

AUXILIARES DE SERVICIOS GENERALES INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGIA – Naturaleza jurídica. Empleados públicos

Se precisa que los 8 cargos que se crearon de auxiliares de servicios generales en el Decreto 165 de 2004, si bien en su denominación en apariencia corresponderían a trabajadores oficiales, en cuanto se refieren a servicios generales, pues el parágrafo del artículo 26 de la Ley 10 de 1990, indica "*Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones*", norma que se aplica a la ESE, por disposición del numeral 5 del artículo 195 de la Ley 100 de 1993, se destaca que como se detalló anteriormente en la exposición del estudio técnico, realmente tienen funciones de empleados públicos, pues ejercen labores paramédicas o médicas, como lo indicó la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 29 de junio de 2011.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 165 DE 2004 (22 DE ENERO), GOBIERNO NACIONAL (NO NULO)

FUENTE FORMAL: LEY 10 DE 1990 - ARTICULO 26 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 195 NUMERAL 5

TRABAJADORES OFICIALES DEL INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGIA – Cambio de naturaleza. Empleado público. Derechos adquiridos

En el caso en estudio, esto es la legalidad del Decreto 165 y la Resolución 62 de 2004, la Sala considera que estos actos fueron expedidos con sujeción al régimen jurídico vigente, modificando una vinculación laboral, para quienes eran trabajadores oficiales y pasaron a ser empleados públicos, en cumplimiento de lo ordenado por la Ley 10 de 1990 y las decisiones de la Corte Constitucional. Igualmente, precisa la Sala que la vinculación de quienes eran trabajadores oficiales antes de la expedición del Decreto 165 de 2004 y pasaron a ser empleados públicos, no era inamovible, pues aunque el tipo de relación laboral genera derechos y expectativas, en sí misma no es un derecho adquirido y absoluto del servidor público, porque de ser así, la administración quedaría petrificada si los intereses particulares de aquél primaran sobre el interés general de la entidad pública.

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 62 DE 2004 (22 DE ENERO) DIRECTOR NACIONAL DE CANCEROLOGIA (NO NULO)

TRABAJADORES OFICIALES DEL INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGIA – Cambio de naturaleza a empleados públicos. Aplicación de la convención colectiva durante su vigencia

El respeto de los derechos adquiridos derivados de una convención colectiva que benefició a un trabajador oficial que pasó a ser empleado público, no está sometido a la duración de la relación laboral, como pide el accionante, sino a la vigencia de la convención, de la cual no se puede solicitar su prórroga; de modo que respecto de este cargo tampoco se desvirtúa la presunción de legalidad de los actos demandados y tampoco procede la solicitud de declaración de legalidad condicionada.

FUENTE FORMAL: CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO – ATICULO 478

**PLANTA DE PERSONAL DEL INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGIA
Determinación. Competencia**

Las normas aplicables para la modificación de la planta de personal del Instituto Nacional de Cancerología, como empresa social del Estado del nivel nacional eran para el momento de la expedición de los actos acusados, el numeral 16 del artículo 189 de la Constitución Política, los artículos 54 y 115 de la Ley 489 de 1998 y el Decreto 1177 de 1999. En este contexto fue que el Gobierno Nacional mediante el Decreto 165 de 2004 aprobó la modificación de la planta de personal del Instituto Nacional de Cancerología. Así las cosas, es claro para la Sala que el Presidente de la República, junto con los Ministros de Hacienda y Crédito Público, y de la Protección Social al proferir el Decreto 165 de 1994, lo hizo con fundamento en las facultades legales y constitucionales a él asignadas, sin que incurriera en exceso alguno.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 189 / LEY 489 DE 1998 – ARTICULO 54 / LEY 489 DE 1998 – ARTICULO 115 / DECRETO 1177 DE 1999

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., primero (1) de agosto de dos mil trece (2013).

Radicación número: 11001-03-25-000-2006-00004-01(00014-06)

Actor: ASOCIACION NACIONAL SINDICAL DE TRABAJADORES Y SERVIDORES PUBLICOS DE LA SALUD, SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL Y SERVICIOS COMPLEMENTARIOS DE COLOMBIA.

Demandado: GOBIERNO NACIONAL

Procede la Sala a dictar sentencia en la acción pública de simple nulidad ejercida por Yesid Hernando Camacho Jiménez como representante legal de la Asociación Nacional Sindical de Trabajadores y Servidores Públicos de la Salud, Seguridad Social Integral y Servicios Complementarios de Colombia, que solicita la nulidad del Decreto 165 del 22 de enero de 2004, proferido por el Presidente de la República, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de la Protección Social¹ y el Departamento Administrativo de la Función Pública y de la Resolución 62 de la misma fecha, expedida por el Director General del Instituto Nacional de Cancerología.

¹ Mediante el artículo 7 de la Ley 1444 de 2011, se reorganizó el Ministerio de la Protección Social en los siguientes términos: "Reorganícese el Ministerio de la Protección Social, el cual se denominará Ministerio del Trabajo y continuará cumpliendo los objetivos y funciones señalados por las normas vigentes, salvo en lo concerniente a la escisión de que trata el artículo 60 de la presente ley. Esta entidad será responsable del fomento y de las estrategias para la creación permanente de empleo estable y con las garantías prestacionales, salariales y de jornada laboral aceptada y suscrita en la Organización Internacional del Trabajo (OIT)."

ANTECEDENTES

Yesid Hernando Camacho Jiménez quien dice actuar como representante legal de la Asociación Nacional Sindical de Trabajadores y Servidores Públicos de la Salud, Seguridad Social Integral y Servicios Complementarios de Colombia, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, demanda la nulidad de Decreto 165 del 22 de enero de 2004, proferido por el Presidente de la República, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de la Protección Social y el Departamento Administrativo de la Función Pública y de la Resolución 62 de la misma fecha, expedida por el Director General del Instituto Nacional de Cancerología.

DISPOSICIONES ACUSADAS

“DECRETO NÚMERO 165 DE 2004 22/01/2004

por el cual se modifica la planta de personal del Instituto Nacional de Cancerología - Empresa Social del Estado - y se dictan otras disposiciones.

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades que le confieren el numeral 14 del artículo 189 de la Constitución Política y el artículo 115 de la Ley 489 de 1998, y

CONSIDERANDO:

Que la Junta Directiva del Instituto Nacional de Cancerología - Empresa Social del Estado - en sesiones del 20 de agosto y 19 de septiembre de 2003 debatió y aprobó el estudio técnico presentado por la Dirección General del Instituto Nacional de Cancerología en el cual se propuso el ajuste a su planta de Personal por razones constitucionales y legales relacionadas con la clasificación de empleos y determinó presentarla al Gobierno Nacional para su aprobación;

Que el Instituto Nacional de Cancerología - Empresa Social del Estado - presentó al Departamento Administrativo de la Función Pública el estudio técnico de que tratan el artículo 41 de la Ley 443 de 1998 y los artículos 148 y 155 del Decreto 1572 de 1998, modificado por el Decreto 2504 de 1998, para efectos de su aprobación por parte del Gobierno Nacional, el cual obtuvo concepto favorable del Departamento Administrativo de la Función Pública;

Que según los estudios técnicos se hace necesario ajustar la planta de personal del Instituto Nacional de Cancerología - Empresa Social del Estado- conforme a lo preceptuado por el artículo 26 de la Ley 10 de 1990;

Que la Dirección General del Presupuesto Público Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público otorgó el correspondiente concepto favorable,

DECRETA:

Artículo 1º. Créanse en la planta de personal del Instituto Nacional de Cancerología - Empresa Social del Estado, los siguientes empleos públicos:

Número de cargos	Dependencia y denominación del empleo	Código	Grado
	PLANTA GLOBAL		

6 (seis)	Profesional Universitario	3020	04
5 (cinco)	Técnico Operativo	4080	06
95 (noventa y cinco)	Auxiliar Administrativo	5120	11
147 (ciento cuarenta y siete)	Enfermero Auxiliar	5345	21
8 (ocho)	Auxiliar de Servicios Generales	5335	11

Artículo 2º. Fijase en ciento cincuenta y nueve (159) el número de trabajadores oficiales al servicio del Instituto Nacional de Cancerología - Empresa Social del Estado, para el desarrollo de las actividades de mantenimiento de la infraestructura hospitalaria y de servicios generales.

Artículo 3º. Los servidores públicos actualmente vinculados al Instituto Nacional de Cancerología - Empresa Social del Estado - a quienes se les adecúa la clasificación del empleo, de conformidad con la Ley 10 de 1990, quedarán incorporados de acuerdo con la naturaleza de las funciones que vienen desempeñando, en los empleos públicos creados en el artículo primero del presente Decreto. Los servidores del Instituto Nacional de Cancerología - Empresa Social del Estado -, que automáticamente se incorporen en la planta de personal de empleos públicos de que trata el artículo 1º del presente Decreto, y que en razón del régimen general para los empleados públicos no cumplan requisitos para la vinculación en cargos que les permita percibir una asignación básica mensual igual a la que venían recibiendo, serán incorporados en el empleo para el cual los acrediten. En todo caso, el Gobierno Nacional adoptará las medidas a fin de mantener la remuneración mensual que venían percibiendo por concepto de asignación básica mensual e incremento de salario por antigüedad.

Artículo 4º. El Director General del Instituto Nacional de Cancerología - Empresa Social del Estado - distribuirá los cargos a que se refiere el presente Decreto, mediante acto administrativo, y ubicará el personal teniendo en cuenta la organización interna, las funciones de cada cargo, las necesidades del servicio, los planes, programas de la entidad, procesos, proyectos y políticas institucionales.

Artículo 5º. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación y modifica las disposiciones que le sean contrarias, en especial el artículo 4º del Decreto 2556 del 23 de diciembre de 1999.

(...)"

**"MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL
INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA
Empresa Social del Estado**

**RESOLUCIÓN NÚMERO
(0062)**

Por la cual se incorporan empleados públicos a la planta de personal del INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO.

**EL DIRECTOR GENERAL DEL INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA
EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO**

en ejercicio de sus facultades legales y especial de las que le confieren los Decretos 1177 de 1999, artículo 9° y 165 del 22 de enero de 2004, y

CONSIDERANDO:

Que mediante Decreto Presidencial número 165 de 2004, se modificó la planta de personal del INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA – Empresa Social del Estado, para lo cual se crearon doscientos sesenta y un (261) empleos públicos y se fijaron en ciento cincuenta y nueve (159) el número de trabajadores oficiales al servicio del Instituto Nacional de Cancerología – Empresa Social del Estado – para el desarrollo de las actividades de mantenimiento de la infraestructura hospitalaria y de servicios generales.

Que el Artículo Tercero del Decreto Presidencial 165 de 2004 estableció que los servidores públicos actualmente vinculados al Instituto Nacional de Cancerología – Empresa Social del Estado – a quienes se les adecúa la clasificación del empleo, de conformidad con la Ley 10 de 1990, quedarán incorporados automáticamente de acuerdo con la naturaleza de las funciones que vienen desempeñando, en los empleos públicos creados en el artículo primero del citado Decreto.

Que corresponde al Director General del Instituto Nacional de Cancerología – Empresa Social del Estado administrar el recurso humano de la entidad, de conformidad con lo establecido por el artículo 9° del decreto 1177 de 1999 y las demás normas legales vigentes.

Que en mérito de lo expuesto,

RESUELVE

ARTÍCULO 1°. *Incorporar a la planta de personal establecida mediante Decreto No. 165 del 22 de Enero de 2004, a los empleados públicos que vienen prestando sus servicios en el INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO, así:*

DENOMINACIÓN	CODIGO	GRADO	NOMBRES	CÉDULA
---------------------	---------------	--------------	----------------	---------------

(...)

NORMAS VIOLADAS

En la demanda se citan como normas vulneradas las siguientes:

Del Código Contencioso Administrativo, el numeral 8 del artículo 76 y los artículos 174 y 175.

De la Constitución Política, el artículo 29.

De la Ley 10 de 1990, el artículo 17.

Del Decreto 1399 de 1990, los artículos 1 y 3.

CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como fundamento de la solicitud de nulidad contra el Decreto 165 de 2004 y la Resolución 62 del mismo año, la parte actora expone lo siguiente:

Narra que el decreto demandado reclasificó los cargos de los trabajadores oficiales en la planta de personal de la ESE Instituto Nacional de Cancerología, en empleos públicos, en desconocimiento de lo dispuesto por la Ley 10 de 1990 y las sentencias que obligaban al Instituto a respetar la vinculación laboral de los trabajadores oficiales.

Indica que mediante el Decreto 1456 del 11 de septiembre de 1969 se aprobaron los estatutos del Instituto Nacional de Cancerología, que en el artículo 30 señaló:

“Todas las personas que presten sus servicios – al Instituto son empleados públicos, y por lo tanto, estarán sometidos al régimen legal vigente para los mismos. No obstante lo anterior, conforme lo dispuesto por el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, podrán vincularse mediante contrato de trabajo las personas que desempeñen las siguientes actividades. a) Servicios profesionales en materia de asesoría técnica, científica o jurídica. b) Construcción y sostenimiento de obras y equipos. c) Labores de aseo, servicios de alimentación, lavado, planchado de ropa, asistencia doméstica.”

Manifiesta que según el artículo 2 del Acuerdo No. 030 de 1971, aprobado por el Decreto 1107 de 1972 se estableció que: *“Las personas que prestan sus servicios en el Instituto Nacional de Cancerología son empleados públicos y por lo tanto están sujetos a las disposiciones legales vigentes para ellos. Quienes presten sus servicios de manera ocasional o temporal no son empleados ni trabajadores sino meros auxiliares de la administración y no adquieren por este solo hecho el carácter de empleados oficiales”*. Agrega que mediante esta norma se pretendió derogar el artículo 30 de los estatutos aprobados en el Decreto 1456 de 1969.

Señala que el Consejo de Estado en sentencia proferida dentro del expediente con radicado No. 11-055 declaró la nulidad del artículo 2 del Acuerdo No. 030 de 1971 e indica que desde el año 1969, está establecido quiénes son trabajadores oficiales en la planta de personal del Instituto Nacional de Cancerología.

Precisa que mediante sentencia del 19 de junio de 1974, la Sección Segunda del Consejo de Estado declaró *“la nulidad de la providencia del Jefe de la Sección de Relaciones Colectivas de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Cundinamarca de fecha 4 de julio de 1972 en cuanto decidió que el Instituto Nacional de Cancerología no está obligado a discutir ni tramitar el pliego de peticiones presentado a su consideración por la organización sindical de base denominada Asociación Nacional de Trabajadores del Instituto Nacional de Cancerología, pliego que ha debido discutirse según lo expresado en la parte motiva de la presente providencia”*.

Afirma que la sentencia en comento se sustentó así: *“El Jefe de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Cundinamarca, pasó por alto lo previsto en los estatutos legales anteriormente nombrados y preferencialmente lo dispuesto en el artículo 30, antes transcrito, que hace parte de los estatutos del Instituto Nacional de Cancerología. Es decir, olvidó que la regla general a que se contrae el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, establece una excepción que faculta a los establecimientos públicos, para determinar en sus estatutos cuáles personas pueden tener la calidad de trabajadores oficiales, según las actividades que le sean encomendadas”*.

