

OMISION REGLAMENTARIA EN RELACION CON PREPENSIONADOS EN LIQUIDACION DE LA ESE LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO – No se presenta por contar con protección legal

Puede hablarse de una acción de nulidad dirigida contra un Decreto Reglamentario, por razón de haber dejado de atender un asunto que era propio de la materia reglamentada, habiendo incurrido con ello en una omisión, por razón de la cual pueden haberse desconocido o vulnerado derechos de determinado sector laboral de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento. No obstante, la Sala encuentra que en el sub-judice, no se está frente a una omisión Legislativa, porque el Derecho a la Seguridad Social de los pre-pensionados está salvaguardada por la Ley 812 de 2003, que en el artículo 8° previó su protección especial, al establecer la garantía de permanencia en el cargo hasta el reconocimiento de la pensión de jubilación o vejez y que fue recogida por los artículos 8° del Decreto Ley 254 de 2000 y la Ley 1105 de 2006. Por tanto, de la lectura armónica de las disposiciones analizadas y bajo el principio constitucional de favorabilidad, es posible sostener que está garantizado el derecho de los prepensionados, porque conforme lo ha expresado la Corte Constitucional, solo es posible hablar de éstos en el caso en que los beneficiarios hayan cumplido las condiciones fijadas para acceder al derecho pensional.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 3202 DE 2007 (24 DE AGOSTO) ARTICULO 12 PARAGRAFO, GOBIERNO NACIONAL (NO NULO)

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 254 DE 2000 / LEY 1105 DE 2006

LEVANTAMIENTO DE FUERO SINDICAL EN LA LIQUIDACION DE LA ESE LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO – Se sujeta a las normas legales

No puede entenderse la acusación de la expresión “(...) dentro de los términos y condiciones establecidas en las normas que rigen la materia (...)” contenida en el artículo 13 del Decreto 3202 de 2007 como la exigencia en la realización de los procesos de levantamiento de fuero sindical por parte del Liquidador, pues con ella se consagrara la obligación del Liquidador de sujetarse en todo a las disposiciones legales de carácter laboral que tratan del levantamiento del fuero sindical, sin que de la misma pueda derivarse una interpretación como la planteada por el actor y consistente en el desconocimiento del alcance que frente a las normas laborales contenidas en los artículos 113, 114 y 118 del Código Procesal del Trabajo le otorgó la Corte Constitucional.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 3202 DE 2007, (24 de agosto), ARTICULO 13, GOBIERNO NACIONAL (NO NULO)

FUENTE FORMAL: LEY 254 DE 2000 / LEY 1105 DE 2006 / CODIGO PROCESAL DEL TRABAJO – ARTICULO 113 / CODIGO PROCESAL DEL TRABAJO – ARTICULO 114 / CODIGO PROCESAL DEL TRABAJO – ARTICULO 118

INDEMNIZACION POR SUPRESION DEL CARGO EN LA ESE LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO – No aplicación de la convención colectiva ya que su prórroga no constituye un derecho adquirido

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. En el caso que nos ocupa, es decir, el relativo al reconocimiento económico de la indemnización por la supresión del cargo, su estipulación convencional no puede considerarse que haya ingresado al patrimonio de los trabajadores, por el mero hecho de haber contado con la posibilidad remota de adquirirlos en la nueva planta de personal de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 3202 DE 2007 (24 de agosto) ARTICULO 14 NUMERAL 1 / ARTICULO 14 NUMERAL 2, ARTICULO 14 NUMERAL 3 / GOBIERNO NACIONAL (NO NULO)

FUENTE FORMAL: CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL – ARTICULO 478

INDEMNIZACION POR SUPRESION DEL CARGO EN LA ESE LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO – Contabilización del tiempo para pago. No vulneración derecho a la igualdad

El accionante anotó que la expresión acusada del párrafo segundo del artículo 14 del Decreto 3202 de 2007 en cuanto excluyó con tal determinación a los trabajadores nombrados en la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, que se escindieron del Instituto de Seguros Sociales afecta el derecho a la igualdad y la sentencia C-349 de 2004. Cuando la norma sólo se refiere a la manera como debe contabilizarse el tiempo para el pago de la indemnización por la supresión del empleo y cuando su anulación implicaría que en todo caso, los únicos servidores públicos beneficiarios de la indemnización por supresión del cargo fueran quienes fueron incorporados de manera automática como empleados públicos de la planta de personal de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, es decir, quienes hubiesen sido nombrados o hubiese contado con un contrato a término indefinido con el Instituto de Seguros Sociales al momento de la escisión. Por lo tanto al no contener la norma enjuiciada, la exclusión atribuida por el actor, su declaratoria de nulidad supondría que la indeterminación de la fecha a partir de la cual se contabiliza el tiempo de servicios de los servidores públicos de la Empresa Social del Estado para efectos de la indemnización.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 320 DE 2007 (24 DE AGOSTO) ARTICULO 14 PARAGRAFO SEGUNDO (NO NULO)

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 1750 DE 2003 – ARTICULO 17

INDEMNIZACION POR SUPRESION DEL CARGO EN LA ESE LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO – No reconocimiento a empleado provisional / EMPLEADO PROVISIONAL – No goza de fuero de estabilidad

Aduce que el párrafo tercero del artículo 14 del Decreto 3202 de 2007 al excluir del pago de la indemnización a un segmento de trabajadores, afecta el derecho constitucional a la igualdad, toda vez que, al constituir la indemnización una prestación social que a su vez, es un derecho adquirido. Resulta incomprensible pretender que a través de la declaratoria de nulidad, se incluyan un grupo de funcionarios que son de libre nombramiento y remoción o que ocupan cargos pero no se encuentran inscritos en Carrera Administrativa, los cuales no gozan de periodo o fuero alguno que les garantice una relativa estabilidad en el empleo, pues su nombramiento en la entidad tiene el carácter ordinario o de provisional y

por contar con tales nombramientos, pueden ser retirados del servicio en cualquier momento, ya sea en el ejercicio de la facultad discrecional o por cualquiera otra de las causales, que dan lugar a la desvinculación del mismo.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 3202 DE 2007 (24 de agosto) PARAGRAFO TERCERO, GOBIERNO NACIONAL (NO NULO)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013)

Radicación número: 11001-03-25-000-2008-00029-00 (0862-08)

Actor: ALBERTO PARDO BARRIOS

Demandado: GOBIERNO NACIONAL

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala la demanda de acción de nulidad de los artículos 12, 13 y 14 del Decreto 3202 de agosto 24 de 2007 expedido por el Gobierno Nacional, incoada por el señor Alberto Pardo Barrios.

