

SUPRESION DE CARGOS – en las empresas sociales del estado / EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD – Solo pueden ser retirados del cargo por las causales señaladas en el artículo 37 de la 443 de 1998 / SPRESION DE CARGOS EN PROVISIONALIDAD – indemnización de empleados públicos vinculados a la E.S.E. Policarpa Salavarrieta

Mediante Decreto Ley 1750 de 2003 se adelantó la escisión del Instituto de Seguros Sociales y se crearon unas empresas sociales del Estado, entre ellas la E.S.E Policarpa Salavarrieta. En el artículo 16 dispuso que los servidores de dichas empresas sociales del Estado serían empleados públicos, excepto los que sin ser directivos desempeñaron funciones de mantenimiento de la planta física hospitalaria y de servicios generales, quienes serían trabajadores oficiales; y en el artículo 17 dispuso la incorporación automática sin solución de continuidad. De acuerdo con las anteriores precisiones, acogidas por la sentencia C-349 de 2004 de la misma corporación, se concluye que el cambio de la naturaleza de la vinculación de trabajador oficial a empleado público implicó la pérdida del derecho a presentar pliegos de peticiones y a negociar convenciones colectivas de trabajo, sin embargo, deben respetarse los derechos salariales y prestacionales adquiridos, entendidos como aquellos que han ingresado al patrimonio del servidor. dada la mutación de la relación laboral del actor, puesto que pasó a ser empleado público, ya no se encuentra dentro de la hipótesis descrita para efectos de establecer los beneficiarios de la convención colectiva, puesto que es claro que está dirigida a los trabajadores oficiales, y para el momento de la supresión del cargo era empleado público. En relación con las convenciones colectivas, es preciso señalar que de acuerdo con el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo, los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas. En el mismo sentido esta Corporación ha manifestado que los empleados públicos no pueden ser favorecidos por los beneficios pactados en las Convenciones Colectivas, bajo la premisa de que ello supone la existencia de un contrato de trabajo, circunstancia que se encuentra regulada por un régimen legal distinto al aplicable a los empleados públicos, y cualquier manifestación que haga extensivos tales acuerdos a los empleados que ostenten aquella calidad, se tendrán como cláusulas ineficaces

ESCISION DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – Creación E.S.E. Policarpa Salavarrieta / EMPLEADOS PUBLICOS – En las empresas sociales del estado / CAMBIO DE NATURALEZA DE LA VINCULACION – De trabajador oficial a empleado público / PERDIDA DE DERECHO – Al ser empleado públicos no puede presentar pliegos de peticiones y a negociar convenciones colectivas / CONVENCIONES COLECTIVAS – Los empleados públicos no pueden ser favorecidos por los beneficios pactados

En relación con el retiro de los empleados de las empresas creadas en virtud de la escisión del Instituto de Seguros Sociales es preciso tener en cuenta que el artículo 19 del mismo Decreto 1750 de 2003, dispone: Artículo 19. Permanencia. Los servidores del Instituto de Seguros Sociales incorporados como empleados públicos a la planta de personal de las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto tendrán derecho de acceder a la carrera administrativa a través del proceso de selección que previa convocatoria se adelante para proveer el empleo. Mientras permanezcan en provisionalidad solo podrán ser retirados del cargo por las causales señaladas en el artículo 37 de la Ley 443 de 1998 y demás normas que la modifiquen o adicionen, o por supresión del cargo. Dado el cambio de naturaleza de la vinculación, las causales de retiro que se deben atender para los empleados de las nuevas Empresas Sociales del Estado serían las dispuestas para los demás empleados públicos, esto es, las contenidas en la Ley 443 de 1998. Teniendo en cuenta que el artículo 37 de la mencionada Ley no contempla la supresión de cargos como causal de retiro, la Corte Constitucional consideró que en ese caso debía otorgarse una indemnización a quien estuviere desempeñando el cargo en provisionalidad. En cumplimiento de lo anterior el Decreto 2866 de 2007 que suprimió la E.S.E. Policarpa Salavarrieta, estableció en el artículo 14 la tabla de indemnización a que tienen derecho los servidores públicos incorporados automáticamente a la planta de personal de la entidad, como empleados públicos, cuyos empleos sean suprimidos como consecuencia de la liquidación de la entidad, y en cumplimiento del mismo se estableció el monto de la indemnización a favor del actor.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN “A”

Consejero Ponente: Dr. ALFONSO VARGAS RINCÓN

Bogotá, D.C., tres (3) de marzo de dos mil once (2011)

Radicación número: 73001-23-31-000-2008-00596-01(0212-10)

Actor: GERMÁN CALLE AGUILAR

Demandado: E.S.E. POLICARPA SALAVARRIETA - EN LIQUIDACIÓN

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 13 de noviembre de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima.