Destaca que el Instituto Nacional de Cancerología mediante la Resolución No. 1269 del 29 de octubre de 1987, estableció el listado de trabajadores que tienen la calidad de oficiales. Adiciona que el Ministro de Salud de la época, en la Circular 030 del 3 de junio de 1988 presentó unas sugerencias para que fueran tenidas en cuenta en los estatutos, como orientación para la clasificación de sus servidores. Manifiesta igualmente que el referido Ministerio mediante el Decreto No. 2883 de 1991, aprobó la planta administrativa de personal del Instituto Nacional de Cancerología.

Comenta que el Ministerio de Salud a través del Decreto No. 1287 de 1994 transformó el Instituto Nacional de Cancerología en una Empresa Social del Estado y que en el artículo 14 señaló que en materia de clasificación de los empleos se aplicaría lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 10 de 1990.

Indica que la Corte Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad de algunas normas de la Ley 10 de 1990 en las sentencias C-387 de 1996 y C-688 de 1996.

Precisa que desde el año 1969, el Instituto Nacional de Cancerología dio el tratamiento de trabajadores oficiales a quienes desarrollaban las funciones de enfermero auxiliar 6045-09, 6045-07, técnico operativo 4080-07, auxiliar de técnico 4110-06, operarios calificados 6000-07, operarios 6030-05, auxiliar de servicios generales 6035-05 y 6035-01.

Expresa que la Presidencia de la República, al expedir el Decreto No. 1777 de 1999 por el cual se reestructura el Instituto Nacional de Cancerología –Empresa Social del Estado-, dispuso en el artículo 12 que en materia de clasificación de empleos se aplicaría lo ordenado por el artículo 26 de la Ley 10 de 1990 y en lo atinente a carrera administrativa lo establecido por la Ley 443 de 1998.

Concluye que en la Ley 10 de 1990 las funciones de los trabajadores oficiales están protegidas en los procesos de transformación y liquidación de las entidades públicas en salud y que el Instituto desconoció el derecho de los trabajadores oficiales a conservar la naturaleza de su vinculación de la cual gozaban desde 1969.

CONSIDERACIONES

CUESTIÓN PREVIA

Destaca la Sala que según lo previsto en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo “*Toda persona podrá solicitar por sí o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos*”, lo cual significa que tanto las personas naturales como jurídicas están facultadas para ejercer la acción de simple nulidad.

En el presente caso el señor Yesid Hernando Camacho Jiménez afirma actuar como representante legal de la Asociación Nacional Sindical de Trabajadores y Servidores Públicos de la Salud, Seguridad Social Integral y Servicios Complementarios de Colombia, no obstante la referida representación no fue acreditada en el expediente, sin embargo por tratarse la simple nulidad de una acción pública, este hecho no inhibe a la Sala para pronunciarse de fondo, en consecuencia para efectos procesales, se tiene al señor Camacho Jiménez como demandante.

EXCEPCIONES

Las entidades demandadas en los escritos de contestación de la demanda presentaron las siguientes excepciones, éstas para efectos prácticos se expondrán y resolverán antes de abordar los argumentos de la demanda y de las contestaciones.

El Ministerio de la Protección Social²:

1. Ineptitud de la demanda

Estima el Ministerio que la parte accionante debió demandar también el Decreto 166 de 2004 *“Por el cual se establece la prima individual de compensación para unos empleados públicos incorporados a la Planta de Personal del Instituto Nacional de Cancerología –Empresa Social del Estado”* y la Resolución 63 de 2004 *“Por la cual se reconoce de manera individual la cuantía de la prima de compensación a los empleados públicos incorporados a la Planta de Personal del Instituto Nacional de Cancerología –Empresa Social del Estado”*.

Lo anterior en tanto, al no haberse demandado la totalidad de los actos administrativos relacionados con el tema, la demanda es inepta, en cuanto, si se declara la nulidad de los actos demandados, el Decreto 165 y la Resolución 62 de 2004, quedaría vigentes el Decreto 166 de 2004 y la Resolución 63 de 2004.

2. Indebida escogencia de la acción

Considera el Ministerio que de los hechos narrados en la demanda, la actora ha debido interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, y no la de simple nulidad, por cuanto el acto administrativo que individualiza el presunto daño causado a los servidores públicos es la Resolución 62 y no el Decreto 165 de 2004, ya que este es un acto de carácter general, en el que sólo se crean los cargos de la planta de personal, pero no determina quien va a ocupar cada uno de esos empleos.

3. No integración del litisconsorcio necesario

En el presente proceso se demandan actos relacionados con la organización del Instituto Nacional de Cancerología, que es una entidad descentralizada con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, de modo que el referido Instituto ha debido llamarse como parte en el presente proceso, además la Junta Directiva del Instituto fue la que surtió el trámite interno de la clasificación de los empleos

Los actos demandados afectan la estructura del Instituto y los estudios con fundamento en los cuales se expedieron fueron elaborados por el citado Instituto, de igual manera la Resolución 62 de 2004 fue firmada por el Director de la entidad en comento, razón por la cual al no haber sido demandado el Instituto Nacional de Cancerología ESE, no se integró el litisconsorcio necesario.

4. Incapacidad o indebida representación del demandante

² *Ídem.*

Indica el Ministerio que la Resolución 62 de 2004 incorpora empleados públicos a la planta de personal, ya que señala la denominación del cargo, código, grado, nombre y cédula de ciudadanía; por tanto el representante legal del sindicato, para demandar el acto administrativo antes referenciado requería que se le otorgara poder por cada uno de los posibles afectados y adicionalmente que éstos estuvieran afiliados al sindicato.

Así concluye el Ministerio, que la asociación demandante no está facultada para demandar un acto que afecta de manera individual a las personas allí incorporadas, por tanto se constata la indebida representación, en cuanto en el expediente no obran como anexos de la demanda los poderes que autoricen a la asociación para iniciar esta demanda.

5. Falta de agotamiento de la vía gubernativa

Manifiesta el Ministerio que en los anexos de la demanda no se encuentra documento por el cual se acredite que la organización sindical haya agotado la vía gubernativa prevista en el artículo 63 del Código Contencioso Administrativo.

6. Falta de legitimación en la causa por pasiva

Expresa el Ministerio que el Instituto es una empresa con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, y que como la Resolución 62 de 2004, uno de los actos demandados, fue expedida por el Director del Instituto, es esta entidad la que debe defender la legalidad del acto censurado por la asociación accionante.

Adicionalmente destaca que el Ministerio no fue la entidad que adoptó la decisión de cambiar el estatus de los servidores públicos del Instituto Nacional de Cancerología de trabajadores oficiales a empleados públicos, tema central del presente proceso.

Agrega que en el trámite de los actos demandados, el Ministerio de la Protección Social, por disposición legal, sólo actúa como intermediario, ya que el Instituto pertenece al sector de la salud, así no puede asumir la responsabilidad *“por un Decreto cuya autoría no le es propia, por una Resolución que no expidió y por el presunto perjuicio causado a servidores que no laboran en la planta de personal de este Ministerio” (fl.212)*.

El Instituto Nacional de Cancerología propone como excepciones las siguientes:

1. Falta de causa para declarar la nulidad de Decreto 165 y la Resolución 062 de 2004 por haber sido proferidas en el marco de la Constitución y la Ley, por autoridad competente y siguiendo el procedimiento legal correspondiente para su expedición.

2. Indebida formulación de la demanda, por cuanto se solicitó la nulidad del Decreto 165 y la Resolución 62 de 2004, omitiendo demandar el Decreto 163 y la Resolución 163 de 2004, actos conexos y complementarios que constituyen una unidad.

3. Mala fe de los demandantes, porque además de este proceso, también demandaron ante los juzgados laborales.

El Departamento Administrativo de la Función Pública propone como medio exceptivo:

Indebida escogencia de la acción, porque la Resolución 62 de 2004, acto demandado mediante el cual se incorporan los empleados públicos a la planta de personal del Instituto no puede ser demandada a través de la acción de simple nulidad, porque al ser un acto administrativo particular y concreto, se requiere interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pues su eventual nulidad afectaría a terceros que no están presentes en esta litis.

ESTUDIO DE LAS EXCEPCIONES

Las entidades demandadas en el presente proceso formularon las excepciones que denominaron así: ineptitud de la demanda, indebida escogencia de la acción, no integración del litisconsorcio necesario en cuanto no se vinculó al Instituto Nacional de Cancerología, incapacidad o indebida representación de la asociación demandante, falta de agotamiento de la vía gubernativa, falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de la Protección Social, indebida formulación de la demanda, falta de causa para solicitar la nulidad de los actos demandados y mala fe de los demandantes.

Teniendo en cuenta, los medios exceptivos alegados, el estudio de las citadas excepciones se realizará en cinco grupos, a saber:

- i) Ineptitud e indebida formulación de la demanda.
- ii) Indebida escogencia de la acción, falta de agotamiento de la vía gubernativa e incapacidad o indebida representación de la asociación demandante.
- iii) No integración del litisconsorcio necesario en cuanto no se vinculó al Instituto Nacional de Cancerología
- iv) Falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de la Protección Social
- v) Falta de legitimación por activa para solicitar la nulidad de los actos demandados y mala fe de los demandantes.

i) Ineptitud e indebida formulación de la demanda

El Ministerio de la Protección Social y el Instituto Nacional de Cancerología fundamentan esta excepción en que la parte demandante en la solicitud de nulidad del Decreto 165 y la Resolución 62 de 2004, también tenía que demandar el Decreto 166 y la Resolución 63 de 2004 que establecieron una prima individual de compensación para unos empleados públicos incorporados en la planta de personal del Instituto Nacional de Cancerología.

A este respecto, considera la Sala que el Decreto 166 de 2004, es un acto de carácter general que reconoce una prestación social, prima de compensación, para los empleados públicos del Instituto que fueron incorporados a la planta de personal y que la Resolución 63 reconoció de manera individualizada la referida prestación.

Así se destaca que ambos actos fueron proferidos con fundamento en el Decreto 165 y la Resolución 62 de 2004, por tanto se observa que aunque tienen una

relación de causalidad, lo cierto es que la legalidad de los actos acusados, no depende de los actos que invocan las entidades demandadas.

De manea que la parte actora no está obligada a solicitar también su nulidad y en todo caso, en aplicación del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, una eventual declaratoria de nulidad de los fundamentos de derecho de un acto administrativo genera su pérdida de fuerza ejecutoria.

Así las cosas, esta excepción no prospera.

ii) Indebida escogencia de la acción, incapacidad o indebida representación de la asociación demandante y falta de agotamiento de la vía gubernativa

Constituye el fundamento fáctico de estas excepciones, que a juicio del Ministerio de la Protección Social, la Resolución 62 de 2004, al ser el acto que individualiza el presunto daño causado a los servidores del Instituto, debió ser demandado a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

En este orden de ideas, solamente podían demandar la Resolución 62 las personas cuya incorporación se ordenó en este acto, de manera que igualmente, se debía agotar previamente la vía gubernativa como presupuesto de procedibilidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Para resolver esta excepción, en primer lugar observa la Sala que la Resolución 62 de 2004 por la cual se incorporan empleados públicos a la planta de personal del Instituto Nacional de Cancerología, Empresa Social del Estado, define la situación particular y concreta de aquéllos realizando la individualización con cargos, nombres y números de cédula.

Por consiguiente, se trata de un acto particular y concreto, cuya legalidad se demanda por regla general a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, o por la simple nulidad cuando la pretensión litigiosa no implique un restablecimiento automático del derecho, así lo ha sostenido esta Corporación en la teoría de los móviles y finalidades que se sintetizó en la sentencia del 23 de febrero de 2012³, así:

“De la teoría de los móviles y finalidades

Por regla general los actos administrativos de carácter particular o concreto son controvertibles a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, y los actos de carácter general a través de la acción de nulidad, sin embargo la jurisprudencia ha establecido la posibilidad de atacar actos de carácter particular a través de la acción de nulidad, y de hacer uso de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para demandar actos administrativos de carácter general, con el propósito de desarrollar estas excepciones la jurisprudencia ha fijado varios criterios.

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Magistrado Ponente, Dr. Gerardo Arenas Monsalve, proceso con radicado 52001233100020020115501 y número interno 3358-2004.

Respecto de la procedencia de la acción de nulidad⁴ contra actos particulares y concretos la sentencia de agosto 10 de 1961, con ponencia de CARLOS GUSTAVO ARRIETA ALANDETE, estableció que solamente se podría demandar este tipo de actos mediante la acción de nulidad si: "...los únicos motivos determinantes... son los de tutelar el orden jurídico y la legalidad abstracta contenida en esos estatutos superiores, y que sus finalidades son las de someter la administración pública al imperio del derecho objetivo."; y la consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto particular y concreto no conlleva un restablecimiento automático del derecho subjetivo⁵.

A los criterios anteriores, la Sala Plena Contenciosa en 1991 agregó que la acción de nulidad contra los actos particulares se circunscribe también a los casos expresamente señalados en la ley⁶.

Posteriormente la Sección Primera en 1995 y la Sala Plena Contenciosa en 1996⁷ y 2003, ampliaron la teoría señalando que además de los casos señalados en la ley procede la acción de nulidad contra actos particulares y concretos cuando: "la situación de carácter individual a que se refiere el acto, comporte un especial interés, un interés para la comunidad de tal naturaleza e importancia, que vaya aparejado con el afán de legalidad, en especial cuando se encuentre de por medio un interés colectivo o comunitario, de alcance y contenido nacional, con incidencia trascendental en la economía nacional y de innegable e incuestionable proyección sobre el desarrollo y bienestar social y económico de gran número de colombianos."⁸ Se señaló igualmente que la aplicación de este criterio jurisprudencial "habrá de servir como de control jurisdiccional frente a aquellos actos administrativos que no obstante afectar intereses de particulares, por su contenido y trascendencia impliquen, a su vez, el

⁴ ARTICULO 84. ACCION DE NULIDAD: Toda persona podrá solicitar por sí o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos.

Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.

También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro

⁵ Consejo de Estado, sentencia de agosto 10 de 1961, con ponencia de CARLOS GUSTAVO ARRIETA ALANDETE "Distinta es la situación cuando el recurso se dirige contra actos particulares, (caso en el cual) la doctrina de los motivos y finalidades opera en dos formas : si la declaratoria de nulidad solicitada no conlleva el restablecimiento del derecho subjetivo, el contencioso popular puede ejercitarse inclusive por el titular de ese derecho; pero si la sentencia favorable a las pretensiones del actor determina el restablecimiento automático de la situación jurídica individual afectada por la decisión enjuiciada, el recurso objetivo no será admisible, salvo que la acción se intente dentro de los cuatro meses"

⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 4 marzo de 2003, M.P. Manuel Santiago Urueta Ayola: "El auto de 2 de agosto de 1990, de la Sección Primera, con ponencia de PABLO CACERES adoptado por la Sección Primera en la sentencia de 28 de agosto de 1992, en donde se reiteró lo siguiente: "La acción de nulidad procede contra los actos generales y aquellos actos particulares que la ley señala, y señale en el futuro, expresamente, si tienen como motivos determinantes la tutela del orden jurídico y la legalidad abstracta sobre la base del principio de la jerarquía normativa y si persiguen como finalidad someter a las entidades públicas y a las personas privadas que desempeñen funciones administrativas al imperio del derecho objetivo".

⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 29 octubre de 1996, M.P. Daniel Suárez Hernández.

⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 4 marzo de 2003, M.P. Manuel Santiago Urueta Ayola.