LA DEMANDA

Estuvo encaminada a obtener la nulidad de los artículos 12 parágrafo, 13 y 14, numerales 1°, 2° y 3°; y los párrafos 2° y 3° del Decreto 3202 de 24 de agosto de 2007, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se suprimió la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento y se ordenó su liquidación

Para fundamentar las pretensiones expuso los siguientes hechos:

Mediante el Decreto Ley 1750 de 26 de junio de 2003, el Gobierno Nacional escindió del sector de la salud al Instituto de Seguros Sociales, y creó siete Empresas Sociales del Estado, del orden Nacional, entre ellas la Luis Carlos Galán Sarmiento; que sustituyó como empleador al ISS, por lo tanto estas dos (2) Entidades deben responder solidariamente frente a los trabajadores.

Como consecuencia surgió el fenómeno de la sustitución patronal, pues resaltó, que el establecimiento nuevo no sufrió variaciones esenciales en cuanto a la prestación del servicio público y continuaron realizando las labores que antes ejercían.

Con anterioridad a la escisión, el Instituto de Seguros Sociales suscribió una serie de Convenciones Colectivas de Trabajo entre el 1° de noviembre de 1996, 31 de octubre de 1999 y 1° de noviembre de 2001. Esta Convención Colectiva la suscribió SINTRAISS en Representación de todas las organizaciones sindicales enumeradas en el título preliminar de la misma.

En el año 2001, entre la Organización Sindical y el Instituto de Seguros Sociales, se suscribió una nueva Convención Colectiva de Trabajo vigente entre el 1° de noviembre y el 31 de octubre de 2004. Esta Convención Colectiva la suscribió SINTRASEGURIDAD SOCIAL, en Representación de todas las organizaciones sindicales, es decir, SINTRAISS, ASMEDAS, ANDEC, ANEC, ASOCOLQUIFAR, ASTECO, ASDOAS, ASBAS, ACODIN, ASINCOLTRAS y ACITEQ.

La Convención Colectiva descrita en el anterior numeral está vigente actualmente, ya que no ha sido denunciada y, no hay una nueva que la reemplace, luego se prorroga automáticamente. Esta vigencia tiene mayor relevancia a raíz del fallo del Juzgado Segundo Laboral¹ que negó en primera instancia la revisión de la Convención demandada por el Instituto de Seguros Sociales, es decir, que por ministerio de la Ley continúan las prórrogas, y así se ha admitido en varias decisiones judiciales.

Por tanto, debe tenerse en cuenta el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Laboral,² que confirmó el proferido por el Juzgado Segundo Laboral, manteniéndose la Convención Colectiva de Trabajo vigente e incólume en su aplicación integral a todos los Trabajadores Oficiales y Empleados Públicos que trabajan inicialmente en el Instituto de Seguros Sociales y luego en las siete (7) Empresas Sociales del Estado creadas por el Decreto 1750 de 2003, de las cuales hoy se encuentran liquidadas seis (6).

Además, la Corte Constitucional mediante sentencia C-314 de 2004 ordenó que la Convención Colectiva de Trabajo vigente entre el Instituto de Seguros Sociales y sus trabajadores al momento de la escisión, se tenía que seguir aplicando a los servidores de las Empresas Sociales del Estado creadas, entre ellas la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento [demandada], así el Trabajador Oficial pasara a ostentar la condición de Empleado Público; la 'ratio decidendi' de tal sentencia fue la de respetar los derechos adquiridos de quienes eran trabajadores del ISS y pasaron a ser Empleados Públicos de las E.S.E., y por lo tanto, la continuación en la aplicación de los beneficios convencionales, así ya no pertenecieran al Instituto de Seguros Sociales.

Los derechos convencionales adquiridos, en el instante en que se escindió la Empresa Social del Estado del Instituto de Seguros Sociales, son derechos consolidados, no solo por mandato constitucional sino porque el artículo 5° del Decreto 1919 de 27 de enero de 2002.

No obstante el Gobierno Nacional decidió mediante el Decreto 3202 de 2007 suprimir la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento y ordenar su liquidación.

¹ [Juzgado Segundo Laboral, Proceso Ordinario No. 048 de 2005.](#)

² [Tribunal Superior del Distrito Judicial – Sala Laboral, sentencia de 29 de febrero de 2008, M.P. Dra. Carmen Elisa Gnecco Mendoza.](#)

Mediante Decreto 4992 de 31 de diciembre de 2007, el Gobierno Nacional modificó la planta de personal de la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación y dispuso la supresión parcial de cargos número de 1072 cargos de Empleados Públicos, 17 con fuero sindical y 50 Trabajadores Oficiales, incluyendo servidores beneficiarios de la protección especial por prejubilación y a los dirigentes sindicales aforados.

El 3 de enero de 2008 se comunicó la supresión de cargos a los servidores objeto del Decreto 4992 de 2007.

Finalmente se espera un nuevo Decreto de supresión de cargos para el mes de abril de 2008, con los recursos provenientes de la venta de las Clínicas San Pedro Claver y Misael Pastrana y de los CAA Hernando Zuleta y Alquería la Fragua, con desconocimiento de la garantía del retén social.

NORMAS VIOLADAS

Como disposiciones violadas se citan las siguientes:
Constitución Política, artículos 13, 25, 39, 55, 58 y 243; C.S.T., artículos 113, 114 y 118; Ley 712 de 2001; Ley 790 de 2002, artículo 2°; Ley 812 de 2003, artículo 8°; Convenio No. 098 de la Organización Internacional de Trabajo; Ley 4ª de 1992, artículo 1°; Decreto 1572 de 1998, artículo 139; Decreto 554 de 2003, artículo 16.

CONCEPTO DE VIOLACIÓN

PRIMER CARGO: Violación directa de normas superiores por parte del párrafo acusado del artículo 12 del Decreto 3202 de 2007.

Aduce que se trata de una omisión en la norma por cuanto dejó por fuera de ese retén social a los denominados prejubilados.

La Seguridad Social en Colombia adquirió perfiles propios, toda vez que, su diseño quedó sujeto a las modalidades de la teoría de la Seguridad Social [Sistemas de Bismark, Beveridge, y Mixtos], por tanto, los principios de la Seguridad Social establecidos en el artículo 48 de la Carta Política, son la universalidad, solidaridad y eficiencia.

La orientación de la Organización Internacional del Trabajo – OIT [Recomendación 167] es la conservación de los derechos en materia de Seguridad Social. No existe la menor duda sobre los derechos ya adquiridos, en materia de pensiones, por tanto, la inquietud surge cuando el derecho no está aún consolidado.

Si bien es cierto que las meras expectativas no son protegidas y pueden ser modificadas por la Ley, las expectativas legítimas, en materia pensional, si merecen protección por parte del Legislador, de ahí la existencia de regímenes de transición [sentencias C-168/95, C-147/97 y T-235/02].