ANTECEDENTES

GERMÁN CALLE AGUILAR, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, demandó del Tribunal Administrativo del Tolima, se inaplique por inconstitucional el Decreto 2143 de 16 de junio de 2008 expedido por el Ministerio de la Protección Social y que se declare la nulidad del acto administrativo de 17 de junio de 2008 por el cual se suprimió el cargo de Odontólogo código 2087, grado 18 expedido por el apoderado liquidador de la E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho solicitó el reintegro en el cargo que ocupaba o en otro de igual o superior categoría, y el pago de los

sueldos y demás emolumentos dejados de percibir hasta su reintegro, además de los emolumentos previstos en la convención colectiva suscrita entre el Instituto de Seguro Social y la asociación sindical Sintraseguridad Social, asimismo, que no ha existido solución de continuidad para todos los efectos legales, salariales y prestacionales a que haya lugar.

Como pretensiones subsidiarias solicitó la declaratoria de nulidad del oficio OJ 1098 de 7 de julio de 2008 expedido por el apoderado general liquidador de la E.S.E Policarpa Salavarrieta en Liquidación que negó el reconocimiento de los derechos convencionales solicitados por el actor y la nulidad de la Resolución 377 de 4 de julio de 2008 por la cual se estableció el monto de la liquidación definitiva. Asimismo, el reconocimiento de los derechos convencionales que le asisten al actor.

Igualmente que se condene a la entidad al pago de los daños causados con la expedición de los actos demandados, así como al reconocimiento y pago de los intereses comerciales moratorios e indexación sobre las sumas a que haya lugar.

Que se dé cumplimiento en los términos de los artículos 176 a 178 del C.C.A.

Como hechos en que fundamenta sus pretensiones, señala los siguientes:

El señor GERMÁN CALLE AGUILAR prestó sus servicios al Instituto de Seguros Sociales desde el 6 de septiembre de 1993 como Odontólogo Código 2087 Grado 18.

Por disposición del artículo 275 de la Ley 100 de 1993 el Instituto de los Seguros Sociales estaba constituido como una empresa industrial y comercial del Estado, y en consecuencia quienes allí prestaban sus servicios por regla general eran trabajadores oficiales.

Dicha entidad suscribió con el sindicato de trabajadores de la Seguridad Social la Convención Colectiva 2001-2004.

Posteriormente, el Decreto Ley 1750 de 2003 ordenó la escisión del Instituto de Seguros Sociales, de la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud, las Clínicas y Centros de Atención Ambulatoria,

creando, entre otras la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta.

Los empleados públicos que venían prestando sus servicios, fueron incorporados sin solución de continuidad a la nueva empresa, conservando el mismo cargo y funciones, a pesar de no haber dado su consentimiento para el efecto y no existir decretos de nombramiento y actas de posesión, requisitos que debieron cumplirse para su vinculación, por tratarse de empleados públicos.

En esas condiciones, hubo un cambio de status laboral al pasar de ser trabajadores oficiales a empleados públicos, circunstancia que según lo expuso la Corte Constitucional en sentencia C-314 de 2004 no afectaba sus derechos adquiridos, entre ellos los emanados de la convención colectiva del trabajo, posición que fue corroborada en sentencia C-349 de 2004.

Sin embargo, la E.S.E Policarpa Salavarrieta dejó de reconocer derechos adquiridos en virtud de la convención colectiva, aunque la misma no ha sido denunciada, lo que implica su prórroga por los periodos establecidos por el artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo.

Mediante Decreto 2866 de 2007 se ordenó la supresión y liquidación de la E.S.E. Policarpa Salavarrieta, y el Decreto 2143 de 2008 aprobó las modificaciones de la planta de cargos de dicha empresa en liquidación.

A través del oficio de 17 de junio de 2008 la Gerente Liquidadora de la E.S.E, dispuso la supresión del cargo de Odontólogo código 2087 Grado 18.

Contra el anterior, se interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto confirmándolo.

Normas violadas y concepto de la violación.-

Invocó como vulnerados los artículos 1º, 2, 4, 25, 53 y 58 de la Constitución Política; artículos 4, 6 y 7 del Protocolo del Salvador aprobado mediante Ley 319 de 1996; artículos 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8 del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convenio 098 de

la Organización Internacional del Trabajo aprobado mediante Ley 27 de 1976; artículos 467, 468, 470, 471, 476, 478 y 479 del Código Sustantivo del Trabajo; artículos 1º, 2 y 4 de la Ley 27 de 1976 y los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo.

En el concepto de violación de las normas invocadas expresó lo siguiente:

Lo ordenado mediante Decreto Ley 1750 de 2003, es decir la escisión del Instituto de seguros Sociales, de la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud, las clínicas y centros de atención ambulatoria, conllevó a la incorporación de los servidores que venían prestando sus servicios a dichas entidades, sin solución de continuidad, y sin que hubiera mediado su consentimiento para el efecto.

Lo anterior, si bien generó un cambio de estatus de trabajadores oficiales a empleados públicos. Tal situación no podía implicar el desconocimiento de los derechos adquiridos conforme a leyes preexistentes.

Ahora bien, el artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo define la convención colectiva, y señala que dada su naturaleza de "*acto regente de los contrato laborales ejecutado durante su vigencia*" es considerada una verdadera fuente de derechos y obligaciones.

En el mismo sentido, la jurisprudencia ha considerado que la convención colectiva del trabajo es ley para las partes "*pues entraña la creación de un subsistema jurídico de cobertura restringida al cual deben someterse trabajadores y empleador en el desarrollo de la relación laboral*".

De acuerdo con lo anterior, la Corte Constitucional en ejercicio del control de constitucionalidad de los artículos 17 y 18 del Decreto 1750 de 2003, consideró que no tienen la virtualidad de desconocer los derechos de asociación y de negociación colectiva por la pérdida de los derechos derivados de la convención vigente, y en ese sentido declaró la exequibilidad bajo el entendido de que se respeten los derechos adquiridos, de conformidad con la sentencia C-314 de 2004.

Quiere decir lo anterior, que el cambio de la naturaleza de la relación laboral (de trabajadores oficiales a empleados públicos), no implica la

pérdida de los derechos adquiridos, entre ellos los surgidos en virtud de la convención colectiva.

Establecida la vigencia de la convención colectiva, se observa que en el artículo 5° consagra que para poner fin al vínculo laboral, es preciso dar previo cumplimiento al Decreto 2351 de 1965 y al inciso 16 del artículo 18 de la misma convención, esto es, la revisión del Comité de relaciones laborales.

No obstante, este aspecto fue omitido por la entidad demandada, situación que conlleva la nulidad de los actos demandados por expedición irregular, puesto que se desconoció el procedimiento para su expedición.

De otra parte, en el presente caso es indudable que el oficio de 17 de junio de 2008 que suprime el cargo de Odontólogo 2087 grado 18, se constituye en la manifestación de la voluntad de la administración tendiente a producir efectos jurídicos, así como el Oficio OJ1098 de 7 de julio de 2008 que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el anterior, mientras que el Decreto 2143 de 2008 expedido por el Ministerio de la Protección Social, aprueba la modificación de la planta de cargos de la E.S.E. y ordena la supresión de cargos, definiendo la cantidad y denominación de los mismos, pero no expresa en forma específica las personas cuyo empleo va a ser suprimido. Siendo así este acto no materializa el efecto jurídico en cada situación concreta.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Tolima desestimó las excepciones de pleito pendiente y de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones e incompetencia del Juez Administrativo para resolver sobre la pretensión relacionada con el Decreto 2143 de 2008, y negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en las consideraciones que a continuación se resumen:

No comparte el argumento expuesto por el actor según el cual los actos administrativos acusados desconocieron normas superiores en las cuales debían fundarse, toda vez que la entidad demandada no aplicó la convención colectiva celebrada entre el ISS y Sintraseguridad Social, de acuerdo con las cuales la desvinculación, debía hacerse atendiendo el artículo 108 inciso 16 de dicha convención y el Decreto 2351 de 1965, relacionados con la revisión previa del Comité de Relaciones Laborales, puesto que desconoce los derechos adquiridos y el principio de progresividad.

Considera que el demandante no puede hacerse acreedor de ningún beneficio convencional puesto que dejó de ser trabajador oficial para convertirse en empleado público.

De acuerdo con lo dispuesto por el Código Sustantivo del Trabajo, los trabajadores particulares y oficiales pueden ser beneficiarios de la convención colectiva, sin embargo, dada la calidad de empleado público del actor no puede reclamar derechos que no son aplicables.

En consecuencia, la supresión del cargo que venía desempeñando en la entidad no está viciada de nulidad por este aspecto.

Respecto de la petición subsidiaria, observa que pretende el mismo restablecimiento del derecho solicitado con la pretensión principal y dado que ya se declaró sobre su improcedencia, en este caso opera la máxima según la cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

En relación con la prórroga de la convención colectiva, considera que dicha controversia corresponde a la jurisdicción ordinaria laboral, motivo por el cual declara la falta de competencia para emitir cualquier pronunciamiento.

EL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia, para lo cual reiteró los argumentos expuestos en la demanda, en lo relacionado con la aplicación de la convención colectiva suscrita entre el Instituto de Seguros Sociales y Sintraseguridad Social, con fundamento en pronunciamientos de la Corte Constitucional, por constituirse dicho

instrumento en una fuente de derechos, que por su carácter de adquiridos, deben ser respetados aun después del cambio de naturaleza jurídica de la vinculación (de trabajadores oficiales a empleados públicos) con la escisión ordenada por el Decreto Ley 1750 de 26 de junio de 2003.

Para resolver, se

CONSIDERA

El problema jurídico se contrae a establecer la legalidad del Oficio de 17 de junio de 2008, expedido por el apoderado del Gerente Liquidador de la E.S.E Policarpa Salavarrieta en liquidación, el cual le informó al actor su retiro por supresión del cargo que venía desempeñando en la entidad como Odontólogo código 2087 grado 18.

Señala el actor que pese al cambio de naturaleza de la vinculación de trabajadores oficiales a empleados públicos con la escisión del Instituto de Seguros Sociales, de la vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud, de las Clínicas y de los Centros de Atención Ambulatorias, creando, entre otras, la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta, no se pueden desconocer los derechos adquiridos en virtud de la Convención Colectiva suscrita entre el Instituto de Seguro Social y el sindicato de trabajadores de la Seguridad Social, la cual no ha perdido vigencia, dado que no ha sido denunciada.

Lo anterior con fundamento en pronunciamientos de la Corte Constitucional según los cuales la convención colectiva es fuente de derechos adquiridos.

En esas condiciones, afirma, para efecto de terminar el vínculo laboral, la administración ha debido dar aplicación a lo previsto por el Decreto 2351 de 1965 y al inciso 16 del artículo 108 de la referida Convención Colectiva, esto es, la revisión del Comité de Relaciones Laborales.

Considera en consecuencia, que el acto acusado está afectado por expedición irregular, puesto que no se siguió el procedimiento establecido para terminar su vinculación laboral.

En el expediente obra el siguiente material probatorio:

A folio 10, certificación suscrita por el Coordinador de Talento Humano de la entidad, en la que consta que el señor Germán Calle Aguilar se desempeñó en el cargo de Odontólogo Código 2087 Grado 18, Jornada de 4 horas, y pasó a ser parte de la planta de personal de la E.S.E. Policarpa Salavarrieta, a partir del 26 de junio de 2003, en virtud del Decreto 1750 de 2003.

El Decreto 2143 de 16 de junio de 2008 que modificó la planta de cargos de la E.S.E. Policarpa Salavarrieta. En el artículo primero dispuso la supresión de varios cargos entre ellos el de 35 Odontólogos 2087-18 de 4 horas.

Mediante Oficio de 17 de junio de 2008 el Apoderado General Liquidador de la E.S.E Policarpa Salavarrieta en Liquidación informó al actor lo siguiente:

*“Mediante el Decreto No. 2143 de Junio 16 de 2008, el Gobierno Nacional aprobó la **modificación de la Planta de cargos de la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta en Liquidación** y suprimió el cargo de ODONTÓLOGO, Código 2087, Grado 18, con intensidad de 4 horas, que usted viene desempeñando, razón por la cual usted cesa el cumplimiento de las funciones propias de dicho cargo y queda desvinculado de la Entidad a partir del 19 de Junio de 2008, que será entendido como su último día laborado.*

En virtud de la supresión del cargo y conforme con los señalado en el Decreto No. 2866 de julio 27 de 2007, usted tendrá derecho al pago de la liquidación de prestaciones sociales e indemnización a que haya lugar, en los términos y plazos allí señalados.” (Fl. 4 Cd. Ppal)

Por Resolución No. 377 de 4 de julio de 2008 se estableció el monto de liquidación de prestaciones sociales definitivas así como la indemnización de que trata el artículo 14 del Decreto 2866 de 2007 (fls. 5 y 6 Cd. Ppal)

Por Oficio de 7 de julio de 2008, el Liquidador de la entidad respondió a las objeciones presentadas por el actor contra el oficio de 17 de junio de 2008

Para efecto de decidir se tiene lo siguiente:

Mediante Decreto Ley 1750 de 2003 se adelantó la escisión del Instituto de Seguros Sociales y se crearon unas empresas sociales del Estado, entre ellas la E.S.E Policarpa Salavarrieta.

En el artículo 16 dispuso que los servidores de dichas empresas sociales del Estado serían empleados públicos, excepto los que sin ser directivos desempeñaron funciones de mantenimiento de la planta física hospitalaria y de servicios generales, quienes serían trabajadores oficiales; y en el artículo 17 dispuso la incorporación automática sin solución de continuidad.

En el artículo 18 señaló que el régimen salarial y prestacional sería el establecido para los empleados públicos de la rama ejecutiva, pero que en todo caso se respetarían los derechos adquiridos.

En relación con éste último punto la Corte Constitucional en sentencia C-314 de 2004, en ejercicio del control de constitucionalidad de la norma en comento, manifestó lo siguiente:

“En la sentencia correspondiente (C-110 de 1994) la Corte explicó los alcances de la norma laboral y señaló que la restricción impuesta a los sindicatos de empleados públicos consistente en la imposibilidad de presentar pliegos de peticiones destinados a celebrar convenciones colectivas de trabajo no era contraria a la Carta Política, pues en dicha prohibición residía una garantía invaluable para la preservación de los intereses públicos: la integridad y continuidad del servicio. Dijo así la providencia en cita:

La restricción consagrada en la norma para los sindicatos de empleados públicos, sobre presentación de pliegos de peticiones y celebración de convenciones colectivas, tiene sustento en el artículo 55 de la Constitución, que garantiza el derecho de negociación colectiva para regular relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley. La que se considera es una de tales excepciones, establecida en norma con fuerza material legislativa.

Obviamente, si los empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas, tampoco pueden declarar ni hacer huelga, lo cual resulta apenas lógico si se tiene en cuenta el vínculo legal y reglamentario existente entre ellos y el Estado. Si pudieran entrar en huelga paralizarían la función pública correspondiente y atentarían contra el interés colectivo, que debe prevalecer según el artículo 1º de la Constitución. La continuidad en el ejercicio de sus funciones resulta esencial para el funcionamiento del Estado. Únicamente bajo esa perspectiva puede garantizarse el logro de los fines estatales a que se refiere el artículo 2º de la Carta. (Sentencia C-110 de 1994 M.P. José Gregorio Hernández Galindo)

En relación con la facultad que tienen los trabajadores oficiales de negociar colectivamente sus condiciones laborales, la misma Corporación hizo las siguientes precisiones:

“Por su parte, para los trabajadores oficiales se encuentra la referencia que se hace al régimen de prestaciones sociales mínimas que debe expedir

el legislador y que aparece mencionada en el numeral 19 literal f) del artículo 150 de la Carta Política como una de las leyes marco, lo cual da idea y fundamento para afirmar que bajo esta categoría, los servidores públicos pueden negociar las cláusulas económicas de su vinculación a la administración y que las prestaciones sociales pueden aumentarse convencionalmente en el contrato, así sea por virtud del conflicto colectivo y de la negociación o de la huelga, salvo en materia de servicios públicos esenciales. Sentencia C-484/95, M.P. Doctor Fabio Morón Díaz).

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.

En relación con el desconocimiento del artículo 18 de los derechos adquiridos, la misma providencia señaló:

“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.

Para analizar dicho punto valga recordar que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo, una convención colectiva es aquella celebrada entre uno o varios patronos o asociaciones patronales y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia, esto es, para establecer el régimen salarial y la regulación de primas, auxilios, horarios, permisos, vacaciones, jubilación, incentivos, vivienda, licencias, becas, indemnizaciones, etc.

Al ser el acto regente de los contratos laborales ejecutados durante su vigencia, la convención colectiva de trabajo es considerada por la jurisprudencia como una verdadera fuente de derechos y obligaciones. Pese a las diferencias que pudieran suscitarse respecto de su naturaleza jurídica, el acuerdo básico al que ha llegado la jurisprudencia es que la convención colectiva de trabajo es ley para las partes, pues entraña la creación de un subsistema jurídico de cobertura restringida al cual deben someterse trabajadores y empleador en el desarrollo de su relación laboral.

De la definición legal se deduce que la convención colectiva es un acuerdo bilateral celebrado entre una o varias asociaciones profesionales de trabajadores y uno o varios patronos para regular las condiciones que regirán los contratos de trabajo, usualmente, buscando mejorar el catálogo de derechos y garantías mínimas que las normas jurídicas le reconocen a todos los trabajadores^[19]. De ahí que la convención colectiva tenga un carácter esencialmente normativo, tal como la ha reconocido la doctrina y la jurisprudencia.

Ella contiene una serie de disposiciones instituidas para regular las relaciones de trabajo en la empresa. Así, en la convención colectiva se establecen en forma general y abstracta las estipulaciones que rigen las condiciones de los contratos de trabajo, las obligaciones concretas del patrono frente a cada uno de sus trabajadores, como también, las obligaciones que el patrono en forma común adquiere frente a la generalidad de los trabajadores. (Sentencia SU-1185 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil)

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.

De conformidad con lo dicho, esta Corporación estima que 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”, es inconstitucional por restringir el ámbito constitucional de protección de los derechos adquiridos, el cual, como se vio, trasciende la simple definición contenida en el artículo 18.”

De acuerdo con las anteriores precisiones, acogidas por la sentencia C-349 de 2004 de la misma corporación, se concluye que el cambio de la naturaleza de la vinculación de trabajador oficial a empleado público implicó la pérdida del derecho a presentar pliegos de peticiones y a negociar convenciones colectivas de trabajo, sin embargo, deben respetarse los derechos salariales y prestacionales adquiridos, entendidos como aquellos que han ingresado al patrimonio del servidor.

En esas condiciones, no puede deducirse en este caso, que el demandante tenga un derecho adquirido frente a la aplicación tanto del Decreto 2351 de 1965 como del artículo 18 de la Convención Colectiva para su desvinculación, toda vez que no nos encontramos frente a un derecho salarial o prestacional que haya ingresado al patrimonio del señor Germán Calle Aguilar.

En el mismo orden de ideas, obra a folios 60 y siguientes del expediente copia de la Convención Colectiva celebrada entre el Instituto de seguros Sociales y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social 2001-2004, en la que se distinguen los beneficiarios de dicho instrumento en los siguientes términos:

*“Serán beneficiarios de la presente convención colectiva de trabajo los **trabajadores oficiales** vinculados a la planta de personal del Instituto de Seguros Sociales, de acuerdo con lo establecido en las normas legales vigentes y los que por futuras modificaciones de estas normas asuman tal categoría...”*

Siendo así, dada la mutación de la relación laboral del actor, puesto que pasó a ser empleado público, ya no se encuentra dentro de la hipótesis descrita para efectos de establecer los beneficiarios de la convención colectiva, puesto que es claro que está dirigida a los

trabajadores oficiales, y para el momento de la supresión del cargo era empleado público.

En relación con las convenciones colectivas, es preciso señalar que de acuerdo con el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo, los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas. En el mismo sentido esta Corporación ha manifestado que los empleados públicos no pueden ser favorecidos por los beneficios pactados en las Convenciones Colectivas, bajo la premisa de que ello supone la existencia de un contrato de trabajo, circunstancia que se encuentra regulada por un régimen legal distinto al aplicable a los empleados públicos, y cualquier manifestación que haga extensivos tales acuerdos a los empleados que ostenten aquella calidad, se tendrán como cláusulas ineficaces.

Lo anterior encuentra su fundamento en el tipo de vinculación laboral de los empleados públicos (legal y reglamentaria), que restringe la posibilidad de afectar la facultad de las autoridades de fijar unilateralmente las condiciones del empleo.¹

Es preciso señalar que la Corte Constitucional mediante sentencia C-377 de 1998, examinó la exequibilidad de la Ley 411 de 1998, y consideró ajustado a la Constitución Política el hecho de que existiera una diferencia entre trabajadores oficiales y empleados públicos, en lo relacionado con el ejercicio del derecho de negociación colectiva, concediendo a los primeros el goce pleno del derecho, y restringiéndolo para los segundos, en razón a que no se puede afectar la facultad de las autoridades (*Congreso, Presidente en el plano nacional, asambleas, concejos, gobernadores y a los alcaldes en los distintos órdenes territoriales*), de fijar autónomamente las condiciones del empleo.

¹ Corte constitucional, Sentencia C-201 de 2002

En relación con el retiro de los empleados de las empresas creadas en virtud de la escisión del Instituto de Seguros Sociales es preciso tener en cuenta que el artículo 19 del mismo Decreto 1750 de 2003, dispone:

Artículo 19. Permanencia. *Los servidores del Instituto de Seguros Sociales incorporados como empleados públicos a la planta de personal de las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto tendrán derecho de acceder a la carrera administrativa a través del proceso de selección que previa convocatoria se adelante para proveer el empleo. Mientras permanezcan en provisionalidad solo podrán ser retirados del cargo por las causales señaladas en el artículo 37 de la Ley 443 de 1998 y demás normas que la modifiquen o adicionen, o por supresión del cargo.*

Dado el cambio de naturaleza de la vinculación, las causales de retiro que se deben atender para los empleados de las nuevas Empresas Sociales del Estado serían las dispuestas para los demás empleados públicos, esto es, las contenidas en la Ley 443 de 1998.

Teniendo en cuenta que el artículo 37 de la mencionada Ley no contempla la supresión de cargos como causal de retiro, la Corte Constitucional consideró que en ese caso debía otorgarse una indemnización a quien estuviere desempeñando el cargo en provisionalidad.²

En cumplimiento de lo anterior el Decreto 2866 de 2007 que suprimió la E.S.E. Policarpa Salavarrieta, estableció en el artículo 14 la tabla de indemnización a que tienen derecho los servidores públicos incorporados automáticamente a la planta de personal de la entidad, como empleados públicos, cuyos empleos sean suprimidos como consecuencia de la liquidación de la entidad, y en cumplimiento del mismo se estableció el monto de la indemnización a favor del actor.

² Sentencia C-349 de 2004.

Ahora bien, la solicitud para la aplicación del Decreto 2351 de 1965, no está llamada a prosperar, puesto que dicha norma introduce unas reformas al Código Sustantivo del Trabajo, y aquella legislación es aplicable en su parte individual a las relaciones laborales de carácter particular (artículo 3°), en tanto el actor como ya quedó establecido, ostenta la calidad de empleado público, y como tal no le es aplicable dicho estatuto.

En relación con las pretensiones subsidiarias, teniendo en cuenta que los argumentos que sustentan la solicitud se contrae igualmente a la aplicación de la convención colectiva, tampoco tienen vocación de prosperidad por las razones antes expuestas.

En consecuencia se confirmará la sentencia del Tribunal Administrativo del Tolima, que negó las pretensiones de la demanda.

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida el 13 de noviembre de 2009 por el Tribunal Administrativo del Tolima dentro del proceso promovido por Germán Calle Aguilar, contra la E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación.

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

Discutida y aprobada en sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO