al sector central de la rama ejecutiva de la Administración.

Ahora bien en lo correspondiente al régimen laboral de los funcionarios vinculados a las Empresas Sociales del Estado, la ley referida señaló en su artículo 195 que estas personas tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, de acuerdo a lo previsto en Capítulo IV de la Ley 10 de 1990. Así, el artículo 26 de esta ley, señala que los empleos en estas entidades pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera administrativa, precisando adicionalmente que son trabajadores oficiales, quienes

<sup>2</sup> Folio 153-176 c. 1 y 210 c. 2



desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones.

En cuanto la supresión y liquidación de la ESE JOSE PRUDENCIO PADILLA, se expuso que ésta fue ordenada por el Decreto No. 2505 de julio 29 de 2006, prorrogada por los Decretos Nos. 2867 y 4894 de 2007 y 900 de 2008; el proceso de liquidación culminó el 30 de Mayo de 2008, fecha en la cual se suscribió el acta de liquidación y su publicación se dio el 27 de junio de 2008. El decreto precitado estableció que al vencimiento del término del proceso de liquidación de la Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla en Liquidación, quedarán automáticamente suprimidos todos los cargos existentes, de acuerdo con el respectivo régimen legal.

Sostuvo que la Convención Colectiva vigente para el 31 de octubre de 2001 a 2004, a la cual hace mención la parte demandante, fue celebrada y suscrita por el Instituto de Seguros Sociales y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social, decisión en la cual no tuvo injerencia alguna el Ministerio ni las Empresas Sociales del Estado, que apenas fueron creadas en junio de 2003.

Manifiesta que las convenciones colectivas de trabajo, tan solo se aplican frente a trabajadores oficiales, no así a los empleados públicos. Así las cosas, ostentando el accionante, para el momento de la supresión de su cargo, la calidad de empleado público, no puede reclamar jurídicamente el pago de prestaciones sociales derivadas de convención colectiva suscrita con anterioridad con el I.S.S. y el sindicato, ni mucho menos, pretender el pago de la indemnización por supresión del cargo, de conformidad con las tablas que contempla la referida convención, pues, con la escisión del Instituto de los Seguros Sociales, se presentó un cambio de naturaleza de la relación laboral, pasando de trabajador oficial a empleado público.

Se hace apremiante hacer claridad que una vez se suscita un cambio en la naturaleza de la relación laboral, como se dio en el caso de los servidores que tenían la calidad de trabajadores oficiales en el ISS y pasaron a ser empleados públicos de la ESE José Prudencio Padilla, no es posible pretender la aplicación indefinida en el tiempo de una convención colectiva, que además fue suscrita por otros entes totalmente autónomos e independientes de este Ministerio, en los cuales no se encuentra además ni el Ministerio de la Protección Social, ni la Empresa Social del Estado; en virtud de lo plasmado por la Corte Constitucional en la sentencia C 314 de 2004.

El pasado 30 de julio de 2009 el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, resolvió el recurso de apelación interpuesto contra el fallo



proferido por el Juzgado 39 Administrativo de Bogotá, y en el cual negó las pretensiones de la demanda, caso que tenía como controversia el reconocimiento de beneficios convencionales.

Destacando la mencionada providencia lo siguiente:

- A partir de la escisión, el Instituto de Seguros Sociales dejó de ser el empleador de los trabajadores oficiales beneficiarios del acuerdo convencional, pues éstos fueron incorporados a las Empresas Sociales del Estado.
- La Convención Colectiva de trabajo surtió efectos con posterioridad a la escisión, únicamente respecto de los derechos adquiridos de los trabajadores cobijados por ella, durante el tiempo que conservó su vigencia, es decir hasta el 31 de octubre de 2004.
- La Convención Colectiva no puede prorrogarse automáticamente a partir del 31 de octubre de 2004, toda vez que la vigencia indeterminada de la misma sólo es posible cuando la relación laboral subsiste en los mismos términos, es decir mediante contrato de trabajo; en consecuencia, teniendo en cuenta que la vinculación laboral de los empleados que fueron incorporados a las ESE es de carácter legal y reglamentario, y no contractual, la Convención Colectiva no puede prorrogarse porque su objeto, atañe a los contratos de trabajo, vinculación que desapareció cuando se incorporaron a la planta básica de empleados públicos de las ESE.
- Los fallos de tutela que se invocan como sustento de la pretensión de la demanda, no sirven en razón a que los efectos de las tutelas son ínter parte (artículo 36 del decreto 2591 de 1991), adicionalmente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 de la Constitución Política de Colombia, el precedente jurisprudencial no es obligatorio para el juez, constituyéndose en un criterio auxiliar de la actividad judicial.