En el campo de las expectativas legítimas, con ocasión de la expedición de la Ley 790 de 2002, que permite adelantar programas de renovación de la administración pública, entre ellas, por ejemplo suprimir o escindir entidades para reducir el tamaño del Estado, el Legislador consagró en el artículo 12 una protección especial para los trabajadores que quedarían

afectados con las medidas que se adoptaren. Se estableció un derecho de estabilidad que finalizaría en el año 2005, derecho basado en la confianza legítima que tiene quien se acerca al momento de pensionarse, de que no van a ser modificadas abruptamente las “reglas de juego.”

Luego la protección especial establecida en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, fue modificada por la Ley 812 de 2003, artículo 8°, salvo en lo relacionado con los servidores próximos a pensionarse, cuya garantía deberá respetarse hasta el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez.

En el presente caso, el ISS y la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento que sustituyó al ISS en todas sus obligaciones laborales, están obligados a responder solidariamente por todos los pagos laborales y de la Seguridad Social y, por lo tanto, están obligados a cumplir la Ley y la Convención Colectiva de Trabajo de la que son beneficiarios todas las personas que laboraban en el Instituto de Seguros Sociales y ahora en la Empresa Social del Estado.

SEGUNDO CARGO: Violación directa de normas superiores en la parte acusada del artículo 13 del Decreto 3202 de 2007

Hace consistir el cargo en que el fuero sindical conforme al artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo, es la garantía que tienen algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de las misma empresa o a un Municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el Juez del Trabajo.

Además la Carta Política confiere especial jerarquía a esta figura, que se ha convertido en un mecanismo de rango constitucional para proteger la libertad sindical y el derecho de asociación de los trabajadores. El artículo 39 protege el fuero para los Representantes Sindicales, a fin de que éstos puedan cumplir sus gestiones porque sólo sí los dirigentes de esas asociaciones gozan de protección especial a su estabilidad laboral, podrán realizar libremente sus tareas en beneficio de los trabajadores, sin temor a represalias patronales.

La Corte Constitucional en sentencia C-381/00 resaltó que la garantía foral busca impedir que mediante el despido, el traslado o el desmejoramiento de las condiciones de trabajo, el empleador pueda perturbar indebidamente la acción legítima que la Constitución reconoce a los sindicatos; de ahí deduce el Alto Tribunal que el fuero es un mecanismo establecido primariamente a favor del sindicato, y secundariamente para proteger la estabilidad laboral de los Representantes de los trabajadores.

TERCER CARGO: Violación directa de normas superiores de los apartes demandados del artículo 14 del Decreto 3202 de 2007.

La sentencia C-349 de 2004 de la Corte Constitucional abogó por una visión no restringida de los derechos adquiridos, y mantiene la orientación casi

inalterable que ha tenido igualmente la Corte Suprema de Justicia sobre esta materia, en fallos de constitucionalidad.³

Además la sentencia C-314 de 2004 de la Corte Constitucional se refirió expresamente a los derechos adquiridos mediante Convención Colectiva en el ISS que se prolongarían a quienes pasaron a las Empresas Sociales del Estado por la escisión, en consecuencia para tasar la indemnización se debe tener en cuenta la Convención Colectiva de Trabajo y no la establecida en el Decreto acusado, que es diferente y desconoce los derechos adquiridos.

CUARTO CARGO: Violación de normas superiores por la parte acusada del párrafo segundo del artículo 14 del Decreto 320 de 2007.

El Decreto 1750 de junio de 2003, creó, entre otras, la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento, que sustituyó como empleador, en todas sus obligaciones laborales y derechos al Instituto de Seguros Sociales.

El mismo Decreto 3202 de 2007, en gracia de discusión, estableció una indemnización por retiro para quienes tuvieran menos de cinco (5) años de servicios continuos: cuarenta y cinco (45) días de salario por el primer año; y quince (15) días de salario por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos. Si eso fuera cierto, y dado que hace casi cinco años se creó la ESE, carece de explicación que el citado Decreto estableciera la indemnización para la planta de personal de la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento en cumplimiento de la sentencia C-349 de 2004, y a región seguida la quitara para los funcionarios de la referida ESE designados después de junio de 2003, lo cual no es coherente

QUINTO CARGO: Violación de normas superiores por parte del párrafo tercero del artículo 14 del Decreto 3202 de 2007

Argumentó que la Corte Constitucional en sentencia C-349 de 2004 ha resaltado la indispensable indemnización frente al retiro del personal de Carrera. Existe pues una relación directa entre la indemnización y la afectación a la estabilidad laboral.

La Corte Constitucional llegó inclusive a señalar que es indispensable la indemnización aunque se trate simplemente de procesos de reestructuración que impliquen supresión de cargo y aun de funcionarios en provisionalidad, con mayor razón si están en Carrera Administrativa, por tanto, ese derecho de permanencia basado en el artículo 53 de la Constitución Política cuando es afectado, comporta la obligación de pagar una indemnización.

Lo anterior responde a la denominada “estabilidad imperfecta”, en cuanto atenúa el retiro con una indemnización que busca compensar el daño que se le genera al trabajador al ser retirado de sus labores y tiene carácter de reparadora o compensatoria.

³ De la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, sentencias de 2 de marzo de 1918, 28 de octubre de 1925, 9 de noviembre de 1937, 28 de febrero de 1946, 6 de febrero de 1967 y 12 de diciembre de 1974. De la **CORTE CONSTITUCIONAL**, las sentencias C-16895, C-26285, C-58497, C-45302.

Este comportamiento configura la causal de nulidad conocida como desviación de poder, porque habiendo un motivo verdadero (la liquidación de la empresa), la finalidad del párrafo acusado es la de esquivar el pago de la indemnización a un segmento de trabajadores, afectando el derecho constitucional a la igualdad. (Fls. 75-109)

SUSPENSIÓN PROVISIONAL

Mediante Auto de 19 de marzo de 2008 se admitió la demanda y negó la suspensión provisional de los efectos del acto acusado. (Fls. 112-119)

CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

El Departamento Administrativo de la Función Pública, de folios 150 a 166 por intermedio de apoderado dio contestación a la demanda y solicitó negar las súplicas.

Argumentó que los cargos formulados por el actor no se estructuran sobre lo que dice el Decreto y la forma en que los preceptos acusados vulneran la Constitución y la Ley, sino en la interpretación que ha querido darle el acto.

Los derechos adquiridos no dependen de la categoría de servidor público en que se encuentre el trabajador, sino en el vínculo laboral, el cual solo es creado y determinado por la Ley, pero cuando se presenta un cambio en la naturaleza jurídica de una entidad pública, dichos derechos se basan en los salarios y prestaciones sociales, pero no en los beneficios inherentes y connaturales a una clase de empleo público.