*resquebrajamiento del orden jurídico y el desmejoramiento del patrimonio económico, social y cultural de la Nación”.*⁹

*Después la Sección Primera mediante auto del 30 de agosto de 2007 en consonancia con la posición mayoritaria de la Sala Plena reiteró el criterio de la pretensión litigiosa en los siguientes términos “...si de conformidad con las pretensiones del demandante, o del fallo de nulidad que eventualmente se produjera, se genera un restablecimiento del derecho a favor de aquel o de un tercero, la acción procedente no sería la de nulidad sino la de nulidad y restablecimiento del derecho”*¹⁰.

*De igual manera la Sección Segunda en sentencia de 2 de abril de 2009, aparte de los anteriores elementos reafirmó que es posible demandar un acto de contenido particular mediante la acción de simple nulidad, salvo que la sentencia favorable a las pretensiones del actor constituya un restablecimiento automático de un derecho subjetivo*¹¹.

Descendiendo al caso en concreto, se determina que la eventual declaratoria de nulidad de la Resolución 62 de 2004, aunque es un acto particular y concreto, no conlleva *ipso facto* a que se produzca un restablecimiento automático del derecho en cabeza de quienes el acto administrativo incorpora en los empleos públicos, pues aquéllos deberán iniciar una actuación administrativa tendiente a retrotraer su situación a antes de la expedición de la resolución en comento y que como consecuencia se obtenga el reconocimiento y pago de lo que en su criterio dejaron de percibir con ocasión del cambio de naturaleza del vínculo laboral

Así las cosas, como la jurisprudencia de esta Corporación lo ha señalado sí es procedente la acción de simple nulidad contra un acto particular y concreto, siempre y cuando se pretenda preservar la legalidad en abstracto y que la declaratoria de nulidad no genere un restablecimiento automático.

En este orden de ideas, y como no se pueden predicar los mismos presupuestos procesales de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, para el ejercicio de la acción de simple nulidad, pues se reitera, al tratarse de una acción pública, cualquier persona puede demandar (art. 84 del CCA), el actor no está obligado a agotar la vía gubernativa prevista en el artículo 51 del CCA, ni a demandar dentro del término de caducidad de cuatro meses.

Visto lo anterior este grupo de excepciones no están llamadas a prosperar.

iii) No integración del litisconsorcio necesario en cuanto no se vinculó al Instituto Nacional de Cancerología

⁹ *ídem.*

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, auto del 30 de agosto de 2007, Radicación Número: 13001-23-31-000-2004-01160-01, Actor: José Javier Barraza Gomez.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, 2 de abril de 2009, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. “No puede entonces aplicarse la teoría de los móviles y finalidades en cuanto predica que es posible demandar en acción de simple nulidad el acto particular, cuando no comporta el restablecimiento del derecho lesionado, pues este no es el caso; pero sí es pertinente el aparte de la misma tesis que sostiene que no es posible el contencioso objetivo, cuando la sentencia favorable a las pretensiones del actor determina el restablecimiento automático de la situación jurídica individual afectada por la decisión acusada, a menos que la acción se haya instaurado dentro del término de caducidad.”

Argumenta el Ministerio de la Protección Social ahora del Trabajo, que el Instituto Nacional de Cancerología no fue llamado como parte en este proceso, no obstante la Sala constata que en el auto admisorio de 8 de febrero de 2006 visible a folios 136 a 138 se ordenó la notificación personal al Instituto, la cual se realizó el 11 de septiembre de 2006 según el acta que obra a folio 171 del expediente.

Por consiguiente esta excepción no tiene vocación de prosperidad.

iv) Falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de la Protección Social

Considera el Ministerio que no está legitimado por pasiva en lo que concierne a la solicitud de nulidad de la Resolución 62 de 2004, pues dicha entidad no suscribió este acto y tampoco el Decreto 165 de 2004.

Respecto de la legitimación en la causa por pasiva frente a la solicitud de nulidad de la resolución, la Sala pone de presente, que efectivamente aquella fue proferida por el Director General del Instituto Nacional de Cancerología, que como Empresa Social del Estado, es una entidad pública descentralizada del orden nacional, con personería jurídica y autonomía administrativa, de modo que el Ministerio de la Protección Social no está legitimado por pasiva para defender la legalidad de la Resolución 62 de 2004, pues el Instituto está facultado para acudir directamente al proceso.

Ahora bien, sobre la legitimación por pasiva del Ministerio en lo concerniente a la solicitud de nulidad del Decreto, encuentra la Sala que éste fue firmado por el Ministro de Protección Social de ese entonces, en consecuencia al tenor del artículo 149 del Código Contencioso Administrativo, que dispone que la Nación está representada por el Ministro y al haber éste participado en su expedición, se establece que sí está legitimado en la causa por pasiva en el presente proceso.

En vista de lo anterior esta excepción prospera parcialmente.

v) “Falta de causa” para solicitar la nulidad de los actos demandados y mala fe de los demandantes.

Sobre la excepción denominada por el Instituto Nacional de Cancerología, “falta de causa”, destaca la Sala que hace referencia al estudio de fondo de la legalidad de los actos demandados por tanto su conformidad con la Constitución y la ley se determinará en el estudio de los cargos.

En lo atinente a la supuesta mala fe de la parte demandante, porque se han presentado otras acciones ante la jurisdicción ordinaria, la Sala precisa que este hecho no está probado.

Así las cosas, también se desestima esta excepción.

CARGOS, CONTESTACIONES, ALEGATOS, INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO, PROBLEMAS JURÍDICOS Y CASOS EN CONCRETO

Con el fin de facilitar el análisis de la solicitud de nulidad de la parte actora contra los actos demandados se estudiará en acápite separado cada cargo, con los argumentos presentados por la parte accionante, las entidades demandadas, el Ministerio Público, y finalmente se expondrán el problema jurídico y el caso en concreto.

La parte accionante en el escrito de la demanda presenta nueve cargos contra los actos acusados, sin embargo, la Sala observa que conceptualmente se agrupan en tres, a saber: i) El desconocimiento de la cosa juzgada, ii) El supuesto desconocimiento del derecho adquirido de los trabajadores oficiales a conservar la naturaleza jurídica de su vinculación con la administración y iii) Falta de competencia del Presidente de la República para determinar la planta de personal.

Primer cargo.- El desconocimiento de la cosa juzgada

Bajo este título se agrupan los cargos primero, segundo y tercero presentados en la demanda, que consisten en la violación de los actos demandados de los artículos 76 numeral 8, 174 y 175 del Código Contencioso Administrativo.

Estima la parte accionante que la entidad demandada al expedir los actos acusados desconoció la fuerza de cosa juzgada de las sentencias del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Magistrada Ponente, Aydee Anzola Linares, proferida dentro del expediente con número de radicación 11-055, que declaró la nulidad del artículo 2 del Acuerdo No. 30 de 1971 proferido por la Junta del Instituto Nacional de Cancerología; y de la Sección Segunda, Magistrado Ponente, Rafael Tafur Herrán, que declaró la nulidad de la providencia del Jefe de la Sección de Relaciones Colectivas de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Cundinamarca, de fecha 4 de julio de 1972, por cual se decidió que el Instituto Nacional de Cancerología no está obligado a discutir ni tramitar el pliego de peticiones presentado a su consideración por la organización sindical de base denominada Asociación Nacional de Trabajadores del Instituto Nacional de Cancerología

Destaca el actor que las autoridades demandadas han incurrido en la conducta señalada en el numeral 8 del artículo 76 del Código Contencioso Administrativo que indica "*Dilatar o entorpecer el cumplimiento de las decisiones en firme o de las sentencias*", esto en tanto, no han acatado lo ordenado por el Consejo de Estado que estableció los cargos de trabajadores oficiales, en armonía con lo establecido por el Decreto 1456 de 1969, así: enfermero auxiliar 6045-09, 6045-07, técnico operativo 4080-07, auxiliar de técnico 4110-06, operarios calificados 6000-07, operarios 6030-05, auxiliar de servicios generales 6035-05 y 6035-01.

Insiste en que desde el año 1969, los cargos anteriormente detallados son desempeñados por trabajadores oficiales y que las autoridades del orden nacional no pueden desconocer los fallos del Consejo de Estado.

Considera la parte actora que las entidades demandadas al clasificar a los trabajadores oficiales como empleados públicos en los actos censurados, desconocieron las sentencias del Consejo de Estado.

Reitera que se dejaron de aplicar las sentencias en comento, en las que se avaló la clasificación de funciones de trabajadores oficiales en la planta de personal del Instituto Nacional de Cancerología ESE.

Contestación de la demanda

El Departamento Administrativo de la Función Pública mediante escrito visible a folios 218 a 225 solicita que se nieguen las pretensiones e indica que:

- No existe nexo de causalidad entre las sentencias del Consejo de Estado que la parte actora anuncia como desconocidas y los actos administrativos acusados. Adiciona que la parte actora al proponer que el Decreto 165 de 2004 debe contener la misma clasificación de empleos que operaba en 1969, incurre en un error, primero porque un decreto no puede establecer la clasificación de empleos, y segundo, porque se violaría directamente la Ley 10 de 1990.

-Respecto a que supuestamente el Decreto 165 de 2004, desconoce la clasificación de los empleos determinada en las sentencias del Consejo de Estado, precisa que, las providencias que cita la parte accionante, fueron proferidas en vigencia del artículo 5 del Decreto Ley 3135 de 1968, que fue declarado inexecutable en la sentencia C-484 de 1995. De lo que concluye que cualquier disposición administrativa que contradiga la clasificación de empleos dispuesta por el legislador debe ser inaplicada por inconstitucional.

El Ministerio de la Protección Social y el Instituto Nacional de Cancerología no se pronuncian sobre este cargo.

Alegatos de conclusión

El Departamento Administrativo de la Función Pública reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y finalmente el Ministerio de la Protección Social no se pronuncia respecto de este cargo (fls. 315 a 325, 326 a 328).

Concepto del Ministerio Público

En escrito visible a folios 330 y 335, el Procurador Tercero Delegado ante el Consejo de Estado expresa que es desafortunado el concepto de cosa juzgada que presenta el actor, en cuanto se basa en decisiones proferidas en 1974 con fundamento en el Decreto 146 de 1969, bajo el cual el Instituto era un establecimiento público, planteamiento que desconoce la evolución institucional prevista en la Constitución Política de 1991.

Problema jurídico

El problema jurídico respecto del presente cargo se contrae a establecer si las entidades demandadas al proferir el Decreto 165 y la Resolución 62 de 2004 desconocieron la obligatoriedad de las sentencias del Consejo de Estado invocadas por la parte actora y de igual manera el principio de la cosa juzgada, porque según el accionante, el Consejo de Estado mediante las sentencias proferidas respectivamente por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo dentro del expediente 11.055 y la Sección Segunda el 26 de junio de 1974, establece cuáles servidores públicos del Instituto Nacional de Cancerología son empleados públicos y cuáles son trabajadores oficiales.

Del caso en concreto

Con el objeto de desatar el cargo propuesto por la parte demandante, la Sala considera necesario hacer una breve síntesis de las providencias invocadas por aquélla.

Respecto de la sentencia del 2 de diciembre de 1983 de la Sala Plena de Contencioso Administrativo proferida dentro del proceso con radicado No. 11.055, se observa que estudia la legalidad del artículo 2 del Acuerdo 30 de 1971 (que

contenía el Estatuto de Personal del Instituto y que fue aprobado mediante el Decreto 1107 de 1972), que indicaba:

“Artículo 2. Las personas que prestan sus servicios en el Instituto Nacional de Cancerología son empleados públicos y por lo tanto están sujetos a las disposiciones legales vigentes para ellos. Quienes prestan sus servicios de manera ocasional o temporal no son empleados ni trabajadores sino meros auxiliares de la administración y no adquieren por este solo hecho el carácter de empleados oficiales”.

El control legalidad del citado artículo se realizó frente al artículo 30 Decreto 1456 de 1969 que señalaba:

"Artículo 30. Todas las personas que presten servicios al Instituto son empleados públicos, y por lo tanto, estarán sometidas al régimen legal vigente para los mismos. No obstante lo anterior, conforme a lo dispuesto en el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 podrán vincularse mediante contrato de trabajo las personas que desempeñan las siguientes actividades:

- a) Servicios profesionales en materia de asesoría técnica, científica o jurídica.*
- b) Construcción y sostenimiento de obras y equipos.*
- c) Labores de aseo, servicios de alimentación, lavado, planchado de ropa y asistencia doméstica".*

En virtud de la comparación entre los preceptos en cita, concluyó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo que el artículo demandado, violaba el artículo 30 del Decreto 1050 de 1968, que ordenaba que los establecimientos públicos debían ceñir el cumplimiento de sus funciones a la norma que los creó y a sus estatutos.

La Sala Plena concluyó que la referida violación se materializó en que el artículo 2 del Estatuto de Personal –Decreto 1107 de 1972- había suprimido una parte del Estatuto Orgánico –Decreto 1456 de 1969-, por el cual se establecía que todas las personas que prestaran sus servicios al Instituto eran empleados públicos, salvo quienes podían vincularse mediante contrato de trabajo, así se consideró que el artículo demandado: *“suprimió una parte del artículo general u orgánico según el cual el personal que se relaciona en el artículo 30 puede ser vinculado mediante contrato de trabajo, forzoso es concluir que en el caso de estudio se logró demostrar que el Acuerdo 030 de 1971, aprobado por el Decreto Ejecutivo 1107 de 1972, es violatorio del Decreto 1456 de 1969 que contiene el estatuto orgánico o general del mencionado instituto.”*

Así las cosas, la *ratio decidendi* de la providencia se contrae a que según el Decreto 1456 de 1969 por regla general todas las personas que prestarán sus servicios al Instituto eran empleados públicos, salvo quienes fueran vinculados mediante contrato de trabajo, de conformidad con unas actividades específicas, de manera que no se podía establecer una tercera categoría de *meros auxiliares de la administración*.

En lo respectivo a la segunda sentencia invocada por la parte actora, proferida el 26 de junio de 1974, por la Sección Segunda de esta Corporación, con ponencia

del Doctor Rafael Tafur Herrán, se resalta que en esa ocasión se demandó el acto de fecha 4 de julio de 1972, proferido por el Jefe de Sección de Relaciones Colectivas de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social, que revocó el acto del Inspector Segundo de la misma sección, que había ordenado al Instituto tramitar el pliego de peticiones presentado por la Asociación de Trabajadores del Instituto Nacional de Cancerología, al estimarse que la referida asociación era de empleados públicos, de manera que no podían presentar pliegos de peticiones. La Sección Segunda de esta Corporación declaró la nulidad del acto en cita, al considerar que los estatutos del Instituto al precisar qué actividades podían desempeñarse mediante contrato de trabajo, tenía a quienes las efectuaran como trabajadores oficiales, por tanto, en esta condición, sí estaban facultados para presentar pliegos de peticiones.

Ahora bien, a efectos de determinar si las sentencias citadas del Consejo de Estado, corresponden a la misma situación de hecho regulada por los actos demandados, se tiene que de un lado el Decreto 165 de 2004 modificó y adecuó la planta de personal del Instituto Nacional de Cancerología como Empresa Social del Estado, de conformidad con la Ley 10 de 1990, creó 261 empleos públicos y 159 trabajadores oficiales, y estableció como empleos públicos los cargos de Profesional Universitario, Técnico Operativo, Auxiliar Administrativo, Enfermero Auxiliar y Auxiliar de Servicios Generales, y de otro lado, la Resolución 62 de 2004 efectuó la incorporación de quienes fueron designados en los empleos públicos creados mediante el Decreto 165 de 2004.