***Imposibilidad jurídica de aplicar una convención colectiva de trabajo a empleados públicos.***

En el artículo 16 del Decreto ley 1750 de 2003, por medio del cual se escindió el ISS y se crearon las siete Empresas Sociales del Estado, se estableció: "*Para todos los efectos legales, los servidores de las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto serán empleados públicos*". El mismo Decreto en el artículo 18 al definir el régimen de salarios y prestaciones, estableció: "*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"*

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

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

En cuanto a la sustitución patronal, se tiene que ésta no aplica entre entidades del Estado. Esta es una figura exclusiva del derecho privado. Por lo anterior tampoco podría extenderse la convención del ISS en las ESE's sobre la base de estar aplicando esta figura. En el caso de litigio, no se produjo la sustitución patronal, puesto que los supuestos contemplados por el legislador para tal fin, no se dieron, en razón a que la identidad o naturaleza jurídica del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y de la ESE FRANCISCO DE PAULA SANTANDER es diferente, razón por la que no puede hablarse de continuidad de empresa.

Como mecanismo de defensa, el Ministerio propuso las siguientes excepciones: i) falta de agotamiento de la reclamación administrativa ante el Ministerio de la Protección Social; ii) falta de legitimación en la causa por pasiva; iii) inexistencia del deber por parte del Ministerio para reconocer y ordenar el pago de prestaciones sociales; iv) prescripción; v) caducidad; vi) innominada.

Una vez notificado el Ministerio en referencia, sobre la reforma de la demanda, éste presentó escrito del 27 de junio de 2013<sup>3</sup> en el cual se ratificó en los argumentos de la contestación inicial.

#### **2.4.2 Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A<sup>4</sup>**

La ESE JOSÉ PRUDENCIO PADILLA EN LIQUIDACIÓN (por intermedio de la FIDUAGRARIA), contestó la demanda y solicitando que se desestimaran las pretensiones de la misma, con fundamento en los siguientes argumentos:

<sup>3</sup> Folio 210

<sup>4</sup> Folio 228-234 c. 2



Sostuvo, que el Gobierno Nacional dispuso la disolución y liquidación de la ESE JOSÉ PRUDENCIO PADILLA, mediante Decreto 2505 de 2006; que el proceso estuvo a cargo de la FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A., hasta su culminación el día 30 de mayo de 2008. Por lo anterior insiste en que la función de la fiduciaria en este evento, es meramente instrumental, en la calidad de liquidadora.

Expone, que la Fiduciaria no tiene la obligación de comparecer a este proceso, toda vez que su labor como liquidador de la ESE José Prudencio Padilla terminó antes de la admisión de la demanda. De acuerdo con lo anterior, el gobierno nacional, dispuso mediante decreto 2709 de 2008, cuáles eran las entidades a las cuales les correspondía asumir las responsabilidades.

Como mecanismo de defensa, la Fiduciaria propuso las excepciones de: i) falta de agotamiento de la conciliación prejudicial, ii) Falta de legitimación en la causa por pasiva, iii) prescripción, iv) falta de legitimación en la causa por pasiva, v) inexistencia de la relación contractual entre la accionante y la fiduciaria, vi) prohibición legal de que la fiducia responda por las obligaciones del encargo, vii) buena fe, viii) prescripción.

### **III. - TRÁMITE PROCESAL**

La demanda se presentó ante el Tribunal Administrativo de Bolívar el 2 de marzo de 2007<sup>5</sup>; siendo admitida por medio de providencia del Consejo de Estado, del 5 de febrero de 2009<sup>6</sup>, al resolver el recurso de apelación interpuesto por el accionante. La notificación de la decisión anterior, se realizó a la parte accionada – Ministerio de la Protección Social – el 1º de febrero de 2010<sup>7</sup>, la fijación en lista se surtió del 8 al 22 de abril de 2010<sup>8</sup>, mientras que la contestación respectiva se presentó el 16 de febrero de 2010<sup>9</sup>.