Después de haber realizado varios análisis de Sentencias de la Corte Constitucional y Leyes concluyó que la supresión de cargos en los procesos de liquidación de entidades públicas es constitucionalmente admisible, ya que no irrespetan derecho alguno en el ordenamiento jurídico.

La ESE Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación, está obligada a mantener empleos que no hagan parte del mencionado fin estatal.

Concluyó que lo que se encuentra estipulado en la Convención Colectiva de Trabajo, suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDAD, es que los únicos destinatarios son los trabajadores oficiales vinculados a la planta de personal del ISS y no los empleados públicos de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento.

De igual manera aclaró que solamente podrían alegar el derecho a continuar devengando emolumentos salariales y prestaciones sociales, son los empleados que al momento de la escisión fueron incorporados sin solución de continuidad en las plantas de personal de las diferentes Empresas Sociales del Estado, y esto sería dable porque tienen derechos adquiridos y no porque sean beneficiarios de una Convención Colectiva.

Por los anteriores motivos, consideró que las apreciaciones del actor son infundadas, y aún más cuando cree que las tablas de indemnización previstas en la Convención Colectiva anteriormente mencionada, también aplican a los empleados de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, situación que es imposible, puesto que esta Entidad, fue creada dos años después de

la celebración de la Convención Colectiva, por lo que no se puede reconocer un resarcimiento pecuniario por la supresión de los cargos.

El Ministerio de la Protección Social, a través de apoderado solicitó denegar las pretensiones de la demanda (Fls. 178- 200), con los argumentos que se resumen así:

No puede existir sustitución patronal como consecuencia de la escisión del Instituto de Seguros Sociales y creación de la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento; pues lo que sí se presentó para la Administración, fue un cambio de régimen jurídico de los Trabajadores Oficiales a Empleados Públicos, respetando el tema de las expectativas y derechos adquiridos.

Aclaró que esta Empresa Social del Estado fue liquidada por no cumplir con el objeto para el cual fue creada, ya que presentaba una organización inadecuada, con múltiples niveles de autoridad que limitaban la rapidez en la toma de decisiones y un adecuado control, trayendo consigo un déficit presupuestal.

La supresión de cargos se encuentra consagrado en el Decreto Ley 254 de 2000 artículo 8° modificado por el artículo 8° de la Ley 1105 de 2006, en donde se considera como una obligación del Liquidador elaborar un programa para tal fin, sin que se establezca un régimen de estabilidad laboral para un grupo de personas, y por lo tanto, tal normatividad solo impone la obligación de atender la estabilidad laboral relativa de quienes se encuentran escalafonados en Carrera Administrativa o gozan de fuero sindical.

El Gobierno Nacional dispuso la protección temporal de algunos servidores públicos, como es el caso de personas con discapacidad y madres o padres cabeza de familia, como una acción a favor de los más débiles, por tanto no se afecta el derecho a la igualdad, pues tal discriminación positiva supera el test de razonabilidad en tanto que mitiga el impacto que puede producir la desvinculación inmediata de esta clase de servidores a causa de la liquidación y supresión.

Dentro de la norma demandada sí se incluyeron los prepensionados, de tal manera que el actor estaría incurriendo en preposiciones inexistentes; además en la demanda se cita y se desarrollan supuestos cargos de violación, que en realidad ninguno permite establecer si existe una oposición objetiva y verificable entre el contenido del parágrafo 12 del Decreto 3202 de 2007 y las normas de rango superior señaladas por el actor, es decir, no se puede aplicar un juicio de legalidad de la normatividad impugnada, y por consiguiente se deben desestimar las súplicas deprecadas.

En cuanto a los derechos de los aforados, sostuvo que el Liquidador debe ajustarse a todas las disposiciones legales de carácter laboral para poder realizar el levantamiento del fuero sindical, para que no se presente una interpretación errada como la del actor.

Trajo a colación la Sentencia C-349 de 2004 de la Corte Constitucional y concluyó que se deben respetar los derechos adquiridos, como son las

prestaciones causadas o ingresadas al patrimonio de la persona, y por ello son intangibles e inmodificables por normas posteriores; complementó su argumentación haciendo mención al artículo 58 de la Carta Política, el cual predica que un derecho goza de protección constitucional cuando ha sido adquirido con arreglo a la Ley.

En el sub-judice en cuanto al reconocimiento económico de la indemnización por supresión del cargo, la estipulación convencional no puede considerarse que haya ingresado al patrimonio de los trabajadores por el solo hecho de haber contado con la posibilidad remota de adquirirlos en la nueva planta de personal de las Empresas Sociales del Estado, contando con un nombramiento de carácter provisional, y aclaró que este beneficio pecuniario no puede tenerse como una prestación social, entendiéndolos como dineros adicionales al salario, sino como un mecanismo de menguar la pérdida de la estabilidad laboral.

Solamente los funcionarios de cargos de Carrera Administrativa tienen derecho a exigir su incorporación a un empleo equivalente en la nueva planta o a la indemnización, 'contrario sensu' los empleados de libre nombramiento y remoción no pueden alegar derechos adquiridos frente a la supresión del empleo y su retiro; con mayor razón los funcionarios con nombramiento provisional no pueden pretender estos derechos.

El artículo 14 del Decreto 3202 de 2007, acusado por el actor se encuentra en total sujeción con el artículo 17 del D.L. 1750 de 2003, artículo 17, pues consagró para los servidores públicos afectados por la escisión los beneficios de la incorporación automática, la no solución de continuidad y la manera como se contabiliza el término para todos los efectos legales. Por estos motivos aseguó que la acusación es infundada.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público de folios 209 a 219 a través de apoderado contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones. Afirmó que el Estado detenta la facultad constitucional de modificar, estructurar, suprimir o de cambiar el régimen de los empleados públicos, sin que con ello se vulnere ningún precepto de la Carta Política.

Expuso la teoría de los derechos adquiridos, según la cual, son aquellos que han ingresado definitivamente al patrimonio de una persona, por haber agotado todos los supuestos de una norma, y por consiguiente los que no se han consolidado como tales, solo se convierten en meras expectativas.

En cuanto a la liquidación de las Empresas Sociales del Estado, manifestó que es debido a una ineficiencia administrativa e inviabilidad financiera, y por esto, bajo los parámetros constitucionales y legales se suprime, liquida y extingue la persona jurídica, produciendo como efecto inmediato el desaparecimiento de las obligaciones de esa persona, entre ellas las de contenido laboral.

Aceptó que con fundamento en las Leyes 489 y 909 de 2004 se expidió el Decreto 4992 de 31 de diciembre de 2007, el cual aprobó la modificación de la planta de personal de la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento y aclaró que en cuanto a la tabla de indemnización nada dijo esta Norma.

Sobre el fuero sindical indicó que mediante el artículo 3° del Decreto 4992 de 2007 se garantiza que las personas que se encuentran amparadas, se mantendrán temporalmente en sus cargos, hasta el momento en que por medio de sentencia se autorice su levantamiento, vencimiento del término del fuero o terminación del proceso de liquidación; por estos motivos, concluyó que el Gobierno Nacional no vulnera la Constitución al aprobar la supresión de cargos.

La argumentada sustitución patronal, no ocurrió por el Instituto de Seguro Social y las Empresas Sociales del Estado creadas porque a partir de su escisión son personas jurídicas diferentes, independientes y autónomas, y sobre los empleados públicos tampoco ocurre esta figura, ya que la razón de ser de la sustitución patronal es la continuidad de los contratos de trabajo y para esta clase de empleados su vinculación es de carácter legal y reglamentario.

Respecto al alcance de la Sentencia C-349 de 2004, dijo que sus efectos solo comprenden aquellos trabajadores vinculados al Instituto de Seguros Sociales que por disposición del Decreto 1750 de 2003, pasaron automáticamente y sin solución de continuidad, y no aquellos que sufrieron un tránsito de régimen laboral, ya que el nombramiento de estos es señalado por la Ley.

Por último expresó que la indemnización es indispensable en casos de reestructuración que implican supresión de cargos, y no de una manera generalizada frente al retiro del personal como lo señaló el demandante.

CONCEPTO FISCAL

El Procurador Tercero Delegado ante el Consejo de Estado, en Concepto que corre de folios 316 a 322, solicitó que se nieguen las súplicas de la demanda.

Argumentó que se puede impetrar una acción de nulidad, por omisión Legislativa, como se ha planteado en cuanto a los prejubilados, pero este no es el caso, puesto que los derechos están salvaguardados por la Ley 812 de 2003 artículo 8°, pues les ha garantizado su permanencia en el cargo hasta el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez.

También se están vulnerando los derechos adquiridos, porque según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, solo se podría hablar de estos en el caso en que los beneficiarios hayan cumplido las condiciones fijadas para acceder al derecho pensional.

El artículo 13 del Decreto 3202 de 2007, no se puede declarar nulo, porque lo que hace es una remisión a las normas que regulan el procedimiento del levantamiento del fuero sindical, y por ende implica que el respectivo sindicato debe ser vinculado al proceso.

Se refirió a la indemnización para empleados públicos en Convención Colectiva, aduciendo que la reestructuración conlleva la asunción de nuevas funciones, obligaciones, derechos, condiciones y restricciones, y esta clase de empleados no pueden ser beneficiarios como si lo pueden ser los trabajadores oficiales.

Pero aclaró que este beneficio pecuniario, esta previsto para los empleados públicos que en forma automática y sin solución de continuidad pasaron a laborar al servicio de la Empresa Social del Estado, que por medio del acto acusado se ordenó su supresión y liquidación, y es válido sostener que los posesionados con anterioridad pero que venían de la Entidad escindida, también son beneficiarios de la indemnización prevista en el artículo 14, pues lo que hace el aparte atacado es reconocer el tiempo laborado en el ISS.

Como no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Consiste en determinar si los trabajadores oficiales que prestaban sus servicios al Instituto de Seguros Sociales y posteriormente fueron vinculados como empleados públicos a la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento tienen derecho a los beneficios convencionales luego de escindidos del ISS.

ACTO ACUSADO

Decreto No. 3202 de 24 de agosto de 2007, por el cual, el Gobierno Nacional, suprimió la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento y ordenó su liquidación. Los apartes demandados, son:

“En ejercicio de las facultades que le confieren el numeral 15 del artículo 189 de la Constitución Política, el artículo 52 de la Ley 489 de 1998 y de conformidad con el Decreto-Ley 254 de 2000 y la Ley 1105 de 2006 y,

(...)

DECRETA:

(...)

CAPÍTULO III DISPOSICIONES LABORALES

Artículo 12°. Supresión de empleos y terminación de la vinculación. La supresión de empleos y cargos como consecuencia del proceso de liquidación de la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación, dará lugar a la terminación del vínculo legal y reglamentario o contractual, según el caso, de los servidores públicos de conformidad con las disposiciones legales vigentes.

El Liquidador, dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que asuma sus funciones, elaborará un programa de supresión de cargos, determinando el personal que por la naturaleza de las funciones desarrolladas debe acompañar el proceso de liquidación.

En todo caso, al vencimiento del término de liquidación de la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación, quedarán automáticamente suprimidos todos los cargos existentes y terminarán las relaciones laborales de acuerdo con el respectivo régimen legal aplicable.

Parágrafo. El personal que tenga la condición de cabeza de familia sin alternativa económica; limitación visual o auditiva; limitación física o mental, continuará vinculado laboralmente, hasta la culminación de la liquidación de la entidad.

Artículo 13°. Levantamiento de fuero sindical. **Para efectos de la desvinculación del personal que actualmente goza de la garantía de fuero sindical, el Liquidador adelantará el proceso de levantamiento de dicho fuero, dentro de los términos y condiciones establecidas en las normas que rigen la materia, es decir, solicitando los pronunciamientos correspondientes en los mencionados procesos.**

Los jueces laborales deberán adelantar los procesos tendientes a obtener permiso para despedir a un trabajador amparado con fuero sindical, de las entidades que se encuentren en liquidación, dentro de los términos establecidos en la ley y con prelación a cualquier asunto de naturaleza diferente, con excepción de la acción de tutela.

Artículo 14°. Indemnización. **La tabla de indemnización a que tienen derecho los servidores públicos incorporados automáticamente como empleados públicos en la planta de personal de la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento en cumplimiento de la Sentencia C-349 de 2004, cuyos empleos sean suprimidos como consecuencia de la supresión y liquidación de la entidad, será la siguiente:**

1. Por menos de cinco (5) años de servicios continuos: Cuarenta y cinco (45) días de salario por el primer año; y quince (15) días de salario por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos.
2. Por cinco (5) años o más de servicios continuos y menos de diez (10) años: Cuarenta y cinco (45) días de salario por el primer año; y veinte (20) días de salario por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos.
3. Por diez (10) años o más de servicios continuos: Cuarenta y cinco (45) días de salario por el primer año; y cuarenta (40) días de salario **por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos.**

Parágrafo 1. **La indemnización se liquidará con base en el salario promedio causado durante el último año de servicio teniendo en cuenta los siguientes factores: Asignación básica mensual correspondiente al empleo del cual es titular a la fecha de su supresión, recargos dominicales y festivos, auxilio de alimentación y de transporte, prima de navidad, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones, prima individual de compensación y horas extras.**

Parágrafo 2. **Para los efectos de reconocimiento y pago de la indemnización de que trata el presente artículo, el tiempo de servicios continuos se contabilizará a partir de la fecha de nombramiento en el Instituto de Seguros Sociales como funcionario de la seguridad social o de suscripción del contrato a término indefinido.**

Parágrafo 3. Esta indemnización no aplica a quienes desempeñen cargos de libre nombramiento y remoción, ni a quienes hayan ingresado después del 26 de junio de 2003 a la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento, creada mediante el Decreto-ley 1750 de 2003. (...)” **(Negrilla y subrayado fuera de texto, corresponde a los apartes de la norma que se acusan).**

ANALISIS DE LA SALA

Fundamento Normativo del Decreto 3202 de 24 de agosto de 2007

El Gobierno Nacional expidió el Decreto 3202 de 2007, por el cual se ordenó la liquidación de la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento con fundamento en las facultades que le confieren el numeral 15 del artículo 189 de la Constitución Política, el artículo 52 de la Ley 489 de 1998 y de conformidad con el Decreto -Ley 254 de 2000 y la Ley 1105 de 2006, cuyo contenido literal es el siguiente:

El artículo 189-15 de la Constitución Política autoriza al Presidente de la República para “Suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales de conformidad con la ley” y el artículo 52 de la Ley 489 de 1998 dispone que el Presidente de la República “podrá suprimir o disponer la disolución y la consiguiente liquidación de entidades y organismos administrativos del orden nacional previstos en el artículo 38 de la presente ley cuando”

- 1. Los objetivos señalados al organismo o entidad en el acto de creación hayan perdido su razón de ser.**
- 2. Los objetivos y funciones a cargo de la entidad sean transferidos a otros organismos nacionales o a las entidades del orden territorial.**
- 3. Las evaluaciones de la gestión administrativa, efectuadas por el Gobierno Nacional, aconsejen su supresión o la transferencia de funciones a otra entidad.**
- 4. Así se concluya por la utilización de los indicadores de gestión y de eficiencia que emplean los organismos de control y los resultados por ellos obtenidos cada año, luego de realizar el examen de eficiencia y eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos, determinada la evaluación de sus procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño y la identificación de la distribución del excedente que éstas producen, así como de los beneficiarios de su actividad o el examen de los resultados para establecer en qué medida se logran sus objetivos y cumplen los planes, programas y proyectos adoptados por la administración en un período determinado.**
- 5. Exista duplicidad de objetivos y/o de funciones esenciales con otra u otras entidades.**
- 6. Siempre que como consecuencia de la descentralización o desconcentración de un servicio la entidad pierda la respectiva competencia.**

Parágrafo 1°. **El acto que ordene la supresión, disolución y liquidación, dispondrá sobre la subrogación de obligaciones y derechos de los**

organismos o entidades suprimidas o disueltas, la titularidad y destinación de bienes o rentas, los ajustes presupuestales necesarios, el régimen aplicable a la liquidación y, de conformidad con las normas que rigen la materia, la situación de los servidores públicos.

Parágrafo 2°. Tratándose de entidades sometidas al régimen societario, la liquidación se regirá por las normas del Código de Comercio en cuanto fueren compatibles con la naturaleza de la entidad cuya liquidación se realiza.”

De conformidad con la normatividad analizada, el Presidente de la República liquidó la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento porque, según las motivaciones del Decreto 3202 de 2007, el Estudio Técnico adelantado por el Ministerio de Protección Social “evidenció que los ingresos generados por la operación comercial de la empresa no dejan ningún margen de recursos para aplicar a inversión física, reposición tecnológica o desarrollo empresarial”. Adicionalmente, porque dicho estudio concluyó que: “(...) La ESE Luis Carlos Galán Sarmiento es una empresa con baja capacidad competitiva, derivada de una organización inadecuada, graves desequilibrios financieros, la obsolescencia de su tecnología e infraestructura, altos niveles de ineficiencia en su operación y cuestionados niveles en la calidad de sus servicios”, y además porque dicha empresa, “no avizora una mejoría en la prestación del servicio por los requerimientos de inversión en tecnología y en el reforzamiento estructural de sus unidades hospitalarias.”

Quiere decir que el Presidente de la República actuó dentro del marco de sus competencia al expedir el Decreto 3202 de 2007, por el cual se dispuso la supresión de cargos de la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento y la posterior liquidación de la entidad, además previamente la administración elaboró el correspondiente Estudio Técnico que sirvió de fundamento para su expedición.

A continuación la Sala entrará a analizar cada cargo.

PRIMER CARGO: Violación directa de normas superiores por parte del parágrafo acusado del artículo 12 del Decreto 3202 de 2007.

El accionante aduce que el artículo 12 del Decreto 3202 de 2007, trata de la supresión de empleos y cargos como consecuencia del proceso de liquidación de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación, lo cual dio lugar a la terminación del vínculo Legal y Reglamentario o Contractual, según el caso, de los Servidores Públicos, y en el Parágrafo, expresa que el personal que tenga la condición de cabeza de familia sin alternativa económica; limitación visual o auditiva; limitación física o mental, continuará vinculado laboralmente, hasta la culminación de la liquidación de la entidad, no tuvo en cuenta a los pensionados y por tanto está viciado de nulidad.

Al respecto dirá la Sala que no es claro como la disposición cuya nulidad se solicita contraviene las normas constitucionales y legales de quienes por su condición de género, física o económicamente son beneficiarios del retén social, pues tal decisión se adopta con sujeción a las facultades que le otorgan al Presidente de la República los artículos 189-15 de la Carta Política y 52 de la Ley 489 de 1998, y no contraviene las normas especiales que informan sobre el

proceso de liquidación de las entidades públicas como son el Decreto Ley 254 de 2000 y la Ley 1105 de 2006.

Además con relación a la supresión de cargos en la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento [objeto de liquidación], el Decreto Ley 254 de 2000 en su artículo 8° modificado por el artículo 8° de la Ley 1105 de 2006 dispuso que es obligación del Liquidador elaborar un programa de supresión de cargos, determinando el personal que por la naturaleza de las funciones desarrolladas debe acompañar el proceso de liquidación, previendo que al vencimiento del término de liquidación quedarán automáticamente suprimidos los cargos existentes y terminarán las relaciones laborales de acuerdo con el respectivo régimen legal aplicable, sin que se establezca un régimen de estabilidad laboral para un grupo de personas, por lo tanto, tal disposición solo impone la obligación en primer lugar de atender la estabilidad laboral relativa de quienes se encuentran escalafonadas en Carrera Administrativa o gozan de fuero sindical.

La circunstancia de que el Gobierno Nacional haya dispuesto la protección temporal de los servidores públicos de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, con discapacidad y a la madre o padre de familia sin alternativa económica, constituye una medida legítima, en cuanto es una acción afirmativa a favor de las personas más débiles, sin que afecte el derecho a la igualdad.

Ahora bien, la acción pública de nulidad consiste en la facultad que se concede a todo ciudadano para acusar ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa los actos administrativos violatorios de las disposiciones constitucionales y legales, con el fin de que mediante el fallo con efectos “erga omnes”, se retire del mundo jurídico la norma que ha sido declarada nula.

Es decir, que puede hablarse de una acción de nulidad dirigida contra un Decreto Reglamentario, por razón de haber dejado de atender un asunto que era propio de la materia reglamentada, habiendo incurrido con ello en una omisión, por razón de la cual pueden haberse desconocido o vulnerado derechos de determinado sector laboral de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento.

No obstante, la Sala encuentra que en el sub-judice, no se está frente a una omisión Legislativa, porque el Derecho a la Seguridad Social de los prepensionados está salvaguardada por la Ley 812 de 2003, que en el artículo 8° previó su protección especial, al establecer la garantía de permanencia en el cargo hasta el reconocimiento de la pensión de jubilación o vejez y que fue recogida por los artículos 8° del Decreto Ley 254 de 2000 y la Ley 1105 de 2006.

Por tanto, de la lectura armónica de las disposiciones analizadas y bajo el principio constitucional de favorabilidad, es posible sostener que está garantizado el derecho de los prepensionados, porque conforme lo ha expresado la Corte Constitucional, solo es posible hablar de éstos en el caso en que los beneficiarios hayan cumplido las condiciones fijadas para acceder al derecho pensional.

De suerte que, quienes no han cumplido los requisitos legales fijados para tener derecho a su pensión, solo guardan meras expectativas y mal se haría

en darles un trato preferencial, pues se estaría desconociendo el derecho a la igualdad, con relación a los demás trabajadores.

Por las anteriores razones, el cargo no está llamado a prosperar.

SEGUNDO CARGO: Violación directa de normas superiores en la parte acusada del artículo 13 del Decreto 3202 de 2007

Hace consistir el cargo en que el fuero sindical conforme al artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo, es la garantía que tienen algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de las misma empresa o a un Municipio distinto, “sin justa causa, previamente calificada por el Juez del Trabajo.”

No puede entenderse la acusación de la expresión “(...) dentro de los términos y condiciones establecidas en las normas que rigen la materia (...)” contenida en el artículo 13 del Decreto 3202 de 2007 como la exigencia en la realización de los procesos de levantamiento de fuero sindical por parte del Liquidador, pues con ella se consagrara la obligación del Liquidador de sujetarse en todo a las disposiciones legales de carácter laboral que tratan del levantamiento del fuero sindical, sin que de la misma pueda derivarse una interpretación como la planteada por el actor y consistente en el desconocimiento del alcance que frente a las normas laborales contenidas en los artículos 113, 114 y 118 del Código Procesal del Trabajo le otorgó la Corte Constitucional.

Además, la expresión cuya nulidad se demanda, en nada contraviene las normas constitucionales, por cuanto guarda coherencia con lo establecido en los artículos 7° del Decreto Ley 254 de 2000 y la Ley 1105 de 2006 que establece una prelación para el estudio y decisión de los procesos laborales tendientes a obtener permiso para despedir a un trabajador amparado con fuero sindical de las entidades que se encuentren en liquidación, dentro de los términos establecidos en la ley y que se funda en la circunstancia de que a una entidad pública en liquidación le apremia la resolución, a la mayor celeridad posible del levantamiento del fuero sindical de sus trabajadores, para poder terminar las relaciones laborales, conforme a los principios que rigen la función pública, teniendo en cuenta que se extingue la entidad donde labora.

Por otro lado, en la realización de los procesos de levantamiento de fuero sindical, intervienen los operadores judiciales, Jueces Laborales quienes también son los llamados a cumplir las normas del estatuto procesal del trabajo con los condicionamientos y alcances dados por la Corte Constitucional en sentencia C-381 de 2000.

En esas condiciones el cargo formulado no está llamado a prosperar.

TERCER CARGO: Violación directa de normas superiores de los apartes demandados del artículo 14 del Decreto 3202 de 2007.

Aduce el actor que la tabla de indemnización del artículo 14 del Decreto 3202 de 2007, es diferente a la contenida en la Convención Colectiva de Trabajo del Instituto de Seguros Sociales vigente, la que, en su consideración, constituye derecho adquirido para los trabajadores, el cual de acuerdo con la sentencia C-314 de 2004 de la Corte Constitucional, se prolongaría a

quienes pasaron a las Empresas Sociales del Estado por la escisión, y por lo tanto, tal disposición desconoce los artículos 55 y 58 de la Carta Política.

Al respecto dirá la Sala que el artículo 18 del Decreto 1750 de 2003 contempló una disposición respecto de los derechos adquiridos de los trabajadores que ingresaron automáticamente a la E.S.E., estableciendo lo 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.)

Mediante sentencia C-314 de 2004⁴ la Corte Constitucional analizó el referido artículo, frente a la posible vulneración del derecho a la negociación colectiva⁵ 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 Carta 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

⁴ De 1º de abril de 2004, M.P. doctor Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁵ Frente a este aspecto concluyó que el derecho a la negociación colectiva no es absoluto y que está inescindiblemente ligado a la naturaleza de la vinculación; la cual, a su turno. No puede considerarse tampoco como un derecho adquirido del trabajador. Al respecto, consideró:

“Los argumentos de la Sentencia, aunados a los que en esta oportunidad se consignan, permiten concluir que el cambio de régimen jurídico de los trabajadores oficiales que pasan a ser empleados públicos no vulnera el derecho a la negociación colectiva porque ni el mismo es un derecho adquirido, en tanto depende de la naturaleza de la vinculación jurídica del servidor con el Estado, ni es un derecho absoluto que no pueda ser objeto de restricciones justificadas por parte del legislador.”

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, fue reiterada en la Sentencia C-349 de 20 de abril de 2004, M.P. Dr. 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.”.

Ahora bien, de acuerdo con la copia de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL el 31 de octubre de 2001, 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. (...)”

Esta situación generada por el pronunciamiento de la Corte Constitucional no puede ser una excusa para que el demandante sostenga que con posterioridad a la vigencia de la Convención Colectiva de Trabajo materia de controversia aún era beneficiario de ella.

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 Social⁶, 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.

En el mismo sentido, en la providencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección ‘B’; de 1º de octubre de 2009, M.P. Dr. 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

⁶ “A menos que se hayan pactado normas diferentes en la Convención colectiva, si dentro de los sesenta (60) días inmediatamente anteriores a la expiración de su término las partes o una de ellas no hubiere hecho manifestación escrita de su expresa voluntad de darla por terminada, la Convención se entiende prorrogada por períodos sucesivos de seis (6) en seis (6) meses, que se contarán desde la fecha señalada para su terminación.”

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.”.

En el caso que nos ocupa, es decir, el relativo al reconocimiento económico de la indemnización por la supresión del cargo, su estipulación convencional no puede considerarse que haya ingresado al patrimonio de los trabajadores, por el mero hecho de haber contado con la posibilidad remota de adquirirlos en la nueva planta de personal de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento.

En esas condiciones no está llamado a prosperar el cargo.

CUARTO CARGO: Violación de normas superiores por la parte acusada del párrafo segundo del artículo 14 del Decreto 320 de 2007.

El accionante anotó que la expresión acusada del párrafo segundo del artículo 14 del Decreto 3202 de 2007 en cuanto excluyó con tal determinación a los trabajadores nombrados en la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, que se escindieron del Instituto de Seguros Sociales afecta el derecho a la igualdad y la sentencia C-349 de 2004.

Cuando la norma sólo se refiere a la manera como debe contabilizarse el tiempo para el pago de la indemnización por la supresión del empleo y cuando su anulación implicaría que en todo caso, los únicos servidores públicos beneficiarios de la indemnización por supresión del cargo fueran quienes fueron incorporados de manera automática como empleados públicos de la planta de personal de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, es decir, quienes hubiesen sido nombrados o hubiese contado con un contrato a término indefinido con el Instituto de Seguros Sociales al momento de la escisión.

Por lo tanto al no contener la norma enjuiciada, la exclusión atribuida por el actor, su declaratoria de nulidad supondría que la indeterminación de la fecha a partir de la cual se contabiliza el tiempo de servicios de los servidores públicos de la Empresa Social del Estado para efectos de la indemnización, atendiendo el primer inciso del artículo 14 acusado, necesariamente remitiría a la fecha de vinculación con el Instituto de Seguros Sociales en tanto, los únicos beneficiarios de la misma sólo pueden ser quienes hubiesen sido incorporados automáticamente a la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento.

Se precisa que la categoría ‘funcionario de la seguridad social’ no se predica de los servidores públicos de las Empresas Sociales del Estado escindidas del Instituto de Seguros Sociales, pues la clase de empleos en las entidades

públicas del orden nacional, como lo es la renombrada entidad, son de Carrera Administrativa, cuya provisión se realiza previo concurso público, por nombramiento en período de prueba o por ascenso o por nombramiento con el carácter de provisional cuando no se haya surtido el proceso de selección y, los de libre nombramiento y remoción, cuya provisión se realiza mediante nombramiento ordinario y los trabajadores oficiales, esos sí vinculados mediante contrato.

La norma acusada se encuentra en total sujeción a la norma superior contenida en el artículo 17 del Decreto Ley 1750 de 2003 que consagró para los servidores públicos que pasaron del Instituto de Seguros Sociales a las Empresas Sociales del Estado creadas por efecto de la escisión del primero, la incorporación automática, la no solución de continuidad y la manera como se contabilizaba el término para todos los efectos legales. El contenido literal de la norma, es el siguiente:

“Artículo 17. Continuidad de la relación. Los servidores públicos que a la entrada en vigencia del presente derecho 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.

Parágrafo. El tiempo de servicio de los servidores públicos que pasan del Instituto de Seguros Sociales a las Empresas Sociales del Estado, creadas en el presente decreto, se computará para todos los efectos legales, con el tiempo que sirvan en estas últimas, sin solución de continuidad.” (SE subraya)

De suerte que al encontrarse establecido que el tiempo de servicio en el Instituto de Seguros Sociales, para todos los efectos legales debe computarse con el tiempo de servicio de las Empresas Sociales del Estado, no es comprensible cómo a través de la presente acción.

Por las anteriores razones el cargo planteado no está llamado a prosperar.

QUINTO CARGO: Violación de normas superiores por parte del parágrafo tercero del artículo 14 del Decreto 3202 de 2007

Aduce que el parágrafo tercero del artículo 14 del Decreto 3202 de 2007 al excluir del pago de la indemnización a un segmento de trabajadores, afecta el derecho constitucional a la igualdad, toda vez que, al constituir la indemnización una prestación social que a su vez, es un derecho adquirido.

Debe tenerse en cuenta que los servidores públicos que fueron vinculados automáticamente, sin solución de continuidad en las nuevas plantas de personal de las siete (7) Empresas Sociales del Estado, en virtud de la naturaleza de los empleados de estas entidades del orden nacional, en su mayoría se encuentran o encontraban en situación de provisionalidad, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 19 del Decreto Ley 1750 de 2003, se

garantizó su permanencia en los cargos a los cuales se les vinculó, pues solo podían ser retirados del cargo por las causales señaladas en el artículo 37 de la ley 443 de 1998, o por supresión del cargo; beneficio que se radicó exclusivamente en cabeza de quienes fueron vinculados de manera automática.

Por tanto, resulta incompresible pretender que a través de la declaratoria de nulidad, se incluyan un grupo de funcionarios que son de libre nombramiento y remoción o que ocupan cargos pero no se encuentran inscritos en Carrera Administrativa, los cuales no gozan de periodo o fuero alguno que les garantice una relativa estabilidad en el empleo, pues su nombramiento en la entidad tiene el carácter ordinario o de provisional y por contar con tales nombramientos, pueden ser retirados del servicio en cualquier momento, ya sea en el ejercicio de la facultad discrecional o por cualquiera otra de las causales, que dan lugar a la desvinculación del mismo.

Como lo ha reiterado la jurisprudencia del Consejo de Estado tratándose de funcionarios de libre nombramiento y remoción y de nombramientos provisionales, no generan fuero de estabilidad, ya que puede la administración tener otras razones encaminadas a la mejor prestación del servicio que le indiquen que la mejor decisión es prescindir del funcionario; es decir, que el nominador bien puede hacer uso de la facultad discrecional que le asiste para remover a esta clase de empleados,

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

NIÉGASE la nulidad de los artículos 12, parágrafo; 13 y 14, numerales 1º, 2º y 3º, y los parágrafos 2º y 3º del Decreto No. 3202 de 24 de agosto de 2007, expedido por el Gobierno Nacional, por medio del cual se suprimió la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento y ordena su liquidación.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA
MONSALVE

GERARDO

ARENAS

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

**ALFONSO VARGAS RINCÓN
QUINTERO**

LUIS RAFAEL VERGARA