En este orden de ideas, del análisis que viene de hacerse la Sala establece que:

1. El Decreto 165 de 2004 modifica la planta de personal adoptando la clasificación entre empleados públicos y trabajadores oficiales dispuesta por la Constitución (art. 125 de la CP) y la Ley 10 de 1990, y la Resolución 62 de 2004 efectúa la incorporación de quienes se designaron en los empleos públicos creados en el Decreto 165, asuntos que difieren de los temas estudiados en las providencias citadas por el actor, pues éstas establecen que en el Instituto no se podía establecer una tercera categoría de personas vinculadas como meros auxiliares de la administración que no se consideraban empleados oficiales y que los trabajadores oficiales del Instituto podían presentar pliegos de peticiones.

Así, se insiste, que las sentencias invocadas por el demandante no estudiaron ni determinaron la legalidad de las modificaciones de las plantas de personal siguiendo los criterios determinados por el Constituyente y el Legislador, que establecen qué funciones públicas pueden ser realizadas por empleados públicos o por trabajadores oficiales.

2. Adicionalmente observa la Sala que el régimen jurídico bajo el cual se expidieron los actos acusados y se profirieron las sentencias que cita la parte actora, son diferentes. En efecto éstas últimas fueron expedidas en vigencia de la Constitución de 1886 y del artículo 5 del Decreto 3135 de 1968¹², mientras que al dictarse los actos censurados, en el año 2004, el citado artículo 5 ya había sido declarado inexecutable parcialmente por la Corte Constitucional en la sentencia C-484 de 1995, como consecuencia del cambio de régimen constitucional, y la norma vigente para las ESE pasó a ser el artículo 26 de la Ley 10 de 1990, cuyo inciso 2 fue declarado inexecutable en la sentencia C-432 de 1995.

¹² Este artículo era la norma vigente aplicable al Instituto Nacional de Cancerología cuando era un establecimiento público y señalaba:

Con el propósito de exponer la relevancia de la sentencia de inexecutableidad C-484 de 1995, se precisa que el Estatuto de Personal del Instituto cuando tenía la calidad de establecimiento público era el Decreto 1456 de 1969 que en su artículo 30 se remitía al artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, indicando:

"Artículo 30. Todas las personas que presten servicios al Instituto son empleados públicos, y por lo tanto, estarán sometidas al régimen legal vigente para los mismos. No obstante lo anterior, conforme a lo dispuesto en el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 podrán vincularse mediante contrato de trabajo las personas que desempeñan las siguientes actividades:

a) Servicios profesionales en materia de asesoría técnica, científica o jurídica.

b) Construcción y sostenimiento de obras y equipos.

c) Labores de aseo, servicios de alimentación, lavado, planchado de ropa y asistencia doméstica".

A su vez el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, señala:

"ARTICULO 5. EMPLEADOS PÚBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES. *Las personas que presten sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos, son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo". (El texto subrayado fue declarado inexecutable en la sentencia C-484 de 1995 de la Corte Constitucional).*

"Las personas que presten sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos".

Esta norma comprendía dos reglas sobre los trabajadores oficiales de los establecimientos públicos, a saber: i) los que desempeñaban labores de construcción y sostenimiento de obras públicas y ii) los que realizaban las actividades que según los estatutos se podían hacer mediante contrato de trabajo.

Mientras estuvo vigente todo el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, este criterio era el que debían seguir los establecimientos públicos, como lo fue el Instituto Nacional de Cancerología, no obstante, la expresión del artículo en comento, "En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo" fue declarada inexecutable en la sentencia C-484 de 1995¹³ por la Corte Constitucional, quien consideró que los establecimientos públicos no están facultados para señalar qué actividades pueden ser realizadas mediante contrato de trabajo, en cuanto esta competencia corresponde a la ley, así:

¹³ Magistrado Ponente, Dr. Fabio Morón Díaz.

“Así las cosas, resulta que los establecimientos públicos no se encuentran en capacidad de precisar qué actividades pueden ser desempeñadas por trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo, puesto que usurparían la función legislativa de clasificar los empleos de la administración nacional, que desde luego, para entidades en las que se cumplen funciones administrativas corresponde a la categoría de los empleados públicos por principio, con las excepciones que establezca la ley.

De manera que la atribución de precisar qué tipo de actividades de la entidad deben desarrollarse por contrato laboral, se encuentra limitada y debe contraerse a la clasificación de los empleos hecha por la Constitución y por la ley; por todo ello, las expresiones acusadas del inciso primero del artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 son inconstitucionales y así lo señalará esta Corporación”

Ahora bien, en el año 1994, cambió la naturaleza jurídica del Instituto que pasó de ser un establecimiento público a una Empresa Social del Estado, según lo ordenó el artículo 196¹⁴ de la Ley 100 de 1993 y se cumplió en el Decreto No. 1287 de 1994¹⁵, por el cual se reestructura el Instituto Nacional de Cancerología –Empresa Social del Estado.

En lo que corresponde al régimen laboral, de los servidores de las ESE el artículo 195 de la Ley 100 de 1993, se remite al artículo 26 de la Ley 10 de 1990, así:

-LEY 100 DE 1993

“ARTÍCULO 195. RÉGIMEN JURÍDICO. Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico:

(...)

5. Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del Capítulo IV de la Ley 10 de 1990.”

- LEY 10 DE 1990

**“CAPÍTULO IV
ESTATUTO DE PERSONAL.**

Artículo 26º.- *Clasificación de empleos. En la estructura administrativa de la Nación, de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, para la organización y prestación de los servicios de salud, los empleos pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera.*

(...)

Parágrafo.- *Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones.*

¹⁴ “ARTÍCULO 196. EMPRESAS SOCIALES DE SALUD DE CARACTER NACIONAL. Transfórmense todas las entidades descentralizadas del orden nacional cuyo objeto sea la prestación de servicios de salud, en empresas sociales de salud.” Declarado exequible en la sentencia C-408-94 del 15 de septiembre de 1994, Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz.

¹⁵ Derogado por el Decreto 1177 de 1999, que a su vez también fue derogado por el Decreto 5017 de 2009.

Los establecimientos públicos de cualquier nivel, precisarán en sus respectivos estatutos, qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo.” (Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-432 de 1995).

Como se observa, al igual que en el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, en el inciso 2 del párrafo del artículo 26 de la Ley 10 de 1990 también se encuentra la frase “Los establecimientos públicos de cualquier nivel, precisarán en sus respectivos estatutos, qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo” que igualmente fue declarada inconstitucional en la sentencia C-432 de 1995¹⁶, en la que se manifestó:

“3o. De conformidad con el artículo 125 de la Carta Política, solamente la ley puede determinar qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo y por consiguiente, quienes pueden tener la calidad de empleados públicos o de trabajadores oficiales en los establecimientos públicos, sin que dicha facultad pueda ser delegada a estos, en sus respectivos estatutos.

(...)

Esta disposición resulta contraria a juicio de la Corte, a los preceptos constitucionales citados, ya que constituye una potestad propia del Legislador, no susceptible de ser trasladada a los establecimientos públicos, como lo señala el demandante, ya que por mandato constitucional corresponde exclusivamente al Congreso a través de la ley determinar la estructura de la administración en lo nacional, a las Asambleas en lo departamental, y a los Concejos en los municipal y distrital.

De permitirse esta delegación, los establecimientos públicos podrían realizar la clasificación de sus servidores en empleados públicos y trabajadores oficiales, contrariando las disposiciones constitucionales.

De conformidad con lo expuesto, se tiene que el artículo 674 del Decreto 1298 del 22 de junio de 1994, inciso 2o. de su párrafo, al establecer que “los establecimientos públicos de cualquier nivel, precisarán en sus respectivos estatutos, qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo”, delegando una potestad atribuida por la Constitución al legislador, a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales, quebrantó los preceptos examinados, razón por la cual habrá de declararse su inexequibilidad, al igual que el artículo 26 inciso 2o. del párrafo de la Ley 10 de 1990, por unidad normativa (artículo 158 CP.), por tratarse del mismo texto acusado.”

Los anteriores razonamientos llevan a la Sala a concluir que el Decreto 165 y la Resolución 62 de 2004 no desconocieron ni el principio de la cosa juzgada ni la obligatoriedad de las sentencias del Consejo de Estado proferidas respectivamente por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, el 2 de diciembre de 1983, dentro del expediente 11-0055, y por la Sección Segunda de fecha 26 de junio de 1974, porque i) las sentencias invocadas por la accionante no determinaron la legalidad de modificación de la planta de personal del Instituto que reclasificó a sus servidores en cumplimiento de la Ley 10 de 1990 y ii) el régimen jurídico y constitucional bajo el cual se expidieron los actos acusados y las sentencias en cita, son diferentes.

¹⁶ Magistrado Ponente, Dr. Hernando Herrera Vergara.

Dado lo expuesto este cargo no está llamado a prosperar.

Segundo cargo.- El supuesto desconocimiento del derecho adquirido de los trabajadores oficiales a conservar la naturaleza jurídica de su vinculación con la administración.

Bajo este acápite se agrupan los cargos quinto, sexto y séptimo, en los que el accionante señala que los actos demandados desconocen el derecho de quienes eran trabajadores oficiales en el Instituto antes de que el Decreto 165 de 2004 cambiara la naturaleza jurídica de su vinculación y fueran reincorporados como empleados públicos por la Resolución 62 de 2004, a conservar como derecho adquirido su forma de vinculación como trabajadores oficiales, esto, porque en los Decretos 1287 de 1994 y 1177 de 1999 se previó que para efectos laborales se aplicaría lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 10 de 1990.

Por tanto en criterio de la parte actora, a pesar de estar establecido en los estatutos de la entidad el respeto de la clasificación en el régimen del personal con sujeción a la Ley 10 de 1990, las entidades demandadas proferieron los actos demandados, desconociendo la forma de vinculación de todas aquellas personas que siendo tratadas como trabajadores oficiales desde el año 1969 pasaron a ser empleados públicos.

Contestación de la demanda

1. El Ministerio de la Protección Social solicitó que se niegue la solicitud de nulidad y contestó la demanda manifestando que (fls. 196 a 214):

- La clasificación de los empleados públicos y trabajadores oficiales debe realizarse con fundamento en las leyes que regulan la materia. Así la Ley 10 de 1990 que atañe específicamente al personal vinculado a los servicios de salud, como una norma especial que prevalece sobre los estatutos de la entidad, señala en el parágrafo del artículo 26 que son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales.

- La adecuación efectuada en los actos administrativos demandados, en los que se dispuso la clasificación de los empleados está respaldada por el Decreto 2502 de 1998 que clasifica por denominación, código y grado los empleos públicos.

- El Director General del Instituto Nacional de Cancerología en carta del 22 de mayo de 2006 dirigida a este proceso señaló:

“Que es (sic) solamente la Constitución y la Ley los ordenamientos que pueden señalar la clasificación de los servidores del Estado, en empleados públicos y trabajadores oficiales, siendo jurídicamente imposible y, por tanto ineficaz lo que hagan las juntas directivas, los nominadores o los empleados a través de convenciones colectivas. Que la Ley 10 de 1990, en el parágrafo 1° del artículo 26 definió bajo un criterio estrictamente “funcional” quiénes son trabajadores oficiales en el Instituto Nacional de Cancerología ... por tanto quienes se encuentren desempeñando otras funciones tienen calidad de empleados públicos, independientemente de la forma de vinculación y de lo que haya establecido la junta directiva, el nominador o la convención colectiva, por

cuanto, se reitera, no son las autoridades ni los instrumentos constitucional y legalmente válidos para clasificarlos.

Que con los pronunciamientos hechos por la Corte Constitucional ... queda claro que dentro del marco constitucional las determinaciones adoptadas en esa materia por las Instituciones no tienen fuerza vinculante y contrarían el ordenamiento por oponerse directa y abiertamente con los mandamientos de la Carta Política...

Que ... el Gobierno Nacional y el Instituto Nacional de Cancerología – E.S.E.- como ha quedado explicado no hicieron cosa distinta a efectuar el ajuste en la planta de personal para regular la vinculación (legal y reglamentaria) de los servidores públicos que desarrollan funciones diferentes a las que dan la clasificación de trabajadores oficiales, sin que se les haya desconocido derecho alguno; pues, se insiste, es la ley la que da la calidad y no las partes.

Que de conformidad con lo expresado, el Presidente de la República expidió los decretos 165 y 166 de 2004 y en ellos, clarificó la situación bajo dos criterios fundamentales; el primero, que independientemente a la forma de vinculación, lo empleados así incorporados, han sido y son empleados públicos del Instituto;... Lo que significa que en aras de la discusión aún sin la existencia jurídica de la Resolución (e incluso del Decreto Presidencial) la situación jurídica de los servidores públicos del INC está reglada y no puede alterarse su clasificación; es decir que este opera haciendo es la reproducción de la voluntad del Constituyente y la garantía del no desmejoramiento de las condiciones salariales de los servidores públicos.”

2. El Instituto Nacional de Cancerología –Empresa Social del Estado- contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la parte actora (fls 259 a 275), expresando que:

- El Instituto Nacional de Cancerología fue un establecimiento público, de acuerdo con el Decreto 1598 de 1956, cuya organización y funcionamiento se fijó de conformidad con los Decretos 1050, 3130, 2400 y 3135 de 1968.

- De acuerdo con la sentencia del Consejo de Estado, del 2 de diciembre de 1983 dentro del proceso 11-055 y en razón del Decreto 3135 de 1968, era viable realizar la clasificación de los empleos susceptibles de ser desempeñados por trabajadores oficiales vinculados mediante contrato de trabajo; así, la Oficina Jurídica del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, en el concepto No. 700 del 7 de julio de 1987, determinó: que i) de acuerdo con las normas y la Constitución vigentes en su momento, la entidad podía determinar la clasificación de los cargos para los trabajadores oficiales, indicando que las auxiliares de enfermería, por la naturaleza de la labor que desarrollaban, podían ser asimiladas a las labores de asistencia doméstica; y que ii) las entidades en sus reglamentos internos estaban facultadas para adecuar la clasificación de los empleos realizados por los trabajadores oficiales.

- La Ley 100 de 1993, artículo 195, numeral 5, señala que el personal vinculado a las empresas sociales del Estado tendrá el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, de conformidad con las reglas establecidas en el

capítulo IV, artículo 26, de la Ley 10 de 1990. No obstante, el párrafo 2¹⁷ de este artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-432 de 1995 por cuanto se consideró que *“solamente la ley puede determinar qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo y por consiguiente, quiénes pueden tener la calidad de empleados públicos o de trabajadores oficiales en los establecimientos públicos, sin que dicha facultad pueda ser delegada a éstos, en sus respectivos estatutos. (...) Esta disposición resulta contraria a juicio de la Corte, a los preceptos constitucionales citados, ya que constituye una potestad propia del Legislador, no susceptible de ser trasladada a los establecimientos públicos”*.

- En el mismo sentido en la sentencia C-484 de 1995 se declaró la inexecutable del artículo 5 del Decreto 3135 de 1968 que disponía: *“en los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo”*. Así se consideró que *“la autonomía de las entidades de la administración no llega hasta el punto de permitir que ellas definan en sus estatutos las actividades que pueden ser desempeñadas por trabajadores oficiales en el caso de los establecimientos públicos (...) De manera que la atribución de precisar qué tipo de actividades de la entidad deben desarrollarse por contrato laboral (o sea la de los trabajadores oficiales) se encuentra limitada y debe contraerse a la clasificación de los empleos hecha por la Constitución y por la ley; por todo ello, las expresiones acusadas del inciso primero del artículo 5 del Decreto 3135 de 1968 son inconstitucionales”*.

- El Consejo de Estado en auto del 16 de marzo de 1985, estableció que las normas que determinan la naturaleza del vínculo de los servidores del estado, tienen efecto general e inmediato y a ellas no se puede oponer ningún derecho adquirido; indica que igualmente, la providencia en comento hace énfasis en que ser empleado público o trabajador oficial no constituye una situación definida o consumada que no puede ser modificada por normas posteriores a su creación.

- La Ley 10 de 1990 clasifica de manera taxativa a los servidores pertenecientes al sector salud, así, solamente son trabajadores oficiales quienes cumplen funciones de mantenimiento hospitalario y servicios generales.

- Que la Comisión Nacional del Servicio Civil al decidir sobre los derechos de las personas que fueron retiradas del registro de carrera administrativa, estimó que:

“De acuerdo con el artículo 26 de la ley 10 de enero de 1990, los funcionarios vinculados a ésta, por regla general ostentan la calidad de empleados públicos, y excepcionalmente ostentarán la calidad de trabajadores oficiales, quienes de acuerdo con lo dispuesto en su párrafo, desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, pues si bien el inciso 2° del citado párrafo preveía que los establecimientos públicos de

¹⁷ “Artículo 26°.- *Clasificación de empleos.* (...) *Parágrafo.-* Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones.

Los establecimientos públicos de cualquier nivel, precisarán en sus respectivos estatutos, qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo.” Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-432 de 1995.

cualquier nivel, podía precisar en sus estatutos qué actividades podían ser desempeñadas por contrato de trabajo, ese aparte fue declarado inexecutable mediante sentencia No. C-432 de 1995, del 28 de septiembre de 1995, al considerar ese pronunciamiento que de acuerdo con el artículo 125 de la Carta Política, solamente la ley puede determinar qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo y por consiguiente, quiénes pueden tener la calidad de empleados públicos o de trabajadores oficiales en los establecimientos públicos, sin que dicha facultad pueda ser delegada a estos en los respectivos estatutos.”

- Los actos demandados, en garantía de los artículos 53 y 228 de la Constitución Política, recogen los derechos constitucionales y legales de los servidores públicos, con respeto de su escala laboral y haciendo primar el derecho sustancial sobre las formalidades adjetivas.

Alegatos de conclusión

El Instituto Nacional de Cancerología, el Ministerio de la Protección Social y el Departamento Administrativo de la Función Pública reiteraron los argumentos expuestos en la contestación de la demanda (fls. 298 a 314, 315 a 325, 326 a 328).

De otro lado, la parte actora en escrito visible a folios 282 a 297 del expediente expone que:

- Con fundamento en la sentencia C-432 de 1995 quienes ostentaban la condición de trabajadores oficiales antes de la fecha de ejecutoria de esta providencia, deben mantener esa condición, sin que se altere la estructura del régimen de personal aplicable a la entidad, situación que constituye una excepción que tiene como razón de ser, la protección de derechos ciertos.

- Hasta antes de la sentencia C-432 de 1995, las vinculaciones que se realizaron de los trabajadores oficiales se efectuaron con fundamento en la facultad legal de los hospitales prevista en el artículo 26 de la Ley 10 de 1990 e indica que según los artículos 16 y 17 de la citada ley y el Decreto reglamentario 1399 de 1990, esos contratos de trabajo deben respetarse hasta que termine la relación laboral.

- Las sentencias de constitucionalidad sólo producen efectos hacia el futuro, salvo que la Corte Constitucional decida darles efectos retroactivos, de lo que establece que la clasificación de trabajador oficial realizada con fundamento en el artículo 26 de la Ley 10 de 1990, antes de que éste fuera declarado de inexecutable en la sentencia C-432 de 1995, es constitucional y legal, y debe mantenerse hasta que finalice la relación laboral de esos trabajadores con la administración pública, pues reitera el actor que la providencia en comento sólo produjo efectos hacia el futuro.

- Sería un error otorgarle efectos retroactivos a la sentencia C-432 de 1995, ya que se afectarían situaciones consolidadas antes de su ejecutoria, esto es derechos adquiridos con fundamento en la ley, como es el caso de la vinculación de los trabajadores oficiales en la planta de personal del Instituto Nacional de Cancerología desde antes de 1990.

- Un derecho adquirido, según la jurisprudencia constitucional, es aquél que ha ingresado definitivamente al patrimonio de la persona, y en cuanto a su ámbito de protección se ha establecido que es intangible, lo que implica que no puede ser desconocido por leyes posteriores; agrega que el derecho adquirido es la ventaja

o el beneficio cuya conservación o integridad está garantizada a favor del titular del derecho.

- La Corte Constitucional en la sentencia C- 314 de 2004 precisó que el traslado del régimen de trabajadores oficiales al de empleados públicos y la incorporación a las nuevas plantas de personal no acarrea la pérdida de derechos laborales salariales o prestacionales. Por tanto solicita que si esta Corporación declara la legalidad de los actos acusados, el pronunciamiento se debe condicionar a que se respeten los derechos adquiridos convencionales hasta que terminen las relaciones laborales de quienes ostentaban la calidad de trabajadores oficiales y fueron reclasificados como empleados públicos.

Problema jurídico

El problema jurídico de este cargo consiste en establecer si los actos demandados que modificaron la planta de personal del Instituto Nacional de Cancerología, al reclasificar los cargos de quienes eran trabajadores oficiales, determinando que eran empleos públicos, desconocieron: i) el supuesto derecho adquirido de los trabajadores oficiales a mantener la naturaleza jurídica de su vinculación con la administración y ii) los derechos adquiridos convencionales.

Caso en concreto

Para desatar el cargo presentado por la parte actora, se abordarán los siguientes temas: i) naturaleza jurídica del Instituto Nacional de Cancerología y las empresas sociales del Estado, ii) el régimen laboral de las ESE y las labores de los trabajadores oficiales en el Instituto, iii) si la vinculación de los servidores públicos constituye un derecho adquirido y iv) el respeto de los derechos adquiridos convencionales cuando cambia la naturaleza del cargo de trabajador oficial a empleado público, por el término de vigencia de la convención colectiva.

i) Naturaleza jurídica del Instituto Nacional de Cancerología y las empresas sociales del Estado.

Sobre este aspecto, se resalta que uno de los propósitos económicos de la Ley 100 de 1993, fue reformar los hospitales públicos que eran unas dependencias oficiales que recibían asignaciones presupuestales, para transformarlos con fundamento en una concepción empresarial pública en empresas sociales del Estado, en este marco éstas participan bajo un esquema competitivo, mediante subsidios a la demanda y con régimen de autonomía administrativa y financiera.

En torno a las Empresas Sociales del Estado se resalta que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, en términos de la Ley 100 de 1993; cuyo artículo 196 ordenó que todas las entidades descentralizadas del orden nacional que prestaran servicios de salud quedarían transformadas en ESE, así:

“ARTÍCULO 194. NATURALEZA. La prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con

personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo.

(...)

ARTÍCULO 196. EMPRESAS SOCIALES DE SALUD DE CARÁCTER NACIONAL. Transfórmense todas las entidades descentralizadas del orden nacional cuyo objeto sea la prestación de servicios de salud, en empresas sociales de salud.

ARTÍCULO 197. EMPRESAS SOCIALES DE SALUD DE CARÁCTER TERRITORIAL. Las entidades territoriales deberán disponer, dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de vigencia de esta Ley, la reestructuración de las entidades descentralizadas cuyo objeto principal sea la prestación de servicios de salud, con el fin de adecuarlas a lo dispuesto en este capítulo.”

Sobre la creación de estas entidades de derecho público la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad de la Ley 100 de 1993 en la sentencia C-408 de 1994¹⁸ consideró que *“La circunstancia de que no se hablase en la Carta, de la posible existencia de personas jurídicas de derecho público especiales, no quiere decir que éstas no pudiesen existir, tal es el caso de las “Empresas Sociales del Estado” a que se refieren los artículos en este aparte examinados. Pues no se requeriría una facultad expresa de la ley para que ésta ordenare la creación de una persona jurídica de derecho público.”*

Dentro de este proceso de reestructuración de la administración pública en el sector de la salud, se profirió el Decreto 1287 de 1994 *“Por el cual se reorganiza el Instituto Nacional de Cancerología y se transforma en una Empresa Social del Estado”*, derogado por el Decreto 1177 de 1999 *“Por el cual se reestructura el Instituto Nacional de Cancerología –Empresa Social del Estado.”*, que a su vez fue derogado por el Decreto 5017 de 2009.

ii) El régimen laboral de las ESE y las funciones de los trabajadores oficiales en el Instituto Nacional de Cancerología

Ahora bien, en lo concerniente al régimen laboral de las ESE, la Ley 100 de 1993 en el artículo 195 numeral 5 remite al capítulo IV de la Ley 10 de 1990, que en el párrafo del artículo 26 regula la vinculación de los trabajadores oficiales estableciendo que son aquéllos que desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones.

El inciso segundo del párrafo en cita, que establecía *“Los establecimientos públicos de cualquier nivel, precisarán en sus respectivos estatutos, qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo”* fue declarado inexecutable en la sentencia de C-432 de 1995, dado que la Corte consideró en esa ocasión que los establecimientos públicos no podían precisar en sus estatutos, qué actividades podían ser desempeñadas mediante contrato de trabajo, ya que esta competencia está asignada al legislador.

¹⁸ Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz.

En este orden de ideas, se tiene claro que por disposición legal, esto es, el parágrafo del artículo 26 de la Ley 10 de 1990, en el Instituto Nacional de Cancerología, como Empresa Social del Estado, únicamente son trabajadores oficiales quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales.

Visto lo anterior, se resalta que la declaratoria de inexequibilidad, conllevaba a la obligación de modificar las plantas de personal de las ESE, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 10 de 1990.

Ahora bien, sobre el sistema de clasificación y nomenclatura de los empleos públicos para el nivel nacional en el que se incluye en el sector descentralizado a las empresas sociales del Estado del citado nivel, se tiene que la norma vigente para la época de expedición del Decreto 165 de 2004, era el Decreto 2502 de 1998 *“por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos públicos de las entidades pertenecientes a la Rama Ejecutiva y de otros organismos del orden nacional”* proferido por el Presidente de la República.

Sobre los significados de clasificación y nomenclatura la Corte Constitucional en la sentencia C-1174 de 2005 estableció que *“La clasificación hace alusión a la forma de organización de los empleos públicos en diferentes grupos. Dicha clasificación tiene su origen en la Constitución o en la ley. (...) Una manera de clasificación tradicional que contempla la ley es por niveles jerárquicos que tiene en cuenta la naturaleza de las funciones asignadas, los requisitos exigidos para el empleo y el grado de responsabilidad (...) La nomenclatura se refiere a los vocablos (denominación) y/o dígitos (código numérico) que se le asignan a un empleo para identificarlo e individualizarlo de los demás.”*

Retomando el régimen laboral de los servidores de las empresas sociales del Estado, la Ley 10 de 1990 indica lo siguiente:

“Artículo 26º.- *Clasificación de empleos. En la estructura administrativa de la Nación, de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, para la organización y prestación de los servicios de salud, los empleos pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera.*

Son empleos de libre nombramiento y remoción:

1. *En la administración nacional central o descentralizada, los enumerados en las letras a), b), c) e i) del artículo 1 de la Ley 61 de 1987.*
2. *En las entidades territoriales o en sus entes descentralizados:*
 - a. *Los de Secretario de Salud o Director Seccional o local del sistema de salud, o quien haga sus veces, y los del primer nivel jerárquico, inmediatamente siguiente;*
 - b. *Los de Director, Representante Legal de entidad descentralizada y los del primero y segundo nivel jerárquico, inmediatamente siguientes;*
 - c. *Los empleos que correspondan a funciones de dirección, formulación y adopción de políticas, planes y programas y asesoría. **Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-387 de 1996.***

Todos los demás empleos son de carrera. Los empleados de carrera, podrán ser designados en comisión, en cargos de libre nombramiento y remoción, sin perder su pertenencia a la carrera administrativa.

Parágrafo.- *Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones.*

Los establecimientos públicos de cualquier nivel, precisarán en sus respectivos estatutos, qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo. Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-432 de 1995.

Del texto de la norma se infiere que en las ESE, los servidores por regla general son empleados públicos y por excepción, trabajadores oficiales, quienes son los que desempeñan "cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales".

Ahora bien sobre el mantenimiento de la planta física hospitalaria, ha entendido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral que "comprende el conjunto de actividades orientadas a mejorar, conservar, adicionar o restaurar la planta física de los entes hospitalarios destinados al servicio público esencial de salud, tales como electricidad, carpintería, mecánica, jardinería, pintura, albañilería, vigilancia o celaduría"¹⁹.

Y respecto de servicios generales, ha indicado igualmente la Corte Suprema de Justicia, que comprenden las:

*"actividades cuyo propósito es el de atender las necesidades que le son comunes a todas las entidades, tales como cocina, ropería, lavandería, costura, transporte, traslado de pacientes, aseo en general y las propias del servicio doméstico (...)Y, en sentencia del 13 de octubre de 2004 (rad. 22.858), asentó: "...dentro del concepto de servicios generales a que alude la disposición ya citada, han de involucrarse, a manera solamente de ejemplo, aquellas actividades relacionadas con el aseo, vigilancia y alimentación, mas no las que correspondan a servicios médicos y paramédicos"*²⁰.

En el caso bajo análisis, el Presidente de la República mediante el Decreto 165 de 2004 reformó la planta de personal del Instituto Nacional de Cancerología, para adecuarla a lo establecido en el artículo 26 de la Ley 10 de 1990, así:

Número de cargos	Dependencia y denominación del empleo	Código	Grado
	PLANTA GLOBAL		
6 (seis)	Profesional Universitario	3020	04
5 (cinco)	Técnico Operativo	4080	06
95 (noventa y cinco)	Auxiliar Administrativo	5120	11
147 (ciento cuarenta y siete)	Enfermero Auxiliar	5345	21
8 (ocho)	Auxiliar de Servicios Generales	5335	11

Se observa que el citado decreto tiene como antecedente administrativo, el estudio técnico elaborado por la Dirección General del Instituto Nacional de

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Magistrado Ponente, Gustavo José Gnecco Mendoza, sentencia 36668 del 29 de junio de 2011.

²⁰ Ídem.

Cancerología, que fue aprobado por la Junta Directiva del mismo, en las sesiones del 20 de agosto y de 19 de septiembre de 2003 (fls. 352 a 356, 301 a 308 del cuaderno No. 2), en el que consta el siguiente cuadro:

DENOMINACIÓN	No. DE CARGOS QUE SON DE EMPLEADOS PÚBLICOS	CÓDIGO	GRADO	DENOMINACIÓN
Enfermero auxiliar	147 (ciento cuarenta y siete)	5345	21	Enfermero Auxiliar
Enfermero auxiliar	2 (dos)	5120	11	Auxiliar Administrativo
Mecanógrafo	55 (cincuenta y cinco)	5120	11	Auxiliar Administrativo
	1 (uno)	4080	6	Técnico Operativo
Operario calificado	12 (doce)	5120	11	Auxiliar Administrativo
	1 (uno)	5350	16	Auxiliar de Servicios Generales ***
	2 (dos)	4080	6	Técnico Operativo
Ayudante General	7 (siete)	5120	14	Auxiliar Administrativo
	1 (uno)	4080	15	Técnico Operativo
	1 (uno)	5350	16	Auxiliar de Servicios Generales ***
Auxiliar de Servicios Generales	6 (seis)	5350 ²¹	16	Auxiliar de Servicios Generales ***
	19 (diecinueve)	5120	14	Auxiliar Administrativo
	1 (uno)	4080	15	Técnico Operativo

Este esquema contiene en la primera y segunda columna, los cargos que desempeñaban los trabajadores oficiales (denominación y cantidad), y en las tres últimas la propuesta de reclasificación en los cargos de empleados públicos de conformidad con las funciones realizadas, en los empleos de técnico operativo, auxiliar administrativo, enfermero auxiliar y auxiliar de servicios generales.

La propuesta del estudio técnico y la reclasificación prevista en el Decreto 165 de 2004, corresponde con la clasificación establecida en el Decreto 2502 de 1998, cuyo campo de aplicación incluía a las empresas sociales del Estado del orden nacional, como lo es en el presente caso, el Instituto Nacional de Cancerología.

Respecto de la denominación *auxiliar de servicios generales*, con el código 5335, del cual que se crearon 8 cargos en el Decreto 165 de 2004, la Sala considera

²¹ No obstante que el cuadro en el estudio técnico se observa que el código del cargo de auxiliar de servicios generales es 5350, el código de este cargo es realmente el 5335, como lo establece el Decreto 2502 de 1998, y como se plasmó finalmente en el Decreto 165 de 2004.

pertinente resaltar que el Decreto 2502 de 1998 en el artículo 2 establecía la nomenclatura y clasificación de los empleos públicos y en el acápite del nivel asistencial incluyó el cargo de *auxiliar de servicios generales*, con el código 5335; de modo que la Sala precisa que esta fue la clasificación que orientó la denominación del cargo *auxiliar de servicios generales* en el Decreto 165 de 2004.

Observa la Sala que la categoría de *auxiliar de servicios generales*, para los cargos de empleados públicos, contenida en el decreto demandado se puede prestar a equívocos pues, como se indicó anteriormente, en el sector salud, el artículo 26 de la Ley 10 de 1990 precisa que son trabajadores oficiales quienes desempeñen cargos destinados a servicios generales, lo que amerita que se estudien a profundidad las funciones de los trabajadores oficiales que se reclasificaron como empleados públicos en el cargo de *auxiliar de servicios generales*, código 5335.

Lo anterior en tanto, como viene de explicarse, la Ley 10 de 1990 establece un criterio funcional para determinar quiénes son trabajadores oficiales, consistente en el desempeño de un cargo destinado al mantenimiento de la planta física o de servicios generales. Ahora bien en cuanto a la función de *servicios generales*, se destaca que este es un criterio especial aplicable en el sector de la salud, pues el Decreto 3135 de 1968²², cuando señala quienes son trabajadores oficiales solamente se refiere a “*los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas*”.

Así, corresponde a la Sala establecer si la denominación del cargo *auxiliar de servicios generales* prevista en el Decreto 165 de 2004, desconoce la Ley 10 de 1990, en cuanto al criterio funcional sobre lo que debe entenderse por servicios generales, esto es, las labores de “*cocina, ropería, lavandería, costura, transporte, traslado de pacientes, aseo en general y las propias del servicio doméstico*”²³, comparándoles con el listado de las funciones de los cargos que se reclasificaron como empleos públicos en el Decreto 165 de 2004.

Con el citado objeto se destaca que el estudio técnico hizo un análisis detallado de las funciones de cada cargo y como resultado de éste se concluyó que se deberían crear en la planta de personal del Instituto 8 cargos de auxiliar de servicios generales como empleados públicos (identificados en el cuadro así ***), que antes eran trabajadores oficiales en los empleos de 1 operario calificado, 1 ayudante general y 6 auxiliares de servicios generales.

Para llegar a esta conclusión, en el estudio se realizó la siguiente relación de las funciones:

1. De 30 operarios calificados (que originalmente eran trabajadores oficiales) se estableció que 15 realizaban labores de mantenimiento de la planta hospitalaria o de servicios generales y que 15 efectuaban funciones de empleados públicos, detallados estos últimos así:

²² “Decreto 3135 de 1968. Artículo 5º.- *Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales*. Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios; Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales.”

²³ *Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Magistrado Ponente, Gustavo José Gnecco Mendoza, sentencia 36668 del 29 de junio de 2011.*

“Tres (3), facturan los servicios de salud prestados por el Instituto Nacional de Cancerología, ubicados en el grupo de facturación.

Uno (1), arma cuentas para el cobro de los servicios de salud prestados y facturados, ubicado en el grupo de cobranzas.

Tres (3), organizan, distribuyen y archivan las historias clínicas de los pacientes del Instituto Nacional de Cancerología. Ubicados en el grupo de archivo de historias clínicas.

Dos (2), realizando funciones de auxiliar administrativo, llevan control de kardex de los inventarios del instituto. Ubicados en el grupo de almacén.

Uno (1), recepciona y tramita las solicitudes de afiliación, traslados y retiros de la seguridad social (salud y pensión), ingresa las novedades al sistema de autoliquidación de aportes y realiza el proceso de autoliquidaciones, diligencia los formularios para el pago de la seguridad social, proyecta las respuestas de las diferentes EPS y AFP a las cuales se encuentran afiliados los servidores del Instituto y los supernumerarios. Ubicado en el grupo de nóminas.”

(...)

“Uno (1), realiza funciones de auxiliar de morgue. Ubicado en el grupo de patología y citología.

Dos (2), realizan las funciones de técnico en radioterapia. Ubicado en el área de radioterapia y física médica.

Dos (2), trámites de ambulancias, FAX, entrega y lleva historias clínicas, da citas al medio día, punto de información (oriental al público). Ubicados en el grupo de sistema de atención al usuario y trabajo social.”

De los cargos de estos 15 operarios calificados que realmente tenían funciones de empleados públicos, en el Decreto se reclasificaron como se observa en el cuadro que se transcribió anteriormente, en 12 auxiliares administrativos, 1 auxiliar de servicios generales y 2 técnicos operativos

2. De 15 ayudantes generales (que eran trabajadores oficiales) se estableció que 6 realizaban funciones de servicios generales y 9 de empleados públicos, relacionados estos últimos así:

“Uno (1), factura los servicios de salud prestado por el Instituto Nacional de Cancerología, ubicado en el grupo de facturación.

Uno (1), arma cuentas para el cobro de los servicios de salud prestados y facturados, ubicado en el grupo de cobranzas.

Dos (2), organizan, distribuyen y archivan las historias clínicas de los pacientes del Instituto Nacional de Cancerología, ubicado en el grupo de archivo de historias clínicas.

Uno (1), recepciona, organiza, liquida e ingresa al sistema las diferentes novedades de nómina, como son vacaciones, horas extras, dominicales, festivos, cesantías e incapacidades, ubicado en el grupo de nóminas.

Uno (1), recepciona los documentos de diferentes áreas del instituto para tomar fotocopias que le sean solicitadas, ubicado en el grupo de archivo general del instituto.”

(...)

“Uno (1), realiza funciones de auxiliar de farmacia o droguería. Ubicado en el área de farmacia.

Uno (1), realiza funciones de camillero. Ubicado en el área de enfermería.

Uno (1), realiza funciones de técnico en radioterapia. Ubicado en el área de radioterapia y física médica.”

De los cargos 9 con funciones de empleados públicos, se reclasificaron 7 como auxiliares administrativos, 1 como técnico operativo y 1 como auxiliar de servicios generales.

3. Finalmente, de los empleos de trabajadores oficiales que estaban denominados “auxiliar de servicios generales”, se determinó que en la Subdirección General Administrativa y Financiera, 140 desarrollaban labores de mantenimiento de la planta física o de servicios generales y sólo 9 realizaban funciones de empleados públicos, siendo relacionados estos últimos así:

“Cuatro (4), facturan los servicios de salud prestados por el Instituto Nacional de Cancerología, ubicados en el grupo de facturación.

Tres (3), arman cuentas para el cobro de los servicios de salud prestados y facturados, ubicados en el grupo de cobranzas.

Uno (1), organiza, distribuye y archiva las historias clínicas de los pacientes del instituto nacional de cancerología, ubicado en el grupo de archivo de las historias clínicas.

(...)

Uno (1), realiza funciones de auxiliar de sistemas apoyando el mantenimiento de los equipos de cómputo, instalación de software y está ubicado en el grupo de sistemas.”

En la Oficina de Planeación y Sistemas, se determinó que 1 empleo de auxiliar de servicios generales (trabajador oficial) realizaba funciones de empleado público, así:

“Uno (1), realiza funciones de auxiliar de sistemas apoyando el mantenimiento de los equipos de computo, instalación de software y está ubicado en el grupo de sistemas.”

En la Subdirección General de Atención Médica y Docencia se identificó que 16 auxiliares de servicios generales (trabajadores oficiales) realizaban funciones de empleados públicos, así:

“Tres (3), realizan funciones de auxiliar administrativo y apoyo secretarial en los grupos de hematología adultos, patología y citología y radioterapia y física médica.

Seis (6), realizan funciones de auxiliar de farmacia o droguería. Ubicados en el área de farmacia.

Uno (1), realiza funciones de auxiliar de histotecnólogo. Ubicados en el área de patología y citología.

Cinco (5), realizan funciones de camillero. Ubicados en el área de enfermería-

Uno (1), realiza funciones de técnico en radioterapia. Ubicado en el área de radioterapia y física médica.”

Del total de 26 auxiliares de servicios generales que eran trabajadores oficiales y se reclasificaron en empleados públicos, 6 quedaron como *auxiliares de servicios generales, código 5350*, 19 como auxiliares administrativos y 1 como técnico operativo.

De lo anterior se estableció que:

“con base en el análisis y diagnóstico anterior y en el análisis jurídico del capítulo I del presente estudio, se tiene que DOSCIENTOS CINCUENTA Y CINCO (255) empleos a la fecha de elaboración de este documento tienen asignadas funciones de empleados público, y solo CIENTO CINCUENTA (159) son trabajadores oficiales.

(...)

En conclusión, además de los 255 empleos mencionados durante todo el estudio técnico se requiere la creación de 6 profesionales para el servicio social obligatorio, para un total de 261 empleos públicos”.

A modo de conclusión, se precisa que los 8 cargos que se crearon de auxiliares de servicios generales en el Decreto 165 de 2004, si bien en su denominación en apariencia corresponderían a trabajadores oficiales, en cuanto se refieren a servicios generales, pues el párrafo del artículo 26 de la Ley 10 de 1990, indica *"Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones"*, norma que se aplica a la ESE, por disposición del numeral 5 del artículo 195 de la Ley 100 de 1993, se destaca que como se detalló anteriormente en la exposición del estudio técnico, realmente tienen funciones de empleados públicos, pues ejercen labores paramédicas o médicas, como lo indicó la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 29 de junio de 2011²⁴, en donde se consideró:

“Y, en sentencia del 13 de octubre de 2004 (rad. 22.858), asentó: “...dentro del concepto de servicios generales a que alude la disposición ya citada, han de involucrarse, a manera solamente de ejemplo, aquellas actividades relacionadas con el aseo, vigilancia y alimentación, mas no las que correspondan a servicios médicos y paramédicos”.

iii) ¿La modalidad de vinculación de los servidores públicos constituye un derecho adquirido?

Para responder este interrogante en primera medida, resalta la Sala que la distinción entre empleados públicos y trabajadores oficiales²⁵ tuvo su origen legal en la Ley 4 de 1913 (Código de Régimen Político y Municipal) que definió a los primeros como *“todos los individuos que desempeñan destinos creados o reconocidos por las leyes. Lo son igualmente los que desempeñan destinos creados por ordenanzas, decretos y acuerdos válidos”.*

Posteriormente, el Decreto 2127 de 1945, que reglamentó la Ley 6ª del mismo año, permitió la vinculación a la administración a través de un contrato de trabajo en las actividades de *“construcción o sostenimiento de las obras públicas o de empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro, o de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por estos en la misma forma”.*

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Magistrado Ponente, Gustavo José Gnecco Mendoza, sentencia 36668 del 29 de junio de 2011.

²⁵ En este mismo sentido ver la sentencia del 1 de octubre de 2009 de la Sección Segunda, Subsección B, Magistrado Ponente, Dr. Gerardo Arenas Monsalve, proceso con radicado 25000-23-25-000-2005-10890-01 y con número interno 0212-2008.

Más adelante, el Decreto Ley 3135 de 1968 y su Decreto Reglamentario 1848 de 1969, efectuaron la distinción entre empleados públicos y trabajadores oficiales, siendo parte ambas categorías de los denominados “empleados oficiales”, hoy “servidores públicos” por virtud del artículo 123 de la C.P.

En segundo lugar, se destaca que los derechos adquiridos, según la jurisprudencia constitucional son derechos subjetivos intangibles que han ingresado definitivamente al patrimonio de la persona²⁶ y según el artículo 58 de la Constitución Política, no pueden ser desconocidos por leyes posteriores.

En el caso bajo estudio, esto es, la legalidad del Decreto 165 y la Resolución 62 de 2004, la Sala considera que estos actos fueron expedidos con sujeción al régimen jurídico vigente, modificando una vinculación laboral, para quienes eran trabajadores oficiales y pasaron a ser empleados públicos, en cumplimiento de lo ordenado por la Ley 10 de 1990 y las decisiones de la Corte Constitucional.

Igualmente, precisa la Sala que la vinculación de quienes eran trabajadores oficiales antes de la expedición del Decreto 165 de 2004 y pasaron a ser empleados públicos, no era inamovible, pues aunque el tipo de relación laboral genera derechos y expectativas, en sí misma no es un derecho adquirido y absoluto del servidor público, porque de ser así, la administración quedaría petrificada si los intereses particulares de aquél primaran sobre el interés general de la entidad pública.

Así lo ha considerado la Sección Segunda de esta Corporación en auto de 16 de marzo de 1983, donde precisó que *“Las normas que determinan la naturaleza del vínculo de los servidores del Estado tienen efecto general e inmediato y a ellas no se puede oponer ningún derecho adquirido, pues nadie lo tiene a estar en la categoría de empleado público o de trabajador oficial. Ser empleado público o trabajador oficial no constituye una situación definida o consumada sino en curso, que puede ser modificada por normas posteriores a su creación”*.

Adicionalmente, el acto acusado no otorga efectos retroactivos a la sentencia C-432 de 2005 como lo afirma el actor, porque sólo se podría afirmar esto si se modificara una situación jurídica consolidada, pero en el presente caso la vinculación del trabajador oficial mediante contrato de trabajo no es un evento consolidado sino que es una situación sujeta a modificación por leyes posteriores, en tanto, como ya se explicó no es un derecho adquirido.

En este sentido la Corte Constitucional ha precisado en la sentencia C-314 de 2004²⁷ que la pertenencia de un servidor público a un determinado régimen laboral, como trabajador oficial o empleado público, no es un derecho adquirido, porque *“el legislador, habilitado por una potestad general de regulación, puede determinar la estructura de la administración pública de acuerdo con su valoración de las necesidades públicas”*.

De igual manera, con la declaratoria de inexecutable del inciso segundo del párrafo del artículo 26 de la Ley 10 de 1990, se retiró esta norma del ordenamiento jurídico, por tanto la adecuación de la planta de personal del Instituto Nacional de Cancerología realizada por las entidades demandadas mediante el Decreto 165 y la Resolución 62 de 2004, al consistir en una actividad administrativa reglada tenía que someterse a los límites constitucionales y legales,

²⁶ Corte Constitucional, sentencias C-584/97, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-453/02, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

²⁷ Magistrado Ponente, Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

por los cuales se ha determinado que solamente el legislador puede determinar qué funciones pueden ser realizadas por trabajadores y por los empleados públicos.

Así las cosas, al dejar de existir en la normatividad el sustento jurídico de la competencia de las Empresas Sociales del Estado para definir en sus estatutos qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo, las autoridades demandadas no estaban facultadas para mantener la vinculación de los trabajadores oficiales que fueron contratados con fundamento en la norma declarada inexecutable. Por el contrato se imponía la modificación de la planta de personal de conformidad con los lineamientos constitucionales y legales, como en efecto se realizó mediante la expedición del Decreto 165 y la Resolución 62 de 2004.

iv) El respeto de los derechos adquiridos convencionales cuando cambia la naturaleza del cargo de trabajador oficial a empleado público, por el término de vigencia de la convención colectiva.

Sobre el último aspecto señalado por el accionante en los alegatos de conclusión, referente a que en caso de que se declare la legalidad de los actos demandados, sea de manera condicionada, bajo el entendido que se mantienen los derechos adquiridos convencionales hasta que se terminen las relaciones laborales, la Sala considera que como pretensión subsidiaria, que no se incluyó en el escrito de la demanda, constituye una modificación que no se realizó dentro del término de fijación en lista, por tanto la Sala en principio no se puede pronunciar sobre este aspecto. No obstante, en aplicación del principio de la prevalencia de lo sustancial sobre las formalidades²⁸, se abordará oficiosamente el estudio de la solicitud de la parte actora.

Sobre los derechos adquiridos convencionales se resalta que según las sentencias C-314 y C-349 de 2004, cuando en el marco de la modernización de la administración pública se transforma la relación jurídica del Estado con sus servidores, pasando de trabajadores oficiales a empleados públicos, no se pueden menoscabar los derechos adquiridos convencionales mientras éstos mantengan su vigencia, así:

“Para ilustrar su argumento, el actor recurre a lo consignado en la Sentencia C-013 de 1993 en donde –a su juicio- la Corte habría reconocido que los compromisos adquiridos en las convenciones colectivas de trabajo constituyen derechos adquiridos que no pueden ser modificados unilateralmente por el empleador.

Frente a esta acusación, la Corte considera indispensable retomar la doctrina sobre los derechos adquiridos que fue esbozada previamente, pero no ya con el fin de analizarla desde su perspectiva general, sino de encuadrarla en la discusión sobre los derechos convencionales adquiridos por los servidores del Estado en el marco de los procesos de reestructuración.

(...)

²⁸ “ARTICULO 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.”

Como es lógico, los procesos de reestructuración de la administración pública no pueden apartarse de dicha preceptiva. Por este motivo, la Corte Constitucional ha reconocido que también en ellos deben respetarse los derechos adquiridos conforme a las leyes civiles. La consideración anterior implica que cualquier decisión del Estado encaminada a modificar la estructura de la administración pública, en la que se afecte directamente la condición jurídica de los servidores públicos, debe partir de la premisa indiscutible de la protección de los derechos que han ingresado definitivamente en el patrimonio jurídico de sus titulares.

En este sentido, la Corte Constitucional ha sido prolija al afirmar que la modificación en la estructura administrativa de las entidades públicas, incluyendo el cambio de régimen laboral de sus servidores, no autoriza el desconocimiento de los derechos que han ingresado definitivamente en el patrimonio personal.²⁹(Subrayado fuera de texto)

En el mismo sentido en la sentencia C-349 de 2004 se consideró:

“Con ello se obtiene que, en virtud de esta permanencia, dichos trabajadores puedan seguir disfrutando de los beneficios convencionales mientras los mismos mantengan vigencia y, además, seguir cobijados por los regímenes de transición pensional, durante este mismo lapso. Sin esta continuidad en la relación de trabajo no estarían aseguradas estas garantías laborales, puesto que al romperse el vínculo empleador - trabajador en principio cesan las obligaciones del primero para con el segundo, derivadas de la convención colectiva vigente.

(...)

*No obstante, para impedir que las mismas puedan ser interpretadas en el sentido según el cual la automaticidad en el traslado del régimen de trabajadores oficiales a empleados públicos y la incorporación sin solución de continuidad a las nuevas plantas de personal acarrea la pérdida de derechos laborales salariales o prestacionales adquiridos y de garantías convencionales, la Corte declarará su exequibilidad bajo el entendido que se respeten dichos derechos adquiridos, conforme a lo dispuesto en la Sentencia C-314 de 2004.*³⁰

Asimismo, esta Corporación ha determinado, en lo que respecta a los empleados públicos que antes eran trabajadores oficiales, en consonancia con lo ordenado por la jurisprudencia constitucional, que se deben respetar sus derechos adquiridos cuyo origen fue la convención colectiva, mientras ésta estuvo vigente³¹. Al respecto se consideró en la sentencia del 1 de octubre de 2009³²:

²⁹ C-314/04, Magistrado Ponente, Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

³⁰ C-349/04, Magistrado Ponente, Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

³¹ En este mismo sentido ver las sentencias del 8 de agosto de 2011, Sección Segunda, Subsección A, Magistrado Ponente, Dr. Alfonso Vargas, sentencia, proceso con radicado 05001-23-31-000-2008-00073-01 y con número interno 675-2010; y 15 de septiembre de 2001, Sección

“Adicional a todo lo anterior, ha de tenerse en cuenta que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha desarrollado el concepto de derechos adquiridos establecido en el artículo 58 de la Constitución Nacional y la noción de la condición más beneficiosa que se desprende del artículo 53 ibídem para precisar que son sólo los derechos adquiridos y no las meras expectativas los que no pueden modificarse por el Legislador (Sentencia C-453 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Gálvis).

Así mismo, la Sala ya ha tenido oportunidad de manifestarse en relación con la aplicación de las convenciones colectivas a aquellos servidores que pasan de trabajadores oficiales a ser empleados públicos, considerando lo siguiente:

“La aludida convención colectiva cobija única y exclusivamente a los trabajadores oficiales de la entidad demandada y como la situación laboral de la demandante, no se enmarca dentro de este supuesto dada la calidad de empleada pública que la cobijaba para el momento en que fue retirada del servicio (...) no es viable reconocerle (...) con fundamento en la convención colectiva reclamada, puesto que el cambio de naturaleza del empleo conlleva necesariamente el cambio de régimen aplicable, lo que indefectiblemente supone la inaplicación de reconocimientos plasmados en convenciones colectivas, salvo los derechos adquiridos y las expectativas legítimas, al tenor de lo dispuesto en el artículo 416³³ del C.S.T. que consagra la prohibición de extender cláusulas convencionales a los empleados públicos, calidad que tal y como quedó demostrado, ostentó la actora.

De igual manera, no sobra advertir, que aún aceptándose el argumento de la “reincorporación al servicio de la actora”, ello no es garantía de que las cláusulas convencionales le resulten aplicables, máxime cuando dicha reincorporación procuró mantener la continuidad de la relación, pero cambió la naturaleza del empleo. Cambio que impide, como ya se dijo, que las garantías convencionales se le apliquen a quienes antes de dicha reincorporación ostentaban la calidad de trabajadores oficiales, puesto que estas garantías y beneficios fueron alcanzados por dichos trabajadores oficiales a través de acuerdos convencionales que no pueden regular las relaciones de los empleados públicos que tienen un régimen indemnizatorio, salarial y prestacional establecido en la ley y sus decretos reglamentarios, tal y como específicamente lo contempla el artículo 150 numeral 19 literales e y f de la Constitución Política”³⁴.

(...)

Segunda, Subsección A, Magistrado Ponente, Gustavo Gómez Aranguren, proceso con radicado 25000-23-25-000-2006-08157-01 y con número interno 912-2008;

³² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Magistrado Ponente, Dr. Gerardo Arenas Monsalve, proceso con radicado 25000-23-25-000-2005-10890-01 y con número interno 0212-2008.

³³ *La citada norma establece: “Los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas, pero los sindicatos de los demás trabajadores oficiales tienen todas las atribuciones de los otros sindicatos de trabajadores, y sus pliegos de peticiones se tramitarán en los mismos términos que los demás, aún cuando no puedan declarar o hacer huelga.” Aparte subrayado y en letra itálica declarado **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE** por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1234 de 29 de noviembre de 2005, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra.*

³⁴ *Secc. 2B. Sent. del 1o de julio de 2009. C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Rad. 2007-1355. Demandado: Hospital de Caldas.*

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.”

En esta providencia también se estableció respecto de la solicitud de la parte actora en ese proceso, relativa a que los empleados públicos que antes fueron trabajadores oficiales tenían derecho a la prórroga automática de la convención colectiva en los términos del artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo, que al mutar la naturaleza jurídica de la vinculación laboral, a los empleados públicos, no les siguen siendo aplicables las disposiciones del derecho colectivo del trabajo, de manera que no pueden válidamente invocar la prórroga automática de la convención colectiva.

En este orden, se concluye que el respeto de los derechos adquiridos derivados de una convención colectiva que benefició a un trabajador oficial que pasó a ser empleado público, no está sometido a la duración de la relación laboral, como pide el accionante, sino a la vigencia de la convención, de la cual no se puede solicitar su prórroga; de modo que respecto de este cargo tampoco se desvirtúa la presunción de legalidad de los actos demandados y tampoco procede la solicitud de declaración de legalidad condicionada.

Visto lo anterior este cargo tampoco está llamado a prosperar.

Tercer cargo.- Falta de competencia del Presidente de la República para determinar la planta de personal

Bajo este acápite se agrupan los cargos cuarto, octavo y noveno, que fueron titulados por el actor, violación al debido proceso y a los artículos 1 y numerales 6, 7 y 8 del 11 del Decreto 1876 de 1994.

Considera la parte demandante que se violaron los artículos 1 y numerales 6,7 y 8 del 11 del Decreto 1876 de 1994, porque el órgano que debió proferir el acto por el cual se clasifican los empleos debió ser la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado, Instituto Nacional de Cancerología y no la Presidencia de la República, los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Administrativo de la Función Pública.

Lo anterior en tanto, en criterio de la parte accionante la Junta es quien determina las modificaciones de la planta de personal que posteriormente son adoptadas por el Ministerio de la Protección Social, así el Decreto 164 de 2004 al no contener una aprobación de lo decidido por la Junta Directiva desconoce lo ordenado por el Decreto 1876 de 1994.

Destaca la parte actora que el artículo 1 del Decreto 1876 de 1994 dispone que las Empresas Sociales del Estado constituyen una categoría especial de entidad pública, descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas o reorganizadas por ley o por las asambleas o concejos. Considera el accionante que esta disposición fue violada por las entidades demandadas porque la competencia para la modificación de la estructura administrativa del Instituto correspondía a la Junta Directiva del mismo.

Así destaca la parte demandante que el Gobierno Nacional sólo era competente para expedir el Decreto 165 de 2004, si la Junta Directiva hubiera previamente aprobado la clasificación de los trabajadores oficiales en empleados públicos. Igualmente agrega que los actos demandados desconocen la autonomía administrativa de las empresas sociales del estado prevista en el artículo 1 del Decreto 1876 de 1994.

Contestación de la demanda

1. El Ministerio de la Protección Social solicitó que se niegue la solicitud de nulidad y contestó la demanda manifestando que (fls. 196 a 214):

- La reestructuración del Instituto Nacional de Cancerología –Empresa Social del Estado-, contenida en el Decreto 165 de 2004, fue realizada por el Presidente en ejercicio de las facultades que le confiere la Constitución Política en el numeral 14 del artículo 189, y en desarrollo del artículo 115 de la Ley 489 de 1998, norma que establece en cabeza del Gobierno Nacional la potestad de aprobar la planta global de personal de los organismos y entidades públicas.

- La Junta Directiva del Instituto en sesiones efectuadas el 20 de agosto y el 19 de septiembre de 2003 debatió, aprobó y determinó presentar al Gobierno Nacional para su aprobación el estudio técnico presentado por la Dirección General del Instituto, en el que se propuso el ajuste de la planta de personal por razones constitucionales y legales relacionadas con la clasificación de empleos.

- Igualmente los estudios de que tratan los artículos 41 de la Ley 443 de 1998, 148 y 155 del Decreto 1572 de 1998 modificado por el Decreto 2504 de 1998, se presentaron ante el Departamento Administrativo de la Función Pública, dependencia que emitió un concepto favorable, que fue reiterado por la Dirección Nacional de Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

2. Departamento Administrativo de la Función Pública mediante escrito visible a folios 218 a 225 indica que:

- El legislador es quien tiene la competencia para clasificar los empleos, facultad que ejerció respecto de cargos pertenecientes al sector de la salud, en las Leyes 10 de 1990 y 100 de 1993, incluidos entre ellos los del Instituto Nacional de Cancerología ESE. De otro lado, el Decreto 165 de 2004 se limita a establecer una planta de cargos para el cumplimiento de las funciones y responsabilidades del referido Instituto, sin que por este hecho pueda entenderse que el acto administrativo acusado establezca una clasificación de empleos pues ello ya había sido objeto de regulación por el legislador ordinario.

- En la Ley 10 de 1990, el Congreso reguló la clasificación de los empleados públicos y trabajadores oficiales en el sistema nacional de salud. Por tanto la parte demandante incurre en un error al entender que la clasificación de los empleos en las entidades públicas se define por la planta de personal y no por la ley.

- Señala que de conformidad con el artículo 125 de la Constitución Política solamente el legislador está facultado para determinar cuáles actividades pueden ser ejercidas mediante contrato de trabajo, sin que dicha potestad pueda ser delegada a las entidades. Así, los decretos de adopción de la planta de personal, que actualmente son dictados por el gobierno nacional en desarrollo del numeral 14 del artículo 189 de la Constitución Política y el artículo 115 de la Ley 489 de 1998, no establecen la clasificación de empleos de las entidades públicas, porque

es un asunto de competencia exclusiva del legislador, como se observa en la Ley 10 de 1990, artículo 26. De modo que el Decreto 165 de 2004 sólo se limita a establecer el número de servidores públicos que deben desarrollar las responsabilidades misionales y de apoyo a cargo de la entidad.

- Indica que se incurre en un error conceptual porque según el artículo 125 de la Constitución Política corresponde al legislador establecer la clasificación de los empleos en los organismos públicos; agrega que la competencia para determinar la planta de personal del Instituto, está atribuida al Presidente de la República, y no a la junta directiva.

- Destaca que el Decreto 1876 de 1994 está derogado y que el estatuto interno del Instituto, contenido en el Acuerdo No. 006 de 2003, en consonancia con lo ordenado el artículo 76 de la Ley 489 de 1998, establece en el artículo 10 las funciones de la junta directiva, entre las que no se encuentra la adopción de la planta de personal, función que corresponde al Presidente de la República de acuerdo con el numeral 14 del artículo 189 de la Carta Política y el artículo 115 de la Ley 489 de 1998.

3. El Instituto Nacional de Cancerología –Empresa Social del Estado- contestó la demanda en escrito visible a folios 259 y 275 del expediente y solicitó que no se acceda las pretensiones expresando que:

- La jurisprudencia y la doctrina han reiterado que la clasificación de los servidores del Estado es una materia que regula exclusivamente la ley, por tanto las juntas directivas no están facultadas para atribuirse esta función.

- El Decreto 165 de 2004 fue expedido en ejercicio de las facultades conferidas al Presidente de la República en los numerales 14 y 16 del artículo 189 de la Carta Política y el artículo 115 de la Ley 489 de 1998.

- El contenido del decreto acusado fue discutido y aprobado por la Junta Directiva del Instituto Nacional de Cancerología ESE, junto con los conceptos técnicos del Departamento Administrativo de la Función Pública, del Ministerio de la Protección Social y Crédito Público, en las sesiones del 20 de agosto y 19 de septiembre de 2003.

- El Presidente de la República al expedir los actos acusados clarificó la situación bajo dos criterios fundamentales; el primero, que independientemente de la forma de vinculación, son empleados públicos quienes no se encuentran dentro de la excepción establecida en el artículo 26 de la Ley 10 de 1990. Agrega que aún sin la existencia de los actos demandados, la situación jurídica de los servidores públicos del Instituto está reglada y no puede alterarse su clasificación, porque ésa opera de derecho.

Alegatos de conclusión

El Instituto Nacional de Cancerología, el Ministerio de la Protección Social y el Departamental Administrativo de la Función Pública reiteran los argumentos expuestos en la contestación de la demanda (fls. 298 a 314, 315 a 325, 326 a 328).

La parte actora en escrito visible a folios 282 a 297 del expediente expone los siguientes argumentos:

Señala que a partir del año 1995 no es competencia de las Juntas Directivas de los Hospitales determinar la clase de vinculación de los trabajadores y qué clase de actividades pueden ser desarrolladas a través de contrato de trabajo dado que ésta es una facultad del legislador, tal como lo determinó la Corte Constitucional en la sentencia C-432 de 1995.

Precisa, no obstante lo anterior que no existe el acuerdo –acto administrativo - de la Junta Directiva aprobando las modificaciones a la planta de personal, reclasificando los cargos de los trabajadores oficiales en empleos públicos.

Concepto del Ministerio Público

En escrito visible a folios 330 a 335 del expediente el Ministerio Público expone los siguientes argumentos:

Precisa que las entidades accionadas no han desconocido el derecho al debido proceso porque los actos demandados fueron proferidos con el propósito de adecuar la administración pública a una nueva concepción del Estado. Así la transformación de la entidad conlleva a un nuevo tratamiento de las relaciones laborales.

Sostiene que según lo dispuesto por el numeral 14 del artículo 189 de la Constitución Política y el artículo 115 de la Ley 489 de 1998, el Presidente de la República es la autoridad competente para la clasificación general de la planta de personal y corresponde al director fijar los cargos dentro de la respectiva planta.

Problema jurídico

El problema jurídico en este cargo consiste en establecer si el Presidente de la República al expedir el Decreto 165 de 2004 desconoció la autonomía y competencia de las Empresas Sociales del Estado porque previo a expedir el decreto en comento, se requería que la junta directiva del Instituto aprobara de la planta de personal

Caso en concreto

La parte actora fundamenta el cargo contra el Decreto 165 de 2004 en que desconoció el Decreto 1876 de 1994, aclarado por el Decreto 1621 de 1995, en el sentido que aquél reglamenta los artículos 194, 195 y 197 de la Ley 100 de 1993.

Señaló el accionante en la demanda, que el Presidente de la República no era competente para la modificación la planta de personal del Instituto Nacional de Cancerología, si previamente no la ha aprobado la Junta Directiva.

Visto lo anterior, la Sala establece sobre la administración pública que las funciones de los empleos públicos tienen que estar detalladas en la ley o el reglamento (art. 125 CP), que solamente el legislador está habilitado para determinar la estructura de la administración nacional (num. 7 art. 150 de la CP), del otro lado el Presidente de la República es competente para modificar la estructura de los organismos y entidades administrativas nacionales (num. 16 art. 189 CP), así como para crear, fusionar o suprimir los empleos que demanda la administración central (num. 14 art. 189 CP), de igual manera también está facultado para aprobar las plantas de personal de las entidades descentralizadas reguladas por la Ley 489 de 1998 (arts. 54 y 115 *ídem*).

Para mayor ilustración se transcriben las normas citadas:

-Constitución Política

“ARTICULO 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. (...)”

“ARTICULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

(...)

7. Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica ...”

“ARTICULO 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

(...)

14. Crear, fusionar o suprimir, conforme a la ley, los empleos que demande la administración central, señalar sus funciones especiales y fijar sus dotaciones y emolumentos. El Gobierno no podrá crear, con cargo al Tesoro, obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales.

(...)

16. Modificar la estructura de los Ministerios, Departamentos Administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley.”

Ley 489 de 1998

“ARTICULO 115. PLANTA GLOBAL Y GRUPOS INTERNOS DE TRABAJO. El Gobierno Nacional aprobará las plantas de personal de los organismos y entidades de que trata la presente ley de manera global. En todo caso el director del organismo distribuirá los cargos de acuerdo con la estructura, las necesidades de la organización y sus planes y programas.

Con el fin de atender las necesidades del servicio y cumplir con eficacia y eficiencia los objetivos, políticas y programas del organismo o entidad, su representante legal podrá crear y organizar, con carácter permanente o transitorio, grupos internos de trabajo.

En el acto de creación de tales grupos se determinarán las tareas que deberán cumplir y las consiguientes responsabilidades y las demás normas necesarias para su funcionamiento.

ARTICULO 54. PRINCIPIOS Y REGLAS GENERALES CON SUJECION A LAS CUALES EL GOBIERNO NACIONAL PUEDE MODIFICAR LA ESTRUCTURA DE LOS MINISTERIOS, DEPARTAMENTOS ADMINISTRATIVOS Y DEMAS ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS DEL ORDEN NACIONAL. Con el objeto de modificar, esto es, variar, transformar o renovar la organización o estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás entidades u organismos

administrativos nacionales, las disposiciones aplicables se dictarán por el Presidente de la República conforme a las previsiones del numeral 16 del artículo 189 de la Constitución Política y con sujeción a siguientes principios y reglas generales:

n) Deberá adoptarse una nueva planta de personal.”

Ahora bien las empresas sociales del Estado son entidades públicas descentralizadas como lo dispone el artículo 194³⁵ de la Ley 100 de 1993 y lo reitera el artículo 68³⁶ de la Ley 489 de 1998 y según el artículo 115 *ídem*, que viene de exponerse, el Gobierno Nacional³⁷ aprueba las plantas de personal de los organismos de que trata esa ley, potestad que se reitera en el artículo 54 *ídem*.

Sobre la aprobación de las plantas de personal, el numeral 11 del Decreto 1876 de 1994 reglamentario de la Ley 100 de 1993, dispone en las funciones de la junta directiva la de “Aprobar la planta de personal y las modificaciones a la misma, para su posterior adopción por la autoridad competente”. En el mismo sentido al reestructurarse el Instituto Nacional de Cancerología mediante el Decreto 1287 de 1994 se dispuso como función de la junta directiva “Determinar la organización interna del Instituto, aprobando su planta de personal” (lit. g art. 82), sin embargo posteriormente el Decreto 1177 de 1999³⁸ no reiteró esta función sino que estableció dentro las facultades de la junta “Proponer al Gobierno Nacional las modificaciones de la estructura orgánica que consideren pertinentes” (lit. b art. 7).

Ahora bien sobre lo que comprende la estructura orgánica de una entidad pública la Sección Primera de esta Corporación en sentencia de 6 de agosto de 2004³⁹ ha considerado que “no sería factible hablar de procesos de estructuración o de reestructuración in abstracto esto es, sin referencia a los empleos, pues como bien se puede advertir, la estructura orgánica de la administración solo puede realizarse merced al desarrollo práctico de los empleos, que a su vez se erigen como vehículos del circuito funcional que informa la misión de los órganos de la administración.”

³⁵ “ARTÍCULO 194. NATURALEZA. La prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo.”

³⁶ “ARTICULO 68. ENTIDADES DESCENTRALIZADAS.

Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las **empresas sociales del Estado**, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas” (Subrayado fuera de texto).

³⁷ “Constitución Política. ARTICULO 115. (...) El Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos.”

³⁸ “Por el cual se reestructura el Instituto Nacional de Cancerología - Empresa Social del Estado”.

Se aclara que este decreto en el artículo 29 derogó expresamente el Decreto 1287 de 1994 y era la norma vigente para la fecha de expedición de los actos demandados, ya que posteriormente fue derogado por el artículo 17 del Decreto 5017 de 2009.

³⁹ Magistrado Ponente, Dr, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, proceso con radicado 11001-03-15-000-2001-0110-01(AI).

Retomando la normatividad aplicable y que fue anteriormente expuesta, se establece que si bien los Decretos 1876 de 1994 y 1177 de 1999, tienen la misma jerarquía normativa, el 1177 de 1999 es una norma posterior y constituye una regulación especial aplicable al Instituto Nacional de Cancerología, de manera que constituye la norma a la cual debía sujetarse el gobierno nacional para modificar la planta de personal del Instituto.

En este orden de ideas, se determina que las normas aplicables para la modificación de la planta de personal del Instituto Nacional de Cancerología, como empresa social del Estado del nivel nacional eran para el momento de la expedición de los actos acusados, el numeral 16 del artículo 189 de la Constitución Política, los artículos 54 y 115 de la Ley 489 de 1998 y el Decreto 1177 de 1999⁴⁰.

Descendiendo al caso en concreto, se precisa que en los considerandos del Decreto 165 de 2004 se expuso cuál fue el procedimiento utilizado para modificar la planta de personal, así:

“ (...) Que la Junta Directiva del Instituto Nacional de Cancerología - Empresa Social del Estado - en sesiones del 20 de agosto y 19 de septiembre de 2003 debatió y aprobó el estudio técnico presentado por la Dirección General del Instituto Nacional de Cancerología en el cual se propuso el ajuste a su planta de Personal por razones constitucionales y legales relacionadas con la clasificación de empleos y determinó presentarla al Gobierno Nacional para su aprobación;

Que el Instituto Nacional de Cancerología - Empresa Social del Estado - presentó al Departamento Administrativo de la Función Pública el estudio técnico de que tratan el artículo 41 de la Ley 443 de 1998 y los artículos 148 y 155 del Decreto 1572 de 1998, modificado por el Decreto 2504 de 1998, para efectos de su aprobación por parte del Gobierno Nacional, el cual obtuvo concepto favorable del Departamento Administrativo de la Función Pública;

Que según los estudios técnicos se hace necesario ajustar la planta de personal del Instituto Nacional de Cancerología - Empresa Social del Estado- conforme a lo preceptuado por el artículo 26 de la Ley 10 de 1990;

Que la Dirección General del Presupuesto Público Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público otorgó el correspondiente concepto favorable,”

Visto lo anterior es claro, que el trámite realizado, se adecuó a los preceptos legales y reglamentarios, y se enmarcó en las competencias de la junta directiva de la ESE como entidad descentralizada del nivel nacional y del Presidente de la República.

De manera que la junta directiva del Instituto y el Presidente de la República como integrante del Gobierno Nacional, se sujetaron a las previsiones normativas aplicables y que fueron anteriormente reseñadas.

Lo anterior en tanto la junta directiva en las sesiones 20 de agosto y 19 de septiembre de 2003 decidió someter a consideración del Gobierno la creación en la planta de personal de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 10 de 1990, de 261 empleos públicos y la fijación del número de trabajadores

⁴⁰ Derogado por el Decreto 5017 de 2009.

oficiales al servicio del Instituto en 159, situación que incide en el régimen jurídico de los trabajadores, por tanto toca con la estructura orgánica.

Dicho ajuste se fundamentó en un estudio técnico y en la actuación administrativa previa a la expedición de los actos acusados se cumplió lo ordenado por el artículo 41 de la Ley 443 de 1998, por el cual se dispone que toda modificación a las plantas de personal de las entidades del orden nacional, deberá ser aprobada por el Departamento Administrativo de la Función Pública, concepto que en efecto fue obtenido como se constata a folio 258 del expediente.

En este contexto fue que el Gobierno Nacional mediante el Decreto 165 de 2004 aprobó la modificación de la planta de personal del Instituto Nacional de Cancerología.

Así las cosas, es claro para la Sala que el Presidente de la República, junto con los Ministros de Hacienda y Crédito Público, y de la Protección Social al proferir el Decreto 165 de 1994, lo hizo con fundamento en las facultades legales y constitucionales a él asignadas, sin que incurriera en exceso alguno.

Visto lo anterior, este cargo tampoco está llamado a prosperar.

DECISIÓN

Se declarara probada la excepción de falta de legitimidad en la causa por pasiva respecto del Ministerio de la Protección Social (ahora del Trabajo), solamente frente a la solicitud de nulidad de la Resolución 62 de 2004.

Igualmente se declarara probada de oficio la excepción de indebida representación de la Asociación Nacional Sindical de Trabajadores y Servidores Públicos de la Salud, Seguridad Social Integral y Servicios Complementarios de Colombia, en tanto, el señor Yesid Hernando Camacho Jiménez no acreditó que fuera el representante legal de la referida asociación, no obstante por ser pública la acción de nulidad, se tiene a aquél como actor.

De otro lado, como el actor no desvirtuó la presunción de legalidad del Decreto 165 y la Resolución 62 de 2004, se concluye que éstos se ajustan a los preceptos constitucionales y legales señalados como vulnerados por la parte actora. Por lo cual no se accederá a las súplicas de la demanda.

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

FALLA

PRIMERO.- DECLÁRASE probada la excepción de falta de legitimidad en la causa por pasiva respecto del Ministerio de la Protección Social (ahora del Trabajo), solamente frente a la solicitud de nulidad de la Resolución 62 de 2004.

SEGUNDO.- DECLÁRASE probada de oficio la excepción de indebida representación de la Asociación Nacional Sindical de Trabajadores y Servidores Públicos de la Salud, Seguridad Social Integral y Servicios Complementarios de Colombia, de manera que se tiene como actor al señor Yesid Hernando Camacho Jiménez, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- NIÉGASE la nulidad del Decreto 165 de 2004 proferido por el Presidente de la República y de la Resolución 62 de 2004 expedida por el Director General del Instituto Nacional de Cancerología de conformidad con las consideraciones de esta sentencia.

CUARTO.- SE RECONOCE personería jurídica al abogado Eleazar Falla López para actuar en representación del Ministerio del Trabajo para los efectos del poder conferido que obra a folio 370 del expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

**GERARDO ARENAS MONSALVE
ARANGUREN**

GUSTAVO E. GÓMEZ

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

ALFONSO VARGAS RINCÓN