El 21 de abril de 2010<sup>10</sup>, el señor Bossio Forero reformó su demanda, manifestando su deseo de demandar directamente al Ministerio de la Protección Social. La actuación procesal anterior fue admitida mediante auto del 12 de febrero de 2013<sup>11</sup>, en donde se ordenó la notificación del Ministerio referido y de la ESE José Prudencio Padilla, representada por la Fiduciaria; la fijación en lista se surtió entre el 10 y el 24 de junio de 2015<sup>12</sup>.

<sup>5</sup> Folio 17 rev y 117

<sup>6</sup> Folio 138-144

<sup>7</sup> Folio 152

<sup>8</sup> Folio 144

<sup>9</sup> Folio 153-176

<sup>10</sup> Folio 188-190

<sup>11</sup> Folio 205-207

<sup>12</sup> Folio 213 rev.



Con auto del 31 de julio de 2015 se abrió a pruebas el proceso<sup>13</sup>; y mediante providencia del 24 de junio de 2016<sup>14</sup>, se corrió traslado para alegar de conclusión.

### **III.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

#### **3.1. Alegatos de la parte demandante:**

No presentó alegatos de conclusión.

#### **3.2. Alegatos de la parte demandada<sup>15</sup>:**

No presentó alegatos de conclusión.

#### **3.3 Ministerio Público**

No presentó alegatos de conclusión.

### **IV- CONSIDERACIONES**

#### **4.1. Control de legalidad**

Tramitada la primera instancia no se observa causal de nulidad, impedimento alguno o irregularidad que pueda invalidar lo actuado.

Así las cosas, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes

#### **4.2. Competencia.**

Es competente esta Corporación, para conocer el presente proceso en primera instancia, por disposición del numeral 1º del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo.

#### **4.3 Problema jurídico.**

Compete la Sala determinar si el demandante en su condición de exempleado público de la Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla,

<sup>13</sup> Folio 333-334

<sup>14</sup> Folio 416 c. 3

<sup>15</sup> Folios 116-121 c. 1



tiene derecho a la reliquidación de las prestaciones sociales y de la indemnización por supresión de cargo, con fundamento en la Convención Colectiva suscrita entre el Instituto de Seguros Sociales y SINTRASEGURIDADSOCIAL en el año 2001, por considerar que ésta se prorrogó automáticamente en el año 2004, y se encuentra vigente al momento de su desvinculación.

#### **4.4 Tesis de la Sala.**

En consideración de la Sala, las pretensiones del demandante deben ser negadas, teniendo en cuenta que, la Convención Colectiva suscrita entre el Instituto de Seguros Sociales y SINTRASEGURIDADSOCIAL en el año 2001, solo estuvo vigente hasta el 31 de octubre de 2004, por lo tanto, sus efectos solo estuvieron vigentes hasta esa fecha, y no son prorrogables automáticamente como lo pretende el actor. Lo anterior, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de la Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla y la condición de empleado público del señor PEDRO BOSSIO FORERO.

La anterior tesis se sustenta en los argumentos que se exponen a continuación.

#### **4.3. Actos administrativos demandados.**

- Resolución THLPS-EP No. 000784 de octubre 30 de 2007, notificada el 3 de noviembre de 2006, *"por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de prestaciones sociales y otras acreencias laborales a la vez que es liquidada, reconocida y ordenada pagar la indemnización e indemnización por desvinculación de la Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla en Liquidación"*

Establecido lo anterior pasa la Sala a resolver el sub júdice en el siguiente orden: (I) De la naturaleza de la vinculación de la accionante; (II) Competencia para la fijación del régimen salarial y prestacional de empleados públicos; (III) Del derecho de los empleados públicos a suscribir y beneficiarse de convenciones colectivas y (IV) Del caso concreto.

#### **4.6 Marco Normativo y Jurisprudencial**

##### **4.6.1. De la naturaleza de la vinculación de la accionante**

El Instituto de Seguros Sociales fue creado en el año 1946, a través de la Ley 90 de 26 de diciembre del mismo año, como una entidad autónoma con personería jurídica y patrimonio propio, con el objeto de dirigir y vigilar los seguros sociales, los cuales fueron señalados por el artículo 1º para cubrir los



siguientes riesgos: enfermedades no profesionales y maternidad; invalidez y vejez; accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; y, muerte. Los trabajadores vinculados a dicha entidad, a su turno, de conformidad con lo establecido en el artículo 4º del Decreto 2324 de 1948, ostentaron la condición de trabajadores particulares.

Posteriormente, a través del Decreto 433 de 27 de marzo de 1971, se dispuso que el ISS era una entidad de derecho social, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio e independiente, adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Dicho cambio de naturaleza generó, con la expedición del Decreto 1651 de 1977, la existencia en dicha institución de una categoría especial de empleados denominados "funcionarios de la seguridad social", correspondientes a aquellos que desempeñaran cargos asistenciales y administrativos.

En el año 1992 se dio otro cambio fundamental en la naturaleza del Instituto, pues de conformidad con lo ordenado por el Decreto 2148 de 1992, se convirtió en una Empresa Industrial y Comercial del Estado. Esta condición determinó que luego, con ocasión del estudio de constitucionalidad del parágrafo del artículo 235 de la Ley 100 de 1993, la Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-579 de 1996, declarara la inexequibilidad de dicha categoría en una empresa que, como se anotó, pasó a ser industrial y comercial del estado, cuyo régimen determina que por regla general los servidores vinculados son trabajadores oficiales.

Luego, mediante el Decreto 1750 de 26 de junio de 2003 se escindió del Instituto de Seguros Sociales, la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud, todas las clínicas y centros de atención ambulatoria (artículo 1º) y se crearon siete (7) Empresas Sociales del Estado, como entidades descentralizadas del nivel nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscritas al Ministerio de Protección Social (artículo 2º). Una de ellas fue precisamente la demandada en el presente asunto, la E.S.E. JOSÉ PRUDENCIO PADILLA.

Con la entrada en funcionamiento de la E.S.E., la situación laboral de los empleados del ISS se modificó sustancialmente, pues a partir de allí pasaron a ser considerados como empleados públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del Decreto 1750 de 2003. Dicha incorporación a la nueva planta de personal además, al tenor de lo estipulado en el artículo 17 ibídem, fue automática y sin solución de continuidad.

Frente a este aspecto cabe resaltar que la consagración de la referida regla, esto es, que la naturaleza de la vinculación es la propia de un empleado



público, es consonante con el régimen que a partir de la Ley 100 de 1993, concordante con las Leyes 10 de 1990 y 489 de 1998, corresponde a las Empresas Sociales del Estado, las cuales son una categoría especial de entidad descentralizada dentro del engranaje institucional existente en el país.

Establecido lo anterior, entonces, precisa aclarar quién es la autoridad competente para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, pues la reclamación que en esta oportunidad se analiza tiene que ver con un tiempo en el cual el señor PEDRO BOSSIO FORERO ya ostentaba dicha condición.

#### **4.6.2 Competencia para la fijación del régimen salarial y prestacional.**

El artículo 150, numeral 19, literal e), de la Constitución Política de 1991, dispone:

*"Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:*

*...19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno para los siguientes efectos:*

*...*

*e). Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública.*

*..."*

En este orden de ideas, conforme a la Constitución Política de 1991, que no ha otorgado a otras autoridades la facultad de expedir normas sobre salarios y prestaciones de los empleados públicos, corresponde al Congreso fijar las normas generales a las que se sujeta el Gobierno Nacional para fijar los requisitos y condiciones del reconocimiento de su régimen salarial y prestacional.

A su turno, la Ley 4ª de 1992, dispuso en sus artículos 1º y 2º que:

*"ARTÍCULO 1o. El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:*

*a) Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico;*

*(...)*

*ARTÍCULO 2o. Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:*

*a) El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales;*



- b) El respeto a la carrera administrativa y la ampliación de su cobertura;
  - c) La concertación como factor de mejoramiento de la prestación de los servicios por parte del Estado y de las condiciones de trabajo;
- (...)"

El artículo 10 de esta misma norma determinó:

*"Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley o en los decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos."*

De la normatividad referida, entonces, es incuestionable que el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos es el legal fijado por las autoridades competentes.

#### 4.6.3 Del derecho de los empleados públicos a suscribir y beneficiarse de convenciones colectivas.

El derecho a la negociación colectiva fue consagrado en el artículo 55 de la Constitución Política, en los siguientes términos:

*"Se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señala la ley.  
Es deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos de trabajo."*

El artículo 416 del C.S. del T. dispone:

**"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 pueden declarar o hacer huelga."** (Negrilla fuera de texto)

#### 4.7 Caso concreto

Establecido el anterior marco normativo y jurisprudencial, la Sala procede a definir la situación concreta del accionante, de cara a su cargo principal, cual es, que la Convención Colectiva de Trabajo suscrita en el año 2001, para una vigencia inicial de 3 años, a la fecha de retiro aún se encontraba vigente, en aplicación de la prórroga automática contemplada en el artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social.

Con tal objeto, lo primero que debe resaltarse es que, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, a partir del 26 de junio de 2003 el señor PEDRO BOSSIO



FORERO tuvo la condición de empleado público y, en consecuencia, a partir de dicho momento no ostentaba el derecho a suscribir convenciones colectivas ni a beneficiarse de ellas.

Sin embargo, en el caso concreto, el Decreto 1750 de 2003 contempló en el artículo 18 siguiente:

*"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." (Negrilla fuera de texto y el aparte subrayado declarado inexecutable mediante la Sentencia C-314 de 2004.)*

En la sentencia C-314 de 2004, la Corte Constitucional analizó el referido artículo, frente a la posible vulneración del derecho a la negociación colectiva y de los derechos adquiridos. En este sentido, luego de efectuar un amplio análisis de lo que debe considerarse, al amparo de los artículos 53 y 58 de la Constitución Política, como derecho adquirido, concluyó que el aparte subrayado se encuentra viciado por los siguientes motivos: (i) hace referencia sólo a derechos prestacionales, cuando la protección debe abarcar los salariales también; (ii) la definición contenida en dicha disposición es errática; y, (iii) deja por fuera los derechos derivados de la Convención Colectiva de Trabajo durante el tiempo por el cual fue pactada. Al respecto, precisó:

*"En primer lugar, la expresión señalada del artículo 18 es inconstitucional porque únicamente hace referencia a los derechos adquiridos en materia prestacional, dejando por fuera los derechos adquiridos en materia salarial.*

*(...)*

*De igual modo, la definición de derecho adquirido consignada en el artículo 18 resulta violatoria de los derechos de los trabajadores por no ser clara frente a lo que podría considerarse un derecho adquirido. En efecto, la expresión que se ataca prescribe que un derecho se ha adquirido en materia prestacional cuando la situación jurídica se ha consolidado, es decir, cuando ha sido causada o cuando ha ingresado en el patrimonio del servidor.*

*Para la Corte, la ambigüedad de la definición radica en que no existe una clara diferencia entre la prestación que se ha causado y la que ha ingresado en el patrimonio del trabajador, pues cuando una prestación o un derecho han sido causados se entienden incorporados en el patrimonio del acreedor. Así las cosas, el legislador considera como hipótesis distintas aquellas que para la doctrina son una misma, por lo que, no siendo posible determinar con exactitud cuándo el derecho de que se habla se ha adquirido o permanece como mera expectativa, la norma debe ser retirada del ordenamiento jurídico.*

*El carácter restrictivo de la expresión acusada no proviene únicamente de los dos criterios vistos. Al definir los derechos adquiridos como aquellos que han ingresado al*



*patrimonio del servidor o que han sido causados, el legislador deja por fuera de dicha definición los derechos obtenidos mediante convenciones colectivas de trabajo celebradas por los trabajadores oficiales cuyo régimen fue transformado por el de empleados públicos.*

*(...)*

*Ya que la convención colectiva de trabajo es un sistema jurídico que rige contratos de trabajo determinados, es posible afirmar que, en lo que respecta a los trabajadores cobijados por ella, aquella es fuente de derechos adquiridos por lo menos durante el tiempo en que dicha convención conserva su vigencia. Por lo mismo, dado que la definición prevista en el artículo 18 del Decreto 1750 de 2003 deja por fuera los derechos derivados de las convenciones colectivas de trabajo por el tiempo en que fueron pactadas, aquella resulta restrictiva del ámbito de protección de tales derechos de conformidad con el contexto constitucional y, por tanto, debe ser retirada del ordenamiento jurídico."*

Esta tesis, a su turno, fue reiterada en la Sentencia C-349 de 20 de abril de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, con ocasión del análisis de constitucionalidad de las expresiones "automáticamente" y "sin solución de continuidad" contenidas en el artículo 17 del Decreto 1750 de 2003, en los siguientes términos:

*"A juicio de la Corporación, la circunstancia que produce el desconocimiento de derechos laborales no radica en el hecho del que automáticamente y sin solución de continuidad los trabajadores oficiales se incorporen como empleados públicos a la nueva planta de personal (o que simplemente en la misma condición antes ostentada de trabajadores oficiales pasen a formar parte de ella), sino que dicho desconocimiento de garantías proviene de la definición de derechos adquiridos acogida por el legislador en el aparte final del artículo 18 del Decreto 1750 de 2003, la cual, como fue expuesto en la Sentencia C-314 de 2004, implicaba la desprotección de las garantías salariales y de las convencionales.*

*(...)*

*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, conforme a lo dispuesto en la Sentencia C-314 de 2004."*

Al respecto se resalta que, de conformidad con la copia de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL el 31 de octubre de 2001, que obra en el cuaderno 1, la vigencia de la misma se reguló en los siguientes términos:

*"Artículo 2º. La presente Convención Colectiva de Trabajo tendrá una vigencia de tres años contados a partir del primero (1) de Noviembre de dos mil uno (2001) hasta el 31 de octubre de dos mil cuatro (2004). Salvo los artículos que en la presente Convención se les haya fijado una vigencia diferente."*



A su turno, el artículo 135 estipuló:

*"REVISIÓN DE LA CONVENCION.*

*La Convención Colectiva se revisará de conformidad con lo establecido en el Artículo 480 del Código Sustantivo del Trabajo. (...)"*

Referente a la aplicación de la convención colectiva mencionada, bajo el argumento que aún se encontraba vigente, en aplicación de la prórroga automática contemplada en el artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social, el Consejo de Estado ha sostenido lo siguiente:

*"Esta situación empero, generada por el pronunciamiento de la Corte Constitucional, no puede ser una excusa para que la actora sostenga que con posterioridad al 31 de octubre de 2004 e incluso para el año 2007 aún era beneficiaria de la Convención Colectiva, por cuanto:*

- De conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C-314 de 2004 la protección de los derechos convencionales por un tiempo, deriva del concepto de derecho adquirido y de la afirmación según la cual la Convención Colectiva es en verdad un instrumento al que se someten las relaciones laborales que se ven afectadas por el mismo durante su vigencia.*
- La prórroga automática contenida en el artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social, no encuadra dentro de dicho concepto de derecho adquirido pues ella es una mera posibilidad que ante la actitud pasiva de las partes el instrumento convencional sigue vigente y, en consecuencia, no puede sostenerse que los trabajadores oficiales al 25 de junio de 2003 tenían un verdadero derecho adquirido a que se prorrogara el término de la convención.*
- Adicionalmente a ello, no puede perderse de vista que para el 31 de octubre de 2004 la mayoría de trabajadores de la E.S.E., dentro de los cuales se encuentra la accionante, ostentaban la condición de empleados públicos y por lo tanto no podían denunciar la convención, suscribir una nueva o convocar un tribunal de arbitramento.*
- Por lo anterior, no es viable avalar la interpretación del Tribunal y tampoco la de la Corte Constitucional sostenida en la Sentencia T-1166 de 2008, pues a la luz de lo expuesto por la misma Alta Corporación en las Sentencias de Constitucionalidad, las cuales tienen efecto erga omnes, la protección deriva del concepto amplio de derecho adquirido.*
- En el mismo sentido, en la providencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B; de 1º de octubre de 2009, C.P. doctor Gerardo Arenas Monsalve; radicado interno No. 0212-2008, se sostuvo:*

*"De acuerdo con lo expuesto por la Corte Constitucional, la Sala considera que los beneficios derivados de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el Instituto de Seguros Sociales y el sindicato de trabajadores SINTRASEGURIDAD, debieron extenderse hasta el 31 de octubre de 2004, fecha en que terminó la vigencia de la misma, conforme con la certificación expedida por el Coordinador del Grupo de Archivo Sindical del Ministerio de la Protección Social.*



Lo anterior, considerando que al mutar la naturaleza jurídica de los trabajadores a empleados públicos y pasar a ser parte de la planta de personal de una empresa social del Estado, no le siguen siendo aplicables 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 en 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.”<sup>16</sup>.

Sobre este mismo punto, la corte Constitucional se ha pronunciado, en sentencia SU – 897 de 2012:

*“6.2. Aplicabilidad de la Convención Colectiva celebrada entre ISS y Sintraseguridad Social a los trabajadores de las Empresas Sociales del Estado*

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

*La importancia de este punto, como puede observarse, es trascendental, pues determinará cuáles eran los requisitos para que los otrora empleados de las empresas sociales del Estado accedieran a la pensión de jubilación o vejez; en este sentido, una vez determinados los requisitos exigibles para el reconocimiento de este tipo de pensión, podrá establecerse si los ahora accionantes, y todas aquellas personas que se encuentren en idéntica situación, tienen o no la condición de prepensionados y, en consecuencia, debe reconocérseles las garantías derivadas de su pertenencia al llamado retén social.*

*En términos concretos, si se entiende que la convención colectiva Sí se encontraba vigente al momento de ser suprimidos los cargos que ocupaban en la correspondiente ESE, los requisitos exigibles para reconocer las pensiones de jubilación o vejez a los empleados de las empresas sociales del Estado serían los consagrados en el artículo 98 del mencionado cuerpo normativo, estos son: i) 20 años de servicio con el Instituto de Seguros Sociales; y ii) 50 años de edad para las mujeres y 55 años de edad para los hombres. De concluirse que al momento de suprimirse sus cargos la convención NO se encontraba vigente, los requisitos aplicables serían los del sistema general de pensiones al que perteneciera cada empleado, siendo, en general i) 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo; y ii) 55 años de edad si de una mujer se trata o 60 años de edad en el caso de los hombres.*

*Por esta razón, se reitera, resulta fundamental establecer cuáles eran los requisitos para obtener la pensión de jubilación o de vejez que debían acreditar los empleados de las*

<sup>16</sup> Al respecto, pueden consultarse las siguientes providencias: CONSEJO DE ESTADO, (i) Rad: 13001-23-31-000-2006-01460-01(0167-14) MP: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, Fecha: 6 de mayo de 2015; (ii) Rad: 13001-23-31-000-2006-01467-02(3980-14), MP: CESAR PALOMINO CORTES, fecha 3 de noviembre de 2016, (iii) Rad: 08001-23-31-000-2007-00399-01(2291-15). MP: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, fecha 11 de septiembre de 2017.



ESEs, a efectos de calcular si al momento de ser suprimido el cargo que ocupaban restaba un término menor a tres (3) años para que cumplieren los requisitos que les darían el derecho a disfrutar de dicha pensión.

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

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

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

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

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

De lo expuesto se concluye, que los derechos salariales y prestacionales reclamados, teniendo en cuenta parámetros convencionales, no tienen sustento alguno; y, en consecuencia no es dable acceder a las pretensiones del actor, pues la liquidación de las prestaciones sociales y la indemnización por supresión del cargo debieron sujetarse, como en efecto se hizo, a la normatividad legal aplicable, que en este caso era el Decreto 775 de 2006.

En esta etapa es importante destacar, que si bien las entidades demandadas propusieron excepciones, no es necesario profundizar en el estudio de las mismas, como quiera que, como ya se explicó, las pretensiones del demandante son improcedentes y deberán ser negadas, conforme con los argumentos esbozadas por la Sala en esta providencia.

#### V.- COSTAS

Toda vez que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.



**VI.- DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA**

**PRIMERO: NEGAR** las pretensiones de la demanda.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**TERCERO: HÁGASE** entrega a la demandante del saldo de gastos ordinarios del proceso, si lo hubiere, previas las constancias de rigor en los libros y sistemas contables.

**CUARTO:** Si esta providencia no fuere apelada, una vez en firme, **ARCHÍVESE** el expediente previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No \_\_\_\_\_ de la fecha.

**LOS MAGISTRADOS**

**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**

**EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS**

**LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ**