

LA EFICIENCIA ADMINISTRATIVA FRENTE A LOS DERECHOS LABORALES
ADQUIRIDOS, EN LA ESCISIÓN DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES
EN COLOMBIA 2003-2012

BEATRIZ ELENA HENAO GIRALDO

UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
BOGOTÁ D.C.
2014

LA EFICIENCIA ADMINISTRATIVA FRENTE A LOS DERECHOS LABORALES
ADQUIRIDOS, EN LA ESCISIÓN DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES
EN COLOMBIA 2003-2012

BEATRIZ ELENA HENAO GIRALDO
Trabajo de grado para optar al título de
Magíster en Derecho Administrativo

Director
Dr. IVÁN DANIEL JARAMILLO JASSIR
Magíster en Derecho Laboral

UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
BOGOTÁ D.C.

2014

Nota de aceptación:

Firma del presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Bogotá, 16 de octubre de 2014

A mi Señor: mi alcázar, mi divino alfarero.

A Fabio y Tere, por su amor, comprensión, apoyo y por haber cimentado en mí valores que me han hecho una mujer de bien.

A Víctor, Adri y Susy: los tres mosqueteros que me han apoyado, soportado y acompañado en mi crecimiento personal y profesional.

AGRADECIMIENTOS

A la Universidad del Rosario y a sus docentes, en especial doctor Manuel Alberto Restrepo Medina, director de la Maestría en Derecho Administrativo, por su colaboración, guía y ayuda permanentes para llevar a cabo este proyecto.

Al doctor Carlos Mario Molina, por sus valiosos aportes metodológicos.

Al doctor Iván Daniel Jaramillo Jassir, por su paciencia, respeto, aportes teóricos y metodológicos, su confianza y apoyo permanente y su gran calidad humana.

A los profesores y compañeros de la Maestría, en particular a quienes me acompañaron en los seminarios de actualización: Lena Bolaños, Álvaro Soto y Edison Erazo. A los doctores Jaime Vidal Perdomo, Alejandro Martínez Caballero, William Zambrano Cetina, Juan Antonio García Amado y Martha Cediel por sus invaluable aportes académicos que impactaron de manera significativa en mi crecimiento profesional.

A mis compañeros de trabajo en el Instituto de Seguros Sociales y la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, Germán y Julio, por contribuir a mi comprensión de la problemática de los servidores del sector.

A mis amigos Juan Manuel, Elsy Luz, Patty por sus frases de aliento y su valiosa ayuda.

Ya mi familia, bastión indispensable y la base de mi vida, por acompañarme en el recorrido para alcanzar mis metas.

CONTENIDO

	Pág.
GLOSARIO	11
RESUMEN	13
ABSTRACT	15
INTRODUCCIÓN.....	17
PARTE PRIMERA. HISTÓRICO-DESCRIPTIVA.....	26
1 EVOLUCIÓN DEL ESTADO, LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS.....	26
1.1 DEL ESTADO ABSOLUTISTA AL ESTADO LIBERAL BURGUÉS.....	26
1.2 EL CONCEPTO DE TRABAJO EN EL SISTEMA ECONÓMICO.....	28
1.3 EL ESTADO SOCIAL.....	29
1.4 LOS DERECHOS HUMANOS Y LA LIBERTAD SINDICAL.....	32
1.4.1 El surgimiento de la OIT.....	33
1.4.2 Declaración Universal de los derechos Humanos, los Pactos de derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales.	35
1.4.3 El derecho laboral colectivo en el sector público.....	36
1.4.4 Decreto 1092 de 2012.....	41
1.5 EVOLUCIÓN DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COLOMBIANA...	42
1.5.1 Sector salud.....	44
1.5.2 Reforma de 1968.....	45
1.5.3 Sistema Nacional de Salud.....	46
1.5.4 Los cambios producidos a partir de la década del ochenta.....	47
1.5.5 El Decálogo de Washington.	49

1.5.6 Constitución de 1991	50
1.6 LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA EN EL ESTADO COLOMBIANO.....	51
1.6.1 CARACTERÍSTICAS DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA.....	52
1.6.2 DESARROLLO LEGAL DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA.....	53
2 EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN Y LA LEY 100 DE 1993.....	56
2.1 LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN LA CARTA DE DERECHOS	56
2.2 EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN LA LEY 100 DE 1993	57
2.3 CREACIÓN DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES Y REFORMAS INTRODUCIDAS CON LA CONSTITUCIÓN DE 1991 Y LA LEY 100 DE 1993.....	62
2.3.1 Antecedentes.....	62
2.3.1.1 Creación del Instituto Colombiano de Seguros Sociales	63
2.3.1.2 El Instituto de Seguros Sociales y la Ley 100 de 1993.....	69
PARTE SEGUNDA. JURÍDICO ANALÍTICA	73
1. ANTECEDENTES DE LA EXPEDICIÓN DEL DOCUMENTO CONPES 3219 DE 2003 Y LA ESCISIÓN DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.....	73
1.1 CAMBIO DE NATURALEZA JURÍDICA.....	73
1.2 EVALUACIÓN DE LA GESTIÓN DEL INSTITUTO.....	74
1.2.1 Resultados de la visita de evaluación integral realizada por la Superin Nacional de Salud.....	75
1.2.1.1 Plan indicativo de gestión: 1996-1998.....	76
1.2.1.2 Suspensión del certificado de autorización de funcionamiento de la EPS ISS.....	77
1.2.2 Evaluación de la gestión por la auditoría externa.....	77
1.2.3 Resultados de la auditoría gubernamental con enfoque integral realizada por la Contraloría General de la República	78

1.3 CONFORMACIÓN DE LA COMISIÓN TRIPARTITA.....	81
1.4 DOCUMENTO CONPES 3219 DE 2003.....	82
1.5 ESCISIÓN DE LA VICEPRESIDENCIA PRESTADORA DE SERVICIOS DE SALUD, CLÍNICAS Y CAA: DECRETO LEY 1750 DE 2003.....	85
1.5.1 Contenidos del Decreto Ley 1750 de 2003	85
1.5.1.1 Naturaleza jurídica, objeto y funciones generales de las empresas sociales del Estado	86
1.5.1.2 Estructura y organización de las empresas sociales del Estado	86
1.5.1.3 Régimen jurídico de los actos y contratos.	87
1.5.1.4 Patrimonio e ingresos.....	88
1.5.1.5 Régimen de personal.....	89
2. EFECTOS DE LA LEY EN EL TIEMPO Y LÍNEA JURISPRUDENCIAL.....	94
2.1 EFECTOS GENERALES DE LA LEY.....	94
2.1.1 Efectos de la ley en el tiempo.....	94
2.2 PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA.....	98
2.3 LÍNEA JURISPRUDENCIAL.....	99
2.3.1 Corte Constitucional	102
2.3.1.1 Derecho colectivo al trabajo	103
2.3.1.2 Programa de renovación de la administración pública.....	108
2.3.1.3 Derechos adquiridos y efectos de la ley en el tiempo.....	110
2.3.1.4 Alcances de la negociación colectiva de los empleados públicos.....	111
2.3.2 Sala Laboral, Corte Suprema de Justicia	118
2.3.3 Sentencias sobre el Decreto Ley 1750 de 2003.....	119
2.3.3.1 Pronunciamientos de la Corte Constitucional.....	121
2.3.3.1.1 Salvamentos y aclaraciones de voto.....	134
2.3.3.2 Sentencias de tutela.....	139
2.3.3.3 Precisión de la Corte Constitucional sobre la vigencia de la convención colectiva de trabajo: Sentencia SU-897-12.....	140

2.3.4 Consejo de Estado.....	143
2.3.4.1 Programa de renovación de la administración pública.....	143
2.3.4.2 Derechos adquiridos y efectos de la ley en el tiempo.....	144
2.3.4.3 Convenciones colectivas	148
2.3.4.4 Sentencias relacionadas con el Decreto Ley 1750 de 2003.....	150
CONSIDERACIONES.....	153
A MANERA DE CONCLUSIÓN.....	162
BIBLIOGRAFÍA.....	172

LISTA DE ABREVIATURAS

ARL: Administradora de Riesgos Laborales

CAA: Centro de Atención Ambulatoria

CNSSS: Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud

CONPES: Consejo de Política Económica y Social

CST: Código Sustantivo del Trabajo

EPS: Empresa Promotora de Salud.

ESE: Empresa Social del Estado

IPS: Institución Prestadora de Servicios de Salud

ISS: Instituto de Seguros Sociales

OIT: Organización Internacional del Trabajo

PRAP: Programa de Renovación de la Administración Pública

Sintraseguridad social: Sindicato de Trabajadores de la Seguridad Social.

SUPERSALUD: Superintendencia Nacional de Salud.

GLOSARIO

CONVENCIÓN COLECTIVA DE TRABAJO: El legislador define la convención colectiva de trabajo como “la que se celebra entre uno o varios patronos o asociaciones patronales, por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, por la otra, para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia”.¹

DERECHOS ADQUIRIDOS: Son aquellos que han ingresado al patrimonio de la persona.

DERECHO DE ASOCIACIÓN: Derecho humano que consiste en la facultad que tienen las personas de unirse y formar grupos, asociaciones u organizaciones con objetivos lícitos, así como retirarse de las mismas.

DERECHO FUNDAMENTAL: Los derechos fundamentales son derechos humanos positivizados en un ordenamiento jurídico, es decir, derechos humanos concretados en el tiempo y en el espacio, en un Estado específico.

EMPLEADO PÚBLICO: Persona natural que ejerce las funciones correspondientes a un empleo público, cuyo vínculo se realiza por medio de una relación legal y reglamentaria.

FUNCIONARIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL: Servidores del ISS que desempeñan actividades asistenciales y administrativas relacionadas con la prestación del servicio de salud.

¹ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto ley 2663. (5, agosto, 1950). Sobre Código Sustantivo del Trabajo. Diario Oficial. Bogotá, 1950. No. 27.407 de 9 de septiembre de 1950. art. 467.

MERAS EXPECTATIVAS: Situaciones jurídicas no consolidadas, es decir, aquellas en las que los supuestos fácticos para la adquisición de un derecho no se han realizado.

NEGOCIACIÓN COLECTIVA: Es aquella que se realiza entre los trabajadores de una empresa o sector, normalmente (aunque no siempre), reunidos en un sindicato o grupo de sindicatos y la empresa o los representantes compañías del sector, cuya finalidad es llegar a un acuerdo sobre las condiciones laborales aplicables a la generalidad del trabajadores del ámbito en el que se circunscribe la negociación (contrato o convenio colectivo de trabajo).

PACTO COLECTIVO: Es el acuerdo celebrado entre empleadores y trabajadores sindicalizados. La existencia de un pacto colectivo en una empresa no impedirá al sindicato de sus trabajadores presentar pliego de peticiones y suscribir convención colectiva de trabajo (art.61.Ley 50 de 1990).

RETÉN SOCIAL: Figura diseñada por el Gobierno nacional con el fin de proteger a los trabajadores más vulnerables en los procesos de reforma institucional en materia de permanencia y estabilidad en el empleo a las madres o cabezas de familia sin alternativa económica, a las personas con limitación física, mental, visual o auditiva y a los servidores que, al momento de la liquidación de entidad pública, estuviesen a menos de tres años para obtener su pensión de jubilación o de vejez.

TRABAJADOR OFICIAL: Tienen este carácter quienes se vinculan a la administración mediante un contrato de trabajo y prestan sus servicios en actividades de construcción y sostenimiento de obras públicas, las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, con excepción del personal directivo y de confianza que está al servicio de dichas entidades.

RESUMEN

Antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el ISS prestaba los servicios de salud a los asalariados del sector privado en un monopolio que no le exigía ningún esfuerzo.

El déficit acumulado por la falta de los aportes de la nación previstos en la Ley 90 de 1946 y los cambios en su naturaleza jurídica no le permitieron asumir el reto de la libre competencia de los actores dentro del sistema, por lo que su gestión fue cuestionada por los organismos de control y por varios fallos judiciales adversos que profundizaron su crisis financiera, sumado a los altos costos laborales por los beneficios de la convención colectiva de trabajo, cuyos mayores beneficiarios eran los servidores de las clínicas y CAA, llevando a la formulación del Documento Conpes 3219 del 31 de 2003 denominado "PLAN DE MODERNIZACIÓN DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - SALUD", cuyo resultado fue la expedición del Decreto 1750 de junio 26 de 2003, que ordenó la escisión de la vicepresidencia prestadora de servicios de salud, clínicas y centros de atención ambulatoria (CAA) y la creación de siete empresas sociales del Estado.

La escisión produjo cambios significativos en materia salarial para los servidores que hasta esa fecha laboraban en calidad de trabajadores oficiales del Instituto ya que fueron incorporados automáticamente a las plantas de personal de las nuevas empresas en calidad de empleados públicos, con excepción de los desempeñaban cargos directivos o funciones de mantenimiento de la planta física hospitalaria y servicios generales, considerados trabajadores oficiales; cuyo régimen salarial y prestacional es el estipulado para los empleados públicos de la rama ejecutiva del orden nacional (artículos 16 y 18), lo que condujo al aparente

desconocimiento de los derechos adquiridos por estos servidores en materia de negociación colectiva.

El Decreto 1750 de 2003 fue demandado por vulnerar el ordenamiento superior y, en sentencias de control de constitucionalidad y desde la teoría de los derechos adquiridos, la Corte Constitucional estimó que el artículo 18 era restrictivo por hacer referencia solo a los derechos adquiridos en materia prestacional sin contemplar los relativos a materia salarial y los contenidos en convenciones colectivas de trabajo.

Al existir entre el Instituto de Seguros Sociales y sus trabajadores una convención colectiva de trabajo vigente, de conformidad con las Sentencias C-314 de 2004 y C 349 de 2004, la Corte Constitucional indicó que dicha convención debía aplicarse a los servidores de las nuevas entidades por el tiempo de su vigencia.

Palabras clave: Constitución Política, régimen salarial, empleado público, negociación colectiva, derechos adquiridos, derecho laboral, función administrativa, meras expectativas.

ABSTRACT

Before the enactment of Law 100 of 1993, the Social Insurance Institution paid health services to employees in the private sector, monopoly that will not require any effort.

The cumulative deficit for the lack of input from the under the Act 90 of 1946 and the changes in their legal status, was not allowed to take on the challenge of competition of the actors within the system, so its management was questioned by enforcement agencies and several adverse court rulings over the financial crisis deepened, coupled with high labor costs for the benefits of the collective agreement, whose main beneficiaries were the servants of Cinical and CAA.

This led to the formulation of Conpes of March 31, 2003 entitled "Plan of modernization of the Institute of Social Security Health", which resulted in the issuance of Decree 1750 of June 26, 2003 ordered the excision of the service provider health Clinics and Ambulatory Care Centers (CAA) and the creation of seven State social enterprises.

Decree Law 1750 of 2003 produced significant changes for servers to date of issue labored as official workers of the Institute of Social Security and that under the new law were automatically incorporated into the plant staff new state social enterprises as public employees, except those who held public office or functions of maintenance of hospital physical plant and general services, considered public employees; being its wage and benefits system stipulated for government employees in the executive branch of the national order, they cannot conclude collective labor agreements, and the application of the benefits of collective labor agreement signed between the Institute of Social Insurance and the union of Social Security Workers October 2001.

This decree was sued for infringement of the top order, and the Constitutional Court

in Case of constitutionality that have erga omnes effect on the theory of acquired rights, held that Article 18 was restrictive as it only referred to acquired rights in relation to benefits, not contemplating relative to wages and contents in collective labor agreements.

To exist between the Social Insurance Institute and its workers a collective agreement in force, in accordance with Case C-314 and C 349 2004, the Constitutional Court stated that the convention should apply to the servers of the new entities while during their term, they must in compliance with such pronouncements recognize treaty rights with the exception of those relating to pensions, from June 26, 2003 until October 31, 2004, ignoring the effect of the collective agreement from that date forward.

Keywords: Constitution, wage board, public employee collective bargaining rights acquired, labor law, administrative function, mere expectations.

INTRODUCCIÓN

El replanteamiento del modelo intervencionista del Estado condujo a la adopción del modelo económico neoliberal, donde su papel es limitado tanto en lo político como en lo económico, y se dirige a garantizar la plena libertad de los agentes económicos, dentro de un mercado regulado por las leyes de la oferta y la demanda.

Sus principales postulados —como la apertura económica, la internacionalización de la economía, el saneamiento de las finanzas públicas, la eliminación de los subsidios a la oferta, el estímulo a la libre competencia y la inversión privada—fueron implementándose en nuestro país a finales de la década del ochenta y principios del noventa y comprendieron transformaciones y reestructuraciones de las entidades y los organismos del Estado, que quedaron planteadas en la descentralización administrativa, la reforma laboral y en la Constitución de 1991 y sus desarrollos legislativos.

La modernización del Estado busca mayor economía, eficiencia y eficacia de la acción pública. Sus contenidos son económicos y fiscales que se concretan con medidas como la descentralización territorial, la apertura de los mercados, la flexibilización del mercado laboral y la desregulación en la prestación de los servicios públicos, la privatización de actividades estatales, la reforma del aparato estatal y las nuevas tecnologías.²

La Constitución Política de Colombia, en sus artículos 333 y 265, reconoce la libre competencia como un derecho de todos y la prestación eficiente de los servicios públicos directamente por el Estado, los particulares o las comunidades organizadas.

² JIMÉNEZ, William. Eficiencia pública y legitimidad política. Consideraciones a propósito de la reforma del Estado. *En*: Administración y Desarrollo. ESAP. Bogotá D.C., Diciembre, 2002, Revista No.38, p. 31-32.

A su vez, el artículo 209 superior señala que la función administrativa debe basarse en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

La Ley 489 de 1998 representa el marco jurídico para el desarrollo de la gestión pública dentro de la nueva misión y visión del Estado colombiano y admite la necesidad de incorporar agentes públicos y privados, orientados a resultados, con la eficiencia y eficacia como su principal carta de navegación, lo que implica una evaluación permanente de la institucionalidad para ajustarla, cuando sea necesario, a las necesidades de intervención del Estado, en consideración de que la finalidad de la función administrativa es la satisfacción de las necesidades generales de todos los ciudadanos.

En el campo de la seguridad social en salud, definido como un servicio público de carácter obligatorio bajo la coordinación, el control y la dirección del Estado, se han adelantado una serie de reformas a fin de hacerlo más eficiente por medio de la prestación de servicios con eficiencia, calidad y oportunidad.

Dentro del subsector público de salud, el Instituto de Seguros Sociales fue la entidad más importante del sistema. Fue creado en 1946 como prestador y asegurador del servicio de salud en monopolio, por medio del Decreto 2148 de 1992. Antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, que creó un nuevo escenario, cambió su naturaleza jurídica por la de empresa industrial y comercial del Estado, donde la mayoría de los servidores son trabajadores oficiales.

Descripción del problema

Los graves problemas estructurales del negocio de salud del ISS evidenciados en el Documento Conpes3219 de 2003, condujo a la expedición del Decreto Ley1750 del 26 de junio de 2003, por el cual se separó del ISS su prestadora de servicios de salud, clínicas y centros de atención ambulatoria (CAA) y se crearon siete empresas sociales del Estado en el marco del Programa de Renovación de la Administración Pública.

La escisión produjo cambios significativos en materia laboral para los servidores que hasta esa fecha laboraban en calidad de trabajadores oficiales del Instituto ya que fueron incorporados automáticamente a las plantas de personal de las nuevas empresas en calidad de empleados públicos, con el régimen de los que desempeñaban cargos directivos o funciones de mantenimiento de la planta física hospitalaria y servicios generales, considerados trabajadores oficiales; cuyo régimen salarial y prestacional es el estipulado para los empleados públicos de la rama ejecutiva del orden nacional (artículos 16 y 18), lo que condujo al aparente desconocimiento de los derechos adquiridos por estos servidores en materia de negociación colectiva.

Mediante varios pronunciamientos, la Corte Constitucional señaló los parámetros de interpretación de los derechos adquiridos por este grupo de trabajadores en su nueva condición y los definió como aquellos que han ingresado definitivamente en el patrimonio de la persona. De acuerdo con esta noción, las situaciones jurídicas no consolidadas, es decir, aquellas en que los supuestos fácticos para la adquisición del derecho no se han realizado, no constituyen derechos adquiridos sino meras expectativas.³

³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-314 de 1 de abril de 2004. Expediente D-4842. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

En estas sentencias se señala que la variación del régimen laboral no viola los derechos adquiridos; sin embargo, el artículo 18 del Decreto 1750 de 2003 es objeto de reproche porque solo hace referencia a los derechos adquiridos en materia prestacional, pero no salarial ni por convenciones colectivas de trabajo celebradas por los trabajadores oficiales que cambiaron al régimen de empleados públicos por el tiempo en que la convención esté vigente.⁴

En el marco del Programa de Renovación de la Administración Pública (PRAP), no pueden desconocerse los derechos de origen legal, reglamentario o convencional adquiridos por los trabajadores, porque son derechos en sí mismos que forman parte del patrimonio de la persona, pues son situaciones jurídicas consolidadas protegidas constitucionalmente; por ello, los efectos de la ley tienen esa misma prohibición.

Justificación

Lo esbozado hasta aquí nos lleva a reflexionar sobre la reforma de la administración pública por medio del PRAP, que busca dotar de mayor eficiencia a la gestión de organismos y entidades estatales y en el caso concreto del ISS se refirió a la prestación de servicios por parte del Estado dentro de un modelo neoliberal y los derechos laborales adquiridos mediante una convención de trabajo de los trabajadores que, por mandato del Decreto Ley 1750 de 2003, fueron incorporados a las plantas de personal de las nuevas entidades allí creadas en calidad de empleados públicos, no beneficiarios de convenciones colectivas de trabajo y que impactan el campo del derecho laboral administrativo.

Problema de Investigación

⁴ Ibíd.; COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-349 de 20 de abril de 2004. Expediente D-4844. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

El presente trabajo se propone evidenciar las tensiones existentes entre el estado social de derecho y el nuevo modelo económico y las medidas y políticas adoptadas por el Estado colombiano para desarrollar con eficiencia y eficacia la función administrativa y que afectó los derechos laborales adquiridos por convenciones colectivas de trabajo de un número importante de servidores públicos que fueron incorporados a las plantas de personal de las empresas sociales del Estado creadas mediante el Decreto Ley 1750 de 2003.

Pregunta de investigación

De acuerdo con lo anterior, la pregunta de investigación planteada fue:

¿Producto del nuevo modelo económico adoptado en nuestro país en el contexto de la globalización económica, y dentro del programa de renovación de la administración pública del nivel nacional del Estado colombiano, la escisión del Instituto de Seguros Sociales por el Decreto 1750 de 2003 desconoció los derechos laborales adquiridos de los servidores públicos que fueron incorporados en calidad de empleados públicos en las plantas de personal de las ESE allí creadas, fruto de negociaciones colectivas por el período comprendido del 2003 al 2012?

Hipótesis

La inserción de Colombia en la globalización requirió reestructurar la administración pública para hacerla más eficiente y, por ende, más competitiva, llevándose a cabo la escisión del ISS (que era la entidad más importante en materia de prestación y aseguramiento de servicios de salud) mediante el Decreto 1750 de 2003, con el fin de garantizar con eficiencia y oportunidad la prestación de los servicios a los ciudadanos. Esto afectó a los servidores públicos vinculados a la entidad como trabajadores oficiales y que fueron incorporados a las plantas de personal de las ESE

allí creadas, en calidad de empleados públicos no beneficiarios de convenciones colectivas de trabajo, lo que implicaba el desconocimiento de sus derechos laborales adquiridos mediante negociaciones colectivas.

Objetivo general

Analizar la eficiencia administrativa buscada con la escisión del ISS dentro del marco del programa de renovación de la administración pública del Estado colombiano y los efectos producidos en los derechos laborales adquiridos de sus destinatarios mediante convenciones colectivas de trabajo.

Método de investigación

El tipo de investigación realizado fue descriptivo a partir de revisar fuentes primarias, el marco jurídico y jurisprudencial en el campo del derecho administrativo y laboral administrativo colombiano.

Metodología del trabajo

Para desarrollar el trabajo propuesto partimos de un marco teórico sobre la globalización económica y mecanismos de integración económica que llevaron al Estado colombiano a emprender el PRAP y su impacto sobre el derecho laboral administrativo colombiano.

Revisión del marco jurídico del ISS desde su creación hasta la expedición de la Ley 100 de 1993; una revisión documental sobre los resultados del control efectuados por la Superintendencia Nacional de Salud, la Contraloría General de la República y la Auditoría Externa, que sirvieron de base para su reestructuración.

Análisis del Documento Conpes 3219 de marzo 31 de 2003 denominado “PLAN DE MODERNIZACION DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES -SALUD” que llevó a la expedición del Decreto Ley 1750 de 2003, y el contenido de este último para identificar la naturaleza jurídica de las empresas sociales del Estado, su estructura organizacional y régimen laboral aplicable a sus servidores.

Identificación de la posición de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre los efectos de la ley en el tiempo frente a los cambios normativos conforme a los principios de retroactividad, ultraactividad y derechos adquiridos en el marco del PRAP.

Revisión de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional sobre la exequibilidad del Decreto 1750 de 2003, los derechos adquiridos y las meras expectativas frente a la vigencia o no de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y el sindicato de trabajadores de la seguridad social.

A continuación se muestran los resultados del estudio en dos partes: la primera se compone de dos capítulos; en el primero se contextualiza al lector, no solo conceptual sino históricamente, sobre las consideraciones a tener en cuenta en la segunda parte. El segundo capítulo es más concreto en descripción de los cambios en el sistema de salud en la Constitución Política y la Ley 100 de 1993 que impactaron en el Instituto de seguros sociales y los eventos que desencadenaron diferentes acciones administrativas.

La segunda parte también comprende dos capítulos: en el primero se analizan las causas que llevaron a la expedición del Documento Conpes 3219 de 31 de marzo de 2003 y el Decreto 1750 de 2003 que definió la escisión de su vicepresidencia prestadora de servicios de salud desde la perspectiva de la función administrativa, en

todas las clínicas y CAA y el cambio de régimen de sus servidores de trabajadores oficiales a empleados públicos.

Conforme a lo anterior, dentro del segundo capítulo se revisan las sentencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado sobre los efectos de la ley en materia laboral y el alcance de los derechos adquiridos por convenciones colectivas de trabajo en el marco del PRAP.

PARTE PRIMERA HISTÓRICO-DESCRIPTIVA

1. EVOLUCIÓN DEL ESTADO, LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

Los fenómenos de la globalización contemporánea y los de integración económica a los que asistimos hoy, han producido cambios en el Estado y han transformado el derecho administrativo que regula la actividad y la estructura de la administración de cada Estado⁵.

Para entender estos cambios, es preciso señalar cómo ha sido el proceso de evolución del Estado desde el absolutismo hasta el Estado regulador o garante de nuestros días, porque el derecho administrativo evoluciona a la par con el Estado y los sistemas políticos que determinan la organización de la sociedad y del poder.⁶

1.1 DEL ESTADO ABSOLUTISTA AL ESTADO LIBERAL BURGUÉS

La *Glorious Revolution* de 1688 en Inglaterra fue el primer paso en el Occidente moderno para limitar el poder absoluto de la monarquía y cederlo un tanto al pueblo a través de un parlamento; abonó el terreno para la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Gloriosa en España (1868). Con ellas se transformaron paulatinamente y con altibajos- todas las instituciones políticas, económicas, religiosas, y, especialmente en lo referente al derecho de propiedad.

⁵ RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto et al. Retos y perspectivas del Derecho Administrativo. Segunda parte. Bogotá: Universidad del Rosario, 2009. p. 65.

⁶ ALLÍ ARANGUREN, Juan-Cruz. Derecho Administrativo y globalización. Madrid: itas Ediciones, 2004. p. 32.

La Revolución Francesa de 1789 declara los derechos del hombre y del ciudadano, proclama la igualdad de los individuos, el derecho de todos a acceder a los cargos públicos no por el linaje sino por sus virtudes y conocimiento, la libertad de reunión y de expresión sin restricciones arbitrarias, reconocimiento de la propiedad como un derecho inviolable y el instrumento o medio del cual se realiza la libertad individual, la soberanía nacional y la división de poderes que constituyen el fundamento sobre el que se construyó el derecho administrativo dentro del Estado liberal de derecho.⁷

Mientras tanto se gesta la tecnológica Revolución Industrial –con la invención de la máquina de vapor y los telares- que produce un salto social de la economía milenaria rural y el comercio restringido a la industria y la manufactura, fomentando las fábricas, la vida urbana y apareciendo así el trabajo asalariado.⁸

A la par con estas revoluciones, la burguesía evolucionó centrando su interés en las inversiones de capital encontrando en el liberalismo económico la forma de defender sus postulados como el respeto de la propiedad privada y la economía de mercado dentro de un marco de libre competencia.

La doctrina liberal fue desarrollada por grandes pensadores burgueses como Locke, Montesquieu, Rousseau y Smith.⁹

En su obra *Ensayo del gobierno civil*, Locke señala que el individuo vive en un estado de naturaleza al que renuncia para dar paso al estado regulador de las relaciones sociales de acuerdo con la ley establecida, porque el estado natural es la libertad y esta no puede ser limitada sino por ese poder soberano que él ha

⁷ ALLÍ ARANGUREN. Op. cit., p. 32.

⁸ ACEMOGLU, Daron y ROBINSON, James A. Los orígenes del poder, la prosperidad y la riqueza: por qué fracasan los países. 6a ed. Bogotá: Planeta, 2013. p. 123-127.

⁹ GALVIS GAITÁN, Fernando. Manual de Ciencia Política. Santafé de Bogotá: ESAP, Centro de Publicaciones, 1994. p. 348-349.

contribuido a formar. Aboga por el Estado de derecho, al considerar que las actuaciones de los individuos deben estar sometidas a ley y, para resolver las disputas, debe haber jueces imparciales con la suficiente autoridad para resolver los conflictos y un poder que haga respetar sus decisiones.

1.2 EL CONCEPTO DE TRABAJO EN EL SISTEMA ECONÓMICO

El fundador de la ciencia económica, Adam Smith, promueve el libre mercado y señala que el papel del Estado debe ser limitado tanto en lo político como en lo económico y dirigirse a garantizar la plena libertad de los agentes económicos; estudia el trabajo desde tres dimensiones: 1. Desde la división del trabajo: el individuo trabaja para proveerse su subsistencia y su esfuerzo produce un valor que le permite el intercambio. 2. Toma el trabajo como una medida, de manera que cuando se extiende la división del trabajo el individuo no puede proveerse con su trabajo sino de unas cosas, por lo que requiere abastecerse de las cosas que otros producen y la capacidad que tenga para adquirir los productos del trabajo ajeno, bien sea mediante la compra o el intercambio, va a determinar que sea rico o pobre; por ello, el producto del trabajo es la medida real del valor de cambio de todas las mercancías. 3. Smith concibe el trabajo como una actividad libre por la cual el individuo, con su esfuerzo se proporciona lo necesario para su subsistencia, pero se trata de un trabajo libre propiedad del trabajador, sin interferencias de ninguna clase, que debe desarrollarse dentro de un marco de libre competencia, dentro de la ley natural del mercado.¹⁰

De otro lado, Karl Marx, propone una tesis contraria, al entender el trabajo desde dos ángulos complementarios: el primero, referido al concepto de trabajo sin ningún referente histórico y el segundo, dentro de las relaciones que se presentan dentro de la burguesía. Respecto al primero, el trabajo es la actividad consciente del individuo que le permite relacionarse con la naturaleza y transformarla de acuerdo

¹⁰ VALERO RODRÍGUEZ, Jorge Humberto. Derechos adquiridos en el Derecho Laboral. Bogotá: Libros y Ediciones del Profesional Ltda., 2012. p. 9-12.

con su querer y esa transformación hace el trabajo productivo.

El trabajo es la forma como el individuo se relaciona con la naturaleza y la sociedad que, al ser una inversión humana en tanto modifica las cosas según sus necesidades, genera un valor de uso al producto o material modificado. El individuo pone en funcionamiento sus destrezas físicas e intelectuales para producir algo —la fuerza de trabajo, de su propiedad—que se convierte en mercancía dentro de la economía de mercado cuando la vende en un tiempo determinado y distinto al producto original tras la división social del trabajo.

En el segundo aspecto, señala que el trabajo en sí mismo, es el empleo de la fuerza de trabajo consumida por el comprador de la misma porque de esta manera obtiene mercancías útiles, conseguidas por medio de un proceso y ese valor de más - la plusvalía- es la ganancia del capitalista que no reparte con el trabajador.¹¹

1.3 EL ESTADO SOCIAL

El reconocimiento de que el mercado no era el mejor asignador de recursos después de la Segunda Guerra Mundial, llevó al cambio de modelo de Estado liberal a Estado social, donde se implementa y ejecuta una serie de políticas sociales para proteger a la población vulnerable. Se creó la Organización de Naciones Unidas (ONU) en reemplazo de la Sociedad de Naciones, surgieron la Universal de los Derechos Humanos y luego los Pactos de derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales y se firman los Acuerdos de Bretton Woods de 1944, que crean el Fondo Monetario Internacional y el Banco como organismos parte del sistema de Naciones Unidas que se ocupan de los temas macroeconómicos el primero, y del desarrollo económico y la reducción de la pobreza el segundo.

¹¹ ALLÍ ARANGUREN. Op. cit., p. 13-16.

Sobre el Estado social, el profesor Juan-Cruz Allí Aranguren explica lo siguiente: “La construcción del Estado Social no es una mera corrección del Estado liberal, sino una realidad con un nuevo imaginario político y jurídico, que tuvo como objetivo establecer y asegurar las condiciones adecuadas de vida, por lo que se ha hablado del “imaginario asegurador”. Se aportaba una nueva visión de la sociedad y del papel del Estado y la Administración que exigía nuevas técnicas políticas y tanto para articular las relaciones Estado-Derecho como para la gestión de las necesidades sociales en una civilización más compleja y plural.”¹²

León Diguít critica el derecho administrativo francés porque desplaza su centro de gravedad de los servicios colectivos a la defensa de derechos individuales. Propone que el Estado vuelva al servicio de la comunidad a través de los servicios públicos que deben ser prestados con eficiencia para lograr la solidaridad social, diferente a la idea de poder. Considera necesarias la descentralización, el sindicalismo y las asociaciones por expresar esa solidaridad que permite la participación ciudadana en los servicios y llevan a la integración social.¹³

El Estado interventor logra su máxima expresión durante la Gran Depresión de 1930 y con la adopción de las teorías de Keynes de aumento del gasto público para reactivar la economía, pues la recesión era producto de las imperfecciones del mercado, surgiendo la necesidad de una autoridad estatal que actúe como árbitro regulador para garantizar la estabilidad económica. “En la lógica del keynesianismo, el empleo y las mejoras salariales implicaban un aumento de la demanda de productos capitalistas y por tanto un estímulo para la economía. El Estado, con ello, a pesar de incurrir en déficit presupuestarios, puede considerar el gasto social como una inversión productiva y una solución a la crisis”.¹⁴

¹² *Ibíd.*, p. 58-59.

¹³ *Ibíd.*, p. 60-65.

¹⁴ NÁJERA, Fernando. Irresponsabilidad individual: ¿consecuencia no intencionada del estado benefactor? [En línea]. [Citado el 15 de junio de 2013]. Disponible en: http://www.eleutheria.ufm.edu/ArticulosPDF/090621_fernando_najera.pdf.

El Estado invierte en la infraestructura necesaria para el desarrollo y adopta políticas de subsidio, protección de mercados e impulsa la producción fordista-taylorista de producción masiva y en serie de productos requeridos por las grandes empresas que, a su vez, pueden emplear gran cantidad de mano de obra y estimular el consumo. Como el eje central de las políticas de bienestar eran los ciudadanos, surgieron propuestas teóricas acerca del concepto de ciudadanía que reconocen los individuos como iguales y, por tanto, beneficiarios de los mismos bienes y servicios que la ley les garantiza, así como la posibilidad de demandar su cumplimiento.¹⁵

La intervención del Estado en la economía hasta llegar a la prestación de los llamados servicios industriales y comerciales, tornó difícil distinguir las actividades de la administración de las de los particulares, sobre todo cuando estos empezaron a colaborar con ella mediante el contrato de concesión, el que el particular recibía licencia para prestar un servicio público y cobraba tarifas al usuario por los costos de prestar ese servicio.¹⁶

En palabras del profesor Laubadere¹⁷, esto genera un movimiento de aproximación de lo público y lo privado que afecta la relación entre el servicio público y la actividad privada, con la consecuente crisis del derecho administrativo. En razón del interés general que representa el servicio público, este tiene unos principios: a) la continuidad del servicio, pues debe funcionar sin interrupciones; b) la adaptabilidad del servicio público, ya que al representar el interés general, debe siempre adaptarse a ese interés, por lo que la administración cuenta con prerrogativas como la interpretación o modificación unilateral, y c) la primacía del servicio público,

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho administrativo general y colombiano. 5ª. Ed. Bogotá D.C.: Temis, 1.989. p. 23.

¹⁷ DE LAUBADERE, André. Manual de Derecho Administrativo. Bogotá: Temis, 1984. p.24-25.

en el entendido de que cuando choca el interés general con un interés particular, este debe ceder ante el primero.¹⁸

Para la escuela del servicio público, todo lo que esté relacionado con la organización y el funcionamiento de los servicios públicos por actos de autoridad o contratos, son operaciones administrativas y, por ende, reguladas por el derecho administrativo que contiene cláusulas excepcionales al derecho común.¹⁹

A la administración se le reconoce como legitimaria para realizar el interés general y el bien común por lo que se le reconoce una supremacía o posición de privilegio necesario para cumplir sus cometidos. En la manifestación de su voluntad mediante actos administrativos, la administración debe sujetarse al principio de legalidad, siguiendo el curso de acción que la norma le señala o en caso de las facultades discrecionales que le han sido autorizadas cuando la norma permite varios cursos de acción, porque el legislador considera que para el cumplimiento del interés general, hay materias en las que deben autorizarse.²⁰

1.4 LOS DERECHOS HUMANOS Y LA LIBERTAD SINDICAL

El surgimiento de la fábrica con la Revolución Industrial en Inglaterra, el modo de producción cambió y surgieron empresarios capitalistas buscando maximizar la producción y obreros sometidos a grandes abusos por falta de una legislación protectora; nace el movimiento obrero organizado en cajas de ayuda mutua, y luego en sindicatos, como medio para defender sus intereses y mejorar condiciones de trabajo que, al ser una actividad humana, debe desarrollarse en

¹⁸ *Ibíd.*, p. 26.

¹⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I y II*. 8a ed. Madrid: Civitas, 1997. p. 677.

²⁰ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. general. Medellín: Biblioteca Jurídica DIKE, 1998. p. 15-16.

condiciones dignas y justas.²¹

En principio, las actividades de las asociaciones colectivas fueron consideradas delictivas y se reprimieron hasta 1824, cuando el Parlamento derogó las normas que las prohibía. Posteriormente aparecen las organizaciones de trabajadores según su oficio, emergen diferentes movimientos contra la crisis económica en Europa y aparece la doctrina marxista sobre la condición del obrero. En 1848 surgen movimientos revolucionarios que exigían no solo el reconocimiento de derechos políticos, sino también sociales, como la protección de los trabajadores y el derecho al trabajo; en 1864, en Londres, se fundó la Asociación Internacional de Trabajadores, primera central sindical mundial. Luego, los distintos países europeos empezaron a entender la huelga como un derecho y a aceptar los sindicatos de obreros.²²

1.4.1 El surgimiento de la OIT

El Tratado de Versalles del 28 de junio de 1919 puso fin a la Primera Guerra Mundial y creó la Sociedad de Naciones como ente necesario para la seguridad colectiva y la Organización Internacional del Trabajo (OIT), organismo encargado de los problemas del trabajo y de las relaciones laborales, con una administración tripartita conformada por gobiernos, trabajadores y empleadores que en la actualidad cuenta con 177 países miembros dentro de los cuales no se encuentra China.

El preámbulo de su constitución reconoce que la justicia social es necesaria para lograr la paz y que el trabajo no es una mercancía sino una actividad humana que tiene valor y debe ser protegida por los Estados. Su gran preocupación es la vida digna y el derecho al trabajo como un derecho fundamental.

²¹ NIÑO PÉREZ, Rocío y RODRÍGUEZ GARRETA, Jaime. El derecho de asociación sindical como un derecho fundamental. Bogotá: Universidad La Gran Colombia, 2009. p. 26.

²² UNIÓN TRANVIARIOS AUTOMOTOR. Sindicato en el mundo. [En línea]. [Citado el 15 de agosto de 2013]. Disponible en: <http://www.utaweb.org.ar/view/enelmundo.aspx>.

La Conferencia de Filadelfia de 1944, anexo de la Constitución de la OIT, define los fines, objetivos y principios del organismo y reafirma que el trabajo no es una mercancía y que el derecho de asociación y la libertad de expresión son fundamentales para el progreso:

"[...] lograr el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la cooperación de empleadores y de trabajadores para mejorar continuamente la eficiencia en la producción, y la colaboración de trabajadores y empleadores en la preparación y aplicación de medidas sociales y económicas".²³

La libertad sindical es el derecho de trabajadores y empleadores de constituir organizaciones sin autorización previa del Estado y a retirarse de ellas libremente, sin coacción alguna que comprende tres derechos consustanciales: el derecho de asociación, el de negociación colectiva y el de huelga.²⁴

A través de los Convenios 087 de 1948 y 098 de 1949 la OIT protege los derechos de libertad sindical, de sindicación y de negociación colectiva, que reconocen el derecho de empleadores y trabajadores para constituir las organizaciones que consideren pertinentes sin distinciones y autorizaciones previas, sujetos a la legalidad, prohibiendo a las autoridades cualquier acto de limitación de los mismos, la liquidación o suspensión de dichas organizaciones por administrativa y la limitación de las garantías reconocidas en éstos²⁵ y la prescripción de normas de protección contra toda injerencia, acto de discriminación o cualquier otro que

²³ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Constitución de la Organización Internacional del Trabajo. [En línea]. [Citado el 6 de agosto de 2013]. Disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/leg/download/constitución.pdf>.

²⁴ GONZÁLEZ HERAZO, Edgardo Rafael. La difícil libertad sindical y las relaciones de conflicto en Colombia. Estudio de Derecho Comparado. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2010. p. 18-20.

²⁵ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio 087 de 9 de julio de 1948: sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación. [En línea]. [Citado el 8 de julio de 2013]. Disponible en: www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312232:NO.

menoscabe la libertad de asociación, a pesar que el Convenio 098 destaca que no se trata la situación de los funcionarios públicos al servicio del Estado.²⁶

El Convenio 151 de 1978 protege los derechos de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública. Cada país es autónomo para determinar si las disposiciones del Convenio son aplicables o no a los empleados públicos de alto grado decisorio y a las fuerzas armadas y de policía.

La promoción de la negociación colectiva se presenta en el Convenio 154 de 1981 como instrumento para alcanzar la justicia social una de las formas de diálogo social que contribuye a la protección de los derechos laborales de los trabajadores. La negociación colectiva abarca todas aquellas negociaciones entre empleadores y trabajadores para regular sus relaciones y fijar las condiciones de trabajo y empleo.²⁷

1.4.2 Declaración Universal de los Derechos Humanos, los Pactos de derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales

La organización internacional de Naciones Unidas fue creada en 1945 tras la Segunda Guerra Mundial por 51 países que se comprometieron a “mantener la paz y la seguridad internacionales, fomentar entre las naciones relaciones de amistad y promover el progreso social, la mejora del nivel de vida y los derechos humanos”²⁸. Esta entidad expidió la Declaración Universal de los Derechos Humanos el 10 de

²⁶ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio 098 de 1 de julio de 1949: sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva. [En línea]. [Citado el 20 de junio de 2013]. Disponible en: www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C098.

²⁷ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Promoción de la negociación colectiva Convenio No. 154. [En línea]. [Citado el 22 de junio de 2013]. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/documents/publication/wcms172300.pdf.

²⁸ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. Las Naciones Unidas. [En línea]. [Citado el 8 de julio de 2013]. Disponible en: <https://www.un.org/es/aboutun/>.

diciembre de 1948 que reconoce la existencia de unos derechos inalienables e igualitarios de todos los seres humanos porque tocan su dignidad, son la base de la justicia, la paz y la libertad y, por tanto, deben ser protegidos por el Estado; se admite la igualdad de todos los individuos ante la ley, el derecho de todos a la propiedad privada, el reconocimiento de la libertad de reunión y asociación pacíficas, el derecho al trabajo y a elegirlo libremente en condiciones equitativas, su protección, el derecho a fundar sindicatos y a asociarse para la defensa de sus intereses.²⁹

En diciembre de 1966, la ONU expidió los Pactos de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales, ratificados por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, que se consideran fundamentales para la persona humana, donde se reconoce la dignidad humana y el derecho al trabajo, que debe ser garantizado y protegido en forma efectiva por el Estado, en consideración de las desigualdades e inequidades sociales, frente a las agresiones de los individuos y del mismo Estado.³⁰ Además, se prevé la organización de los trabajadores en sindicatos para promover y proteger sus intereses económicos y sociales sin más limitaciones que las que sean determinadas en la ley y el derecho a la huelga con las restricciones legales para su ejercicio por parte de los miembros de las Fuerzas Armadas de Policía y de la Administración del Estado.³¹

1.4.3 El derecho laboral colectivo en el sector público

Las grandes convulsiones sociales, en especial la masacre de las bananeras de 1928, llevó a que el movimiento sindical en Colombia previo a 1930 fuera visto como

²⁹ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. Declaración Universal de los Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948. [En línea]. [Citado el 8 de julio de 2013]. Disponible en: http://www.sedbogota.edu.co/archivos/Destacados/2013/simonu/1_Declaracion_Universal_DH.pdf.

³⁰ RODRÍGUEZ, Julio Armando. El nuevo derecho del trabajo. Bogotá: LEYER, 1997.

³¹ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Pacto internacional de derechos civiles y políticos. Resolución 2200 A (XXI), aprobada el 16 de diciembre de 1966. [En línea]. [Citado el 13 de agosto de 2013]. Disponible en: <http://www/hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/pactointernacionalderechosocivilespoliticos.html/>.

perturbador social y foco de la insurrección hasta 1931, cuando se tomó conciencia de la existencia de una nueva clase social obrera con la expedición de la Ley 83 de 1931 que admitió el derecho de asociación de los trabajadores bajo el control del Estado encargado de reconocer personería jurídica a los sindicatos, el contenido de los estatutos, las facultades y la posibilidad de sancionarlos con la disolución.³²

El artículo 3 de la ley define los sindicatos así: “Los sindicatos son gremiales o industriales. Los primeros son los formados por individuos de una misma profesión, oficio o especialidad; los segundos, los formados por individuos de varios oficios, profesiones o especialidades que contribuyan a la preparación, elaboración o explotación de un mismo producto en una misma empresa”.

Definió el sindicato de base (hoy, de empresa) como: “La asociación de trabajadores de una misma profesión, [...] constituida exclusivamente para el estudio, desarrollo y defensa de los intereses comunes de su profesión, sin repartición de beneficios”, estableció un número mínimo de veinticinco miembros y reconoció el derecho de huelga previo cumplimiento de unos requisitos.³³

Admite el derecho de asociación de los asalariados del Estado y, respecto a los empleados públicos, dispuso que sus estatutos definieran las condiciones necesarias para su ejercicio.

Si bien esta ley es un avance significativo para el derecho laboral colectivo en nuestro país que antecede a la Declaración de los Derechos Humanos de 1948 y a los Pactos de derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales de

³² SILVA ROMERO, Marcel. Flujos y reflujos. Proyección de un siglo de Derecho Laboral colectivo en Colombia. 3a ed. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2005. p. 68-73.

³³ AVELLA GÓMEZ, Mauricio. Las instituciones laborales en Colombia. Contexto histórico de sus antecedentes y principales desarrollos hasta 1990. Borradores de Economía [En línea]. 2010, no. 613 [Citado el 15 de junio de 2013]. Disponible en: <http://www.banrep.gov.co/es/contenidos/publicacion/las-instituciones-laborales-en-colombia-contexto-historico-de-sus>. p. 49.

1966, la libertad sindical era permitida solo bajo el control y la supervisión del Estado, a diferencia de lo que se propugna en la Conferencia de Filadelfia de 1944 que reconoce el derecho de empleadores y trabajadores de constituir organizaciones, sin autorización previa del Estado ni injerencia por parte de este.

La reforma constitucional de 1936 asume al trabajo como una obligación social que goza de especial protección por el Estado y el derecho a la huelga, con excepción de los servicios públicos.

El Decreto 2350 de 1944 ordena en forma sistemática la legislación laboral, define el contrato individual de trabajo, reconoce el derecho de asociación y crea el fuero sindical. El sindicato industrial es cambiado por el de empresa y se configura como la base de la organización sindical con la representación de sus afiliados en las relaciones laborales para presentar pliegos de peticiones, celebrar contratos sindicales y convenciones colectivas de trabajo.³⁴

El contrato sindical es definido como “el que celebran uno o varios sindicatos de trabajadores con uno o varios patronos o sindicatos patronales para la prestación o la ejecución de una obra por medio de sus afiliados”³⁵ y la convención colectiva de trabajo como “la que se celebra voluntariamente entre uno o varios patronos o asociaciones patronales, por una parte y por uno o varios sindicatos de trabajadores o federaciones de sindicatos, por otra parte, para fijar las condiciones generales de trabajo a las cuales se entenderán sujetos los contratos individuales o sindicales durante su vigencia”.³⁶

En cuanto a los empleados públicos, el artículo 20 dispuso: “Los empleados públicos no podrán formar parte de sindicatos que no estén formados exclusivamente

³⁴ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2350. (1944). Por el cual se dictan algunas disposiciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos. Arts. 16 y 17.

³⁵ *Ibíd.*, art. 21.

³⁶ SILVA ROMERO. *Op. cit.*, p. 90-91 y 493.

por empleados públicos, ni de otras asociaciones profesionales que persigan fines distintos de los simplemente culturales, recreativos, seguros y auxilios mutuos o cooperativos. La contravención a este precepto será causal de mala conducta que provocará la pérdida del empleo. Para los empleados públicos no regirá en ningún caso el fuero establecido en el artículo 18."³⁷

Luego se expidió la Ley 6 de 1945, que fue el primer estatuto orgánico del trabajo para los trabajadores del Estado dentro del modelo de Estado intervencionista, el cual no establece limitaciones a los sindicatos.³⁸ Se instaura la garantía por parte del Estado para que los trabajadores y patronos puedan asociarse libremente para la defensa de sus intereses en sindicatos, asociaciones o agremiaciones; el sindicato de empresa sigue siendo reconocido como la base de la organización sindical; prohíbe la existencia de dos o más sindicatos de empresa; penaliza cualquier intento que atente contra los derechos de los sindicatos; amplía el fuero sindical, pero repite su prohibición para los empleados públicos y autoriza la extensión de las convenciones colectivas de trabajo a los no sindicalizados si el sindicato tiene afiliados a más de la tercera parte del total de trabajadores de la empresa, por adhesión cuando no se alcanza este porcentaje y por acto del Gobierno; precisa que las convenciones colectivas son para los sindicalizados y los pactos colectivos para los no sindicalizados; prohíbe la huelga en los servicios públicos y señala cuáles actividades se consideran de servicio público.³⁹

El Decreto 2127 de 1945 reglamentario de la Ley 6 del mismo año definió en su artículo 4 que las relaciones entre empleados públicos y la administración no constituyen contrato de trabajo y se rigen por normas administrativas solo si se trata de la construcción y el sostenimiento de obras públicas o de empresas que se exploten con

³⁷ *Ibíd.*, p. 502.

³⁸ *Ibíd.*, p. 98-106.

³⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 6. (19, febrero, 1945). Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo. Diario Oficial. Bogotá, 1945. No. 25.790 de 19 de febrero de 1945.

finés de lucro o de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma “y se reputan nulas todas las disposiciones contenidas en reglamentos internos de trabajo que desmejoren las condiciones de los trabajadores y que vayan en contra la legislación laboral y las establecidas mediante convenciones colectivas de trabajo.”⁴⁰

En 1968 se expidieron los decretos leyes 2400, 3074 y 3135. El Decreto 3135 determina que el vínculo del personal al servicio del se basa en la naturaleza jurídica de la entidad para la cual trabajan y la actividad desarrollada, dentro de un sistema mixto⁴¹ y su artículo 5 dispone:

“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. En los estatutos de los Establecimientos Públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por vinculadas mediante contrato de trabajo.(..)”

Las personas que prestan 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.”⁴²(Aparte declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-484 de 1995).

⁴⁰ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2127. (28, agosto, 1945). Diario Oficial. Bogotá, 1945. No. 25.933 de 11 de septiembre de 1945. art. 34.

⁴¹ VILLEGAS ARBELÁEZ, Jairo. Derecho Administrativo Laboral. Tomos I y II. 6a ed. Bogotá: LEGIS, 2004. p. 148.

⁴² COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA Decreto 3135. (26, diciembre, 1968). Diario Oficial. Bogotá, 1968. No. 32.689 de 20 de enero de 1969. Art. 5.

La expedición de la Ley 50 de 1990 flexibilizó las relaciones laborales al eliminar la pensión sanción para los trabajadores no afiliados al ISS; suprimió la acción de reintegro por despido injusto después de diez años de pero aumentó el monto de la indemnización en estos casos; suspendió la retroactividad de las cesantías; estableció el salario integral para los nuevos contratos de trabajo que se celebren por una cuantía superior a los diez salarios legales; flexibilizó la jornada laboral mediante el acuerdo entre trabajadores y empleador acerca de turnos de trabajo sucesivos que no excedan seis horas al día turno o de dominicales y festivos; reglamentó las empresas de servicios temporales y posibilitó la realización de contratos de trabajo a término fijo inferiores a un año.⁴³

Si bien las empresas temporales y los contratos a término fijo inferiores a un año le dan un importante margen de maniobra al empleador de acuerdo con la realidad de su empresa, también hacen poco viable el ejercicio del derecho de asociación y la negociación colectiva, puesto que los trámites que deben seguirse dentro de la negociación colectiva no les permite ser cobijados por esta sino por un período muy corto, a diferencia de los trabajadores con contrato de trabajo a término indefinido.

Reconoce que el sindicato nace por derecho propio en el momento en que los trabajadores reunidos en asamblea deciden asociarse; también exige que los sindicatos se inscriban en el registro sindical del Ministerio de Trabajo, lo que contraviene la libertad sindical protegida en los convenios de la OIT.

1.4.4 Decreto 1092 de 2012

El Decreto 1092 de 2012⁴⁴ desarrolla los preceptos del Convenio 151 de la OIT sobre la necesidad de adoptar medidas adecuadas a las de cada nación

⁴³CUÉLLAR LÓPEZ, María Mercedes. Los sindicatos y la asignación del ingreso en Colombia. Un siglo de historia laboral en Colombia. Bogotá: Universidad de los Andes, 2009. p. 221-223.

que estimulen el desarrollo de procedimientos de negociación de los empleados públicos y las entidades públicas.

En este cuerpo normativo no se utiliza el término “negociación colectiva”, sino que hace referencia a las negociaciones de solicitudes entre sindicatos de empleados públicos y las entidades públicas, cuyo objeto es regular las condiciones de empleo de este grupo de servidores, con excepción de los de dirección, confianza y orientación institucional cuyo ejercicio implique la adopción de directrices o política, y tampoco es aplicable a los miembros de las fuerzas armadas y de policía.

La negociación de solicitudes tiene varias restricciones ya que la negociación debe respetar las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades públicas y las contenidas en el numeral 7 del artículo 3 que excluye la negociación de las condiciones laborales, la estructura organizacional, las plantas de personal, las competencias de dirección, administración y fiscalización del Estado, los procedimientos administrativos, la carrera administrativa y el régimen disciplinario.

Para la negociación del pliego de solicitudes el sindicato o la organización de empleados públicos debe contar con inscripción y matrícula en el registro sindical del Ministerio del Trabajo y pueden presentarse en el primer trimestre del año. Sobre los salarios en el ámbito territorial, tiene los límites establecidos por el gobierno nacional y contar con la disponibilidad presupuestal.

1.5 EVOLUCIÓN DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COLOMBIANA

⁴⁴COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA Decreto 1092. (24, mayo, 2012). Por el cual se reglamentan los artículos 7° y 8° de la Ley 411 de 1997 en lo relativo a los procedimientos de negociación y solución de controversias con las organizaciones de empleados públicos. Diario Oficial. Bogotá, 2012. No. 48.440 del 24 de mayo de 2012.

El Estado colombiano en 1886 tenía un enfoque liberal, cuyas tareas eran de defensa de la soberanía nacional, administración de justicia y de policía. Debido al crecimiento económico del país por la bonanza cafetera y al buen momento de la industria textil, surgió la necesidad de invertir en la infraestructura de transportes para mejorar la competitividad.

Como señala el profesor Jesús Antonio Bejarano:

“El Estado, si bien no se modificó en su naturaleza, al menos sí en sus alcances, adecuando los instrumentos institucionales a la administración de la bonanza. Desde el comienzo mismo de la administración de Pedro Ospina, iniciada el 7 de agosto de 1922, se insinuó un estilo de administración pública que el propio presidente definía en una fórmula precisa: “Colombia necesita un gerente” que se encargara de reorganizar las finanzas públicas en franco deterioro, del sistema monetario y bancario, y, sobre todo, de la promoción del desarrollo económico desde el Estado.”⁴⁵

Por recomendación de la Misión Kemmerer, en 1923 se creó el Banco de la República y se organizó el sistema monetario; en 1924 fundó el Banco Agrícola Hipotecario para mejorar la agricultura y se amplió la intervención del Estado en lo social y laboral con la creación de la Oficina General del Trabajo, encargada de regular las relaciones entre el capital y el trabajo.⁴⁶

Con la reforma de 1936 se estableció la función social de la propiedad, que implica obligaciones, su garantía y los demás derechos adquiridos con justo título, el trabajo como una obligación social que goza de especial protección por el Estado, el derecho a la huelga con excepción de los servicios públicos y el intervencionismo del Estado en la vida económica y social.

⁴⁵ BEJARANO, Jesús A. et al. Historia económica de Colombia. Bogotá: Siglo XXI, 1987.

⁴⁶ *Ibíd.*

Después de la Segunda Guerra Mundial se impulsaron medidas proteccionistas conforme al modelo de desarrollo de sustitución de importaciones, impulsado por la Comisión Económica para América Latina (Cepal).⁴⁷

1.5.1 Sector salud

Como se anota en el libro “La OPS y el Estado colombiano: cien años de historia 1902-2002”, las primeras acciones en salud pública en el mundo se hicieron para prevenir la propagación de enfermedades infectocontagiosas y proteger las fronteras de los países, lo cual se llevó a cabo mediante conferencias sanitarias. La articulación de nuestra legislación sanitaria con las conferencias internacionales solo fue posible a finales de la segunda década del siglo XX, producto de la necesidad de obtener un desarrollo socioeconómico que requería la intervención del Estado en la economía para crear las condiciones propicias para el mismo.

El profesor Édgar González Salas manifiesta:

“En las últimas décadas Colombia transitó progresivamente de un modelo de salud heredado de mediados del siglo XVIII fundado en caridad, desarticulado, en el cual los hospitales operaban como casas de albergue para los pobres enfermos, con un enfoque preponderante de beneficencia pública, hacia acomodamientos paulatinamente versátiles y complejos, en los que la activa intervención del Estado, que se perfiló más claramente en los años 30 del siglo XX, se combinó con formas económicas de provisión de servicios en salud provenientes de los ámbitos privado, solidario y cuasi público.”⁴⁸

⁴⁷ JUVINAO, Mario y BERNAL, Reinaldo. Reflexiones de la administración pública. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2002. p. 42.

⁴⁸ GONZÁLEZ SALAS, Édgar. La política pública de salud y la fallida emergencia social: ¿hay soluciones? En: Política Colombiana. Abril-junio, 2010, no. 4, p. 103.

De tal manera, hacia la mitad del siglo XX eran evidentes la dispersión de los servicios de salud y la presencia de un sistema de atención fragmentado:

“En esta etapa los sectores de menos ingresos seguían a su cuenta aún de la asistencia clínica cuando se procuraban los servicios en entidades oficiales, o de beneficencia, cuando esta provisión nacía de los particulares. La asistencia pública se ampliaría progresivamente y tomaría la forma de un sistema oficial integrado, pero ello debía esperar un tiempo mayor, después de que en 1972 falló el intento de crear un Sistema Único de Salud.”⁴⁹

En la Carta de Punta del Este (Uruguay), de 1961, nuestros países se abren al programa “Alianza para el progreso”, y reorientan las políticas de desarrollo, incluyendo la salud no solo como un servicio sino también como un derecho, evidenciando la necesidad de articular las políticas de salud dentro de los planes de desarrollo que se estudiaron en la Carta de Bogotá de 1960 en la que el llamado Grupo 21, conformado por expertos de la OEA, recomendaba incluir los programas de salud dentro de los planes de desarrollo económico de nuestros países, por ser esenciales y complementarios de los económicos.

1.5.2 Reforma de 1968

En 1968 no solo se reformó la Constitución sino también la administración a fin de adecuar el Estado a las necesidades de la época y se fijó la responsabilidad de éste en la dirección general de la economía.

El profesor Younes Moreno destaca:

⁴⁹ *Ibíd.*, p. 103.

“Los fines de la intervención se orientan a la racionalización, a la planificación de la actividad económica y al logro del pleno empleo de los recursos humanos y naturales, para obtener la justicia social y el mejoramiento armónico e integral de la comunidad”.⁵⁰

El Decreto 1050 de 1968, estatuto básico de la administración, estableció las normas generales de las diferentes dependencias de la administración pública nacional y define los establecimientos públicos (EP) como organismos creados por la ley o autorizados por esta con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía funciones administrativas, conforme a las reglas del derecho público; y las empresas industriales y comerciales del Estado (EICE) como organismos creados o autorizados por la ley que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones consagra la ley, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial.⁵¹

El Decreto Ley 3130 de 1968 clasificó las entidades descentralizadas EP, EICE y Sociedades de Economía Mixta (SEM), sometidas al control del respectivo ministerio o departamento administrativo al cual estuvieran adscritas o vinculadas.⁵²

1.5.3 Sistema Nacional de Salud

⁵⁰ YOUNES MORENO, Diego. Panorama de las reformas del Estado y de la administración pública. Bogotá: Universidad del Rosario, 2004. p. 95.

⁵¹ COLOMBIA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA. Decreto 1050. (5, julio, 1968). Por el cual se dictan normas generales para la reorganización y el funcionamiento de la administración nacional. Diario Oficial. Bogotá, 1968. No.35.552 de 17 de julio de 1968.

⁵² COLOMBIA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA. Decreto ley 3130. (26, diciembre, 1968). Por el cual se dicta el estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional. Diario Oficial. Bogotá, 1968. No. 32.687 de 26 de diciembre de 1968.

El SNS se creó en 1975 basado en los subsidios a la oferta. Los recursos se transferían del Gobierno central a la red pública hospitalaria del país y se otorgó importancia a la salud dentro del Plan Nacional de Desarrollo.

El SNS se definió como “un sistema integrado por el conjunto de organismos, instituciones, agencias y entidades que tuvieran como específica procurar la salud de la comunidad, en los aspectos de promoción, protección, recuperación y rehabilitación”.⁵³

Se pretendió agrupar dentro del sistema todas las entidades públicas o privadas que prestaban servicios de salud a la población, independientemente si recibían o no aportes del Estado.

El sistema se organizó por escenarios: nacional, seccional y local. El nacional dependía del Ministerio de Salud y se encargaba de formular la política nacional de salud y el plan nacional de salud, así como vigilar y a las entidades prestadoras. El seccional, bajo responsabilidad de las direcciones seccionales de salud consideradas dependencias técnicas del Ministerio, debía implementar la política nacional de salud en su región de acuerdo con sus características, formular sus planes y programas y supervisar a las entidades prestadoras en su jurisdicción. El local estaba constituido por las unidades ejecutoras de los programas de salud.

1.5.4 Los cambios producidos a partir de la década del ochenta

En esta década se inició la etapa de descentralización administrativa en nuestro país, con la desconcentración, delegación de funciones y la posterior elección popular de alcaldes y gobernadores; también fue una época caracterizada por las

⁵³ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 56. (15, enero, 1975). Por el cual se sustituye el Decreto-ley número 654 de 1974 y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, 1975. No. 34.260 de 19 de febrero de 1975.

insatisfacciones sociales, los problemas de orden público recrudecido por la lucha armada, el narcoterrorismo y el paramilitarismo. Se afrontó el problema del crecimiento desordenado del sector financiero y el desbalance fiscal por el aumento del gasto público financiado con créditos externos.⁵⁴

Los gobiernos de Belisario Betancur y Virgilio Barco adelantaron programas de ajuste económico muy importantes que transformaron los procesos económicos, políticos y sociales. En el gobierno del primero se integró la Comisión del Gasto Público, que señaló como orígenes del déficit del sector público al desequilibrio entre el gasto público y las ineficiencias de las entidades públicas.⁵⁵ A partir de este diagnóstico, la Comisión centró sus esfuerzos en el diseño de estrategias de contención del gasto público, basadas sobre todo en la programación, la evaluación y el control presupuestal que llevaran a su eficiencia, descentralización fiscal y funcional y las modificaciones a la política de endeudamiento público.⁵⁶

Las leyes 14 de 1983, 50 de 1984, 55 de 1986 y 12 de 1986 promovieron la descentralización fiscal en busca de fortalecer los municipios, al definir como impuestos municipales el predial, de industria y comercio, de avisos y tableros y de circulación y tránsito, así como el incremento de las transferencias de la nación del impuesto de valor agregado (IVA) a los municipios y, de otro lado, mediante el Acto Legislativo 1 de 1986, se dispuso la elección popular de alcaldes y se expidieron los decretos 1222 y 1333 de 1986, conocidos como códigos de régimen departamental y municipal, respectivamente.

El panorama anterior abrió las puertas a la expedición de la Ley 10 de 1990, que establece la descentralización del sector salud y a los municipios la

⁵⁴ GONZÁLEZ SALAS, Édgar. El laberinto institucional colombiano 1974-1994. Fundamentos de administración pública. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1997. p. 159-162.

⁵⁵ YOUNES MORENO. Op. cit., p. 120-121.

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 121-128.

prestación y la dirección de los servicios de primer nivel de atención; a los departamentos les fueron asignados los niveles complementarios o de segundo y tercer nivel y a la nación las funciones de dirección, asesoría y control. Se intentaron los principios de subsidiariedad y complementariedad, por los que los departamentos asumían la administración de los servicios de primer nivel debido a la imposibilidad de los municipios y los complementarios a los más desarrollados de acuerdo con su capacidad técnica, administrativa y financiera.⁵⁷

1.5.5 El Decálogo de Washington

En la década del ochenta, el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional explicaban que nuestras economías debían someterse a un ajuste estructural que les permitiera incrementar las exportaciones y mejorar la calidad de su crecimiento y se introdujo el Decálogo del Consenso de Washington, de contenido neoliberal.

Los pilares sobre los que se fundamenta son:

“[...]lo económico prevalece sobre lo político y lo condiciona; debe reducirse el protagonismo de los Estados, salvo para favorecer los intereses del capital; la mano invisible del mercado corrige las desigualdades y disfunciones del capitalismo; la competencia y la competitividad estimulan y desarrollan la economía, al aportarle una modernización permanente y beneficiosa, y la globalización de la producción manufacturada, especialmente de los flujos financieros, debería estimularse a toda costa, porque la división internacional del trabajo modera las demandas laborales y aminora los costes de la mano de obra.(...)”⁵⁸

⁵⁷ JARAMILLO, Iván. El futuro de la salud en Colombia. La puesta en marcha de la Ley 100. 3a ed. Bogotá: Fundación Friedrich Ebert de Colombia (FESCOL), Fundación Corona, Fundación para la Educación Superior (FES) y Fundación Restrepo Barco, 2007. p. 76.

⁵⁸ RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto et al. Globalización del Derecho Administrativo Colombiano. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010. p. 30.

En el Plan de Desarrollo “La revolución pacífica” 1990-1994, del presidente César Gaviria Trujillo, se consideró que debía transformarse el papel del Estado para fortalecer el mercado, promover competencias y focalizar la acción hacia los grupos más necesitados de la población; para ello, se crearon consejerías y programas de política social y modernización del Estado, el fortalecimiento de la descentralización y la promoción de la vinculación del sector privado en la prestación de servicios sociales, de forma que el ciudadano tuviera diferentes alternativas e impulsara la competitividad entre actores públicos y privados.

1.5.6 Constitución de 1991

El Estado ya no aparece solo como democrático, sino además como social de Derecho, participativo y pluralista, cuya actuación está condicionada por los derechos y exigencias sociales y comunitarias; así lo subraya la Corte Constitucional en Sentencia T-406 de 1992: “[...]lo primero que debe ser advertido es que el término ‘social’ ahora agregado a la clásica formula del estado social de derecho, no debe ser entendido como una simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del derecho y del estado[...]”.⁵⁹

La definición de Colombia como estado social de derecho, participativo y pluralista, con descentralización de los entes territoriales destaca la importancia de que el ciudadano participe y se involucre en el ejercicio del poder, porque el Estado debe reconocerse en su conglomerado social; asimismo, la descentralización busca acercar el poder del Estado a los ciudadanos para que puedan ejercer el control del mismo.⁶⁰

⁵⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406 de 5 de junio de 1992. Expediente: T-778. M. P. Ciro Angarita Barón.

⁶⁰ MENDOZA PALOMINO, Álvaro. Teoría y sinopsis de la Constitución de 1991. Bogotá: Doctrina y Ley, 1992. p. 32.

La Constitución de 1991 recoge los postulados del Consenso de Washington y también una amplia gama de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, con sus mecanismos de protección.⁶¹

El artículo 265 reconoce el deber del Estado de garantizar la prestación eficiente de los servicios públicos, que ya no deben ser ofrecidos en exclusiva por el Estado; se abre la libre competencia, al señalar que pueden ser prestados por el Estado, los particulares y las comunidades organizadas y, dentro de este competitivo, el Estado no puede fijar solo las reglas juego. La esencia es la desregulación, desmontar al Estado de toda su tramitología y crear comisiones técnicas especializadas que reglamenta la prestación del servicio. El artículo 333 asume la competencia como un derecho de todos y la posibilita en igualdad de condiciones entre particulares y empresas estatales.

Los principios sobre los cuales debe desarrollarse la administrativa contenidos en el artículo 209 han sido definidos como instrumentales por la Corte Constitucional⁶² y vinculantes para todos los operadores jurídicos, puesto que la complejidad de las tareas públicas, en las que suelen resultar comprometidos varios agentes estatales, hacen necesaria la racionalización de la gestión pública.

1.6 LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA EN EL ESTADO COLOMBIANO

La función administrativa, entendida como la actividad del Estado encaminada a crear situaciones jurídicas concretas e individuales, hacía referencia a la actividad de la rama ejecutiva del poder público encargada de ejecutar la ley; más adelante, se admitió que las otras ramas también ejercían función administrativa en algunos casos

⁶¹ RODRÍGUEZ, César. La globalización del Estado de Derecho. Bogotá: Universidad del Rosario, 2009. p. 49-50.

⁶² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-071 de 23 de febrero de 1994. Demanda No. D-380. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

y hoy día esta función también puede ser desarrollada por particulares que colaboran con la administración en la consecución de sus fines.

1.6.1 Características de la función administrativa

La función administrativa es una función para ejecutar la ley de manera reglada o por medio de poderes discrecionales, con lo que se busca materializar los fines del Estado, que deben adaptarse frente a las transformaciones sociales. Es una función tutelar, ya que tiene a su cargo los derechos y las garantías de los ciudadanos para la consecución de los intereses generales. Es una función fragmentada, porque no es exclusiva de la rama ejecutiva del poder público, pues también corresponde a las otras ramas, los órganos y los particulares que cumplen funciones administrativas. Es autónoma, porque cuando se toma una decisión se busca producción de resultados inspirados en los principios de eficacia y objetividad, debe ceñirse a lo que la ley señala y es una función para el ejercicio de la autoridad por medio de las potestades que se le reconocen. Por último, es una función que participa instrumentalmente de otras funciones estatales, pues, cuando ejecuta la ley, de acuerdo con las facultades, crea normas administrativas o reglamentarias para materializarla y aplica el derecho a partir del interés general.⁶³

La Constitución le da protagonismo al ser humano como persona, ciudadano y titular de unas libertades y unos derechos que reclama, lo que lleva a replantear el derecho público en planos de igualdad entre los ciudadanos y el Estado (relaciones sinalagmáticas). En el Estado social de derecho, el acto administrativo no solo debe ser expedido con arreglo a la ley, sino que debe ser eficaz y proteger de manera

⁶³ MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto. Transformación de la función administrativa. Evolución de la administración pública. En Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2005. (Serie Colección Profesores; no. 37). p.29-34.

efectiva los derechos de los ciudadanos por medio del principio constitucional del debido proceso administrativo.⁶⁴

En Sala Plena, la Corte Constitucional señaló que los consagrados en el artículo 209 superior son instrumentales:

“En el artículo 209 se prescriben diversos principios instrumentales de orden administrativo, que son vinculantes para todos los operadores jurídicos estatales. Su razón de ser estriba en la necesidad de racionalizar la gestión pública que, por su complejidad, a menudo compromete a más de una agencia del Estado, ora de niveles central o descentralizado, ora de diversos órdenes territoriales [...]”.⁶⁵

1.6.2 Desarrollo legal de la función administrativa

Además de los principios sobre los cuales debe realizarse la función administrativa señalados en el artículo 209 de la Carta, la Ley 489 de 1998 agregó otros como: buena fe, eficiencia, participación, responsabilidad y transparencia, y ordena que deben ser tenidos en cuenta por los órganos de control y el Departamento Nacional de Planeación al evaluar la gestión de las entidades y los organismos del Estado, así como la conducta de los servidores públicos en el cumplimiento de sus deberes, para garantizarla primacía del interés colectivo sobre el interés particular.

La descentralización, desconcentración y delegación de funciones en otras autoridades o entre entidades públicas son principios que buscan el mejor desempeño de la actividad administrativa, con base en la competencia otorgada

⁶⁴ HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto. El nuevo Código y la constitucionalización del Derecho Administrativo. En: Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código. Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011. Bogotá: Consejo de Estado, 2012.

⁶⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-071. Op. cit.

por la ley o el reglamento y en los principios de coordinación y colaboración entre las distintas entidades y autoridades, la concurrencia y la subsidiaridad, ya que con estos mecanismos se descongestiona el escenario central y se hace más expedita la actuación de la administración, con el objeto de cumplir los cometidos del Estado.⁶⁶

Estos principios tienen unos límites que la misma Constitución define, como es, por ejemplo, la obligación de las distintas autoridades de "coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado".⁶⁷

Se crearon los Sistemas de Desarrollo Administrativo y Nacional de Control Interno para fortalecer la capacidad administrativa y desempeño de las instituciones, por medio de la articulación de políticas, recursos, estrategias y técnicas y el otorgamiento de incentivos a la gestión pública tanto para entidades como para los servidores públicos que se distinguieran por su eficiencia, creatividad y mérito.

El Sistema Nacional de Control Interno se hace relevante para el Estado, al ser el garante de los derechos y ordenador de la sociedad, requiere un sistema de controles que determinen si las autoridades administrativas están violando normas jurídicas constitucionales o legales, si sus acciones son adelantadas dentro de los límites de la responsabilidad y con respeto de los derechos y libertades de los ciudadanos y si los bienes y recursos del Estado son debidamente administrados.⁶⁸ El control, como sistema funcional, busca determinar si los objetivos del estado social de derecho se logran, por lo que sus distintos organismos y entidades deben hacer esa verificación dentro del marco de sus competencias.⁶⁹

⁶⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-561 de 4 de agosto de 1999. Expediente D-2376. M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁶⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-431 de 12 de septiembre de 2000. Expediente D-2589. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁶⁸ MENDOZA PALOMINO. Op. cit., p. 279.

⁶⁹ AMAYA OLAYA, Uriel Alberto. Fundamentos constitucionales del control fiscal. Bogotá: Umbral Ediciones, 1996. p. 169.

Se reconoce que los particulares pueden ejercer funciones administrativas, de manera que Estado y sociedad logren los fines de interés general; así, la externalización de los servicios sociales es la mejor alternativa para alcanzar la eficiencia, reducir los costos y solo las actividades son propias de su naturaleza continuarán a su cargo.⁷⁰

En conclusión, la ley tiene dos ejes centrales: la contractualización, que mina el principio de la potestad administrativa unilateral del Estado, al introducir unos elementos nuevos para la gerencia pública, y la democratización, porque la administración es menos autónoma para tomar decisiones unilaterales, por cuanto se obliga a consultar y concertar sus decisiones.

De las cosas que se esperan del Estado hay que preguntarse cuánto le cuesta a la sociedad y qué costo tienen en términos de resultados, por lo que deben escogerse los medios que resulten más económicos y eficaces para cumplimiento de los objetivos.

⁷⁰ BRESSER PEREIRA, Luis Carlos. Política y gestión pública. Caracas: Centro Latinoamericano de Administración Para El Desarrollo Humano, 2004. p.29.

2. EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN Y LA LEY 100 DE 1993

2.1 LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN LA CARTA DE DERECHOS

Dentro de las finalidades del Estado social de derecho están el bienestar general, el mejoramiento de la calidad de vida y la solución de las necesidades insatisfechas en salud. La Constitución de 1991, en su artículo 48, establece que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio e irrenunciable, prestado por el Estado o los particulares bajo la dirección, coordinación y control estatal. El artículo 49 precisa que la atención en salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado, con acceso de todas las personas a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. La organización, dirección y reglamentación de la prestación de estos servicios corresponde al Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad.

Corresponde al Estado la organización, dirección y reglamentación de la prestación de los servicios de salud y establecer las políticas para la prestación por los particulares y su control, así como definir las competencias de la nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y las condiciones señalados en la ley.

La Corte Constitucional, en Sentencia T-426 de 1992, señaló que, si bien el derecho a la seguridad social no está dentro de la categoría de derechos fundamentales, adquiere este carácter cuando con su desconocimiento se ponen en

peligro derechos fundamentales como la vida, la dignidad humana, la integridad física y moral o el libre desarrollo de la personalidad de las personas de la tercera edad.⁷¹

Estos derechos fueron desarrollados por la ley 100 de 1993, que organizó el sistema general de seguridad social en pensiones, salud, riesgos profesionales y servicios sociales complementarios.

Para lograr el fortalecimiento financiero del sector, expidió la Ley 60 de 1993 o ley de transferencias, que instauró el régimen de competencias departamentales y locales en materia de salud y educación y la distribución y asignación de recursos de la nación hacia departamentos y municipios; fue derogada por la Ley 715 de 2001, por la cual las responsabilidades en la prestación de los servicios de salud pasaron a ser competencia exclusiva de los departamentos, distritos y municipios y quedaron a cargo de la nación los servicios especializados como los que prestan el Instituto Nacional de Cancerología, el Centro Dermatológico Federico Lleras Acosta y los Sanatorios de Contratación y Agua de Dios y los pagos de subsidios a los enfermos de Hansen.⁷² La ley tiene tres componentes del gasto: 1) la cofinanciación de subsidios a la demanda; 2) prestación de servicios de a la población más pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, y 3) las acciones de salud pública, que en esta Ley se destacan en forma significativa.

2.2 EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN LA LEY 100 DE 1993

El Libro II de la Ley 100 de 1993 define el sistema de seguridad social en salud, basado en un esquema de aseguramiento en el que concurren agentes públicos y

⁷¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-426 de 24 de junio de 1992. Expediente T-824. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁷² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 715. (21, diciembre, 2001). Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros. Diario Oficial. Bogotá, 2001. No. 44.654 de 21 de diciembre de 2001. art. 42, num. 16.

privados, dentro de un mercado regulado para los aseguradores por medio del reconocimiento de la unidad de pago por capitación (UPC) y el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA).

El objeto del sistema es la regulación de la prestación del servicio público esencial de salud, su control y coordinación a cargo del Estado, en asocio con las entidades territoriales, sus entes descentralizados y los particulares autorizados, así como la creación de las condiciones para que la población pueda acceder a los servicios en todos los escenarios.

Sus normas rectoras son: la equidad para que los servicios se presten con la misma calidad a todas las personas independientemente su capacidad de pago; la obligatoriedad de todos los habitantes de afiliarse al sistema; la protección integral en las fases de promoción de la salud y prevención de la enfermedad, su diagnóstico y tratamiento; la libre escogencia de los usuarios entre las distintas entidades promotoras de salud (EPS) e instituciones prestadoras de salud (IPS); la autonomía de las instituciones prestadoras, al contar con personería jurídica, pat independiente y autonomía administrativa; la organización descentralizada del sistema; la participación social; la concertación de los diversos agentes mediante los consejos nacional, distrital y municipal de seguridad social en salud y la calidad la prestación del servicio.

De conformidad con el artículo 155 de la Ley 100 de 1993, el sistema está conformado por los organismos de dirección, vigilancia y control, como son el Ministerio de Salud y Protección Social y la Superintendencia Nacional Salud (SUPERSALUD); los organismos de administración y financiación conformados por las EPS, las direcciones seccionales, distritales y locales de salud y el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA); las IPS públicas, mixtas o privadas; aquellas entidades adscritas a los Ministerios de Trabajo y Salud a la entrada en vigencia de la

Ley; por los empleadores, trabajadores y sus organizaciones y los trabajadores independientes que cotizan al sistema contributivo y los pensionados; los beneficiarios del sistema general de seguridad social salud, en todas sus modalidades; los Comités de Participación Comunitaria (COPACO) creados por la Ley 10 de 1990 y las organizaciones comunales que participen en los subsidios de salud.

Los afiliados al régimen contributivo, subsidiado y los vinculados conforman el sistema. Los afiliados al sistema mediante el régimen contributivo las personas con contrato de trabajo, los servidores públicos, los jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Los afiliados al régimen subsidiado, son personas que no tienen capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización; son vinculadas al sistema aquellas personas que carecen de capacidad de pago y no son acreedoras a los beneficios del régimen subsidiado, pero tienen derecho a ser atendidas por las IPS públicas y las privadas con las que el Estado haya contratado, mientras son beneficiarias del régimen subsidiado.⁷³

Todo empleador debe afiliar a sus trabajadores al sistema, pagar en forma oportuna los aportes a la EPS, realizar los descuentos de sus empleados, reportar las novedades laborales y garantizar un ambiente laboral sano para prevenir accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. A los afiliados se les garantiza la atención de los servicios del Plan Obligatorio de Salud (POS) por medio de su EPS, como la atención inicial de urgencias en todo el territorio nacional, la libre escogencia de EPS o IPS y la participación en las entidades rectoras, promotoras y prestadoras del sistema. Paralelo a estas garantías, los afiliados tienen dentro de sus deberes más importantes el autocuidado y la demanda racional de los servicios.

⁷³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 100. (23, diciembre, 1993). Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, 1993. No. 41.148 de 23 de diciembre de 1993. art. 157.

El POS es financiado por los aportes de los cotizantes o por los subsidios a la demanda, bien se trate del régimen contributivo o del subsidiado. Para garantizarlo, las EPS pueden prestar los servicios directos o contratados con las IPS y con profesionales y contar con un sistema de referencia y contrarreferencia para que el acceso a los servicios de alta complejidad se ofrezca en el primer nivel de atención, excepto en los servicios de urgencias. Está prohibida la aplicación de preexistencias, pero sí se permiten períodos mínimos de cotización para algunos servicios de alto costo, que no puede exceder cien semanas de afiliación al sistema; de ellas, al menos veintiséis deberán haber sido pagadas en el último año. Si se trata de períodos menores, para acceder a dichos servicios se establece el pago a cargo del usuario de conformidad con su capacidad socioeconómica. Para complementar las acciones del POS está el Plan de Atención Básica (PAB), cuya atención es gratuita y obligatoria, dirigido a los servicios colectivos con altas externalidades y son actividades de educación, fomento y prevención de la salud.

Por delegación del Fosyga que es la administradora de los recursos del sector, las EPS son las encargadas de la afiliación y del registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones. Deben organizar y garantizar la prestación del POS a sus afiliados y realizar la compensación, que consiste en el giro de la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes unidades de pago por capitación (UPC), al Fosyga. La UPC es la suma que se reconoce a las EPS por cada afiliado y beneficiario. Si el valor de la UPC es mayor a los ingresos por cotización, el Fosyga debe cancelar la diferencia a la EPS.

La Supersalud autoriza el funcionamiento de las EPS de cualquier naturaleza cuando cumplen los requisitos establecidos en el artículo 180 sobre afiliación y registro, recaudo de cotizaciones, promoción, gestión, control de los servicios de salud de las instituciones prestadoras de servicios con las cuales atiende los afiliados, bases de datos que permita mantener información sobre las características socioeconómicas

y del estado de salud de sus afiliados y sus familias, capacidad técnica y científica necesaria para el correcto desempeño de sus funciones, y verificar la de las instituciones y profesionales prestadores de los servicios, evaluación de los servicios ofrecidos y un margen de solvencia que garanticen su viabilidad económica y financiera, entre otros.

Las IPS acreditadas por el Ministerio de Salud prestan los servicios de acuerdo con su nivel de atención a los afiliados y beneficiarios. Sus principios básicos son la calidad y la eficiencia y deben contar con autonomía administrativa, técnica y financiera. La prestación del servicio por la nación y las entidades territoriales se hace preferentemente en la empresas sociales del Estado, que son entidades públicas descentralizadas de categoría especial, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley o por las asambleas o concejos, según el caso.

Tanto EPS como IPS deben contar con un sistema de costos, facturación y publicidad que permitan al usuario conocer los servicios prestados, sus valores y cuantías y un sistema de garantía de calidad de la atención y auditoría médica. Esta información es requerida por la Supersalud para desarrollar su tarea de vigilancia y control del sistema.

De las anteriores explicaciones, podemos destacar los siguientes puntos⁷⁴:

- La dirección, el control y la coordinación son responsabilidad del Estado.
- Se unifica en un solo sistema la seguridad social pública y privada.

⁷⁴ ARENAS MONSALVE, Gerardo. El derecho colombiano a la seguridad social. 2a ed. Bogotá: LEGIS, 2007. p. 110-113.

- La afiliación obligatoria para los sectores protegidos, que es principalmente la población asalariada, pero promueve la afiliación de los trabajadores independientes.
- La libre elección por parte de los afiliados entre agentes públicos y privados, lo que promueve la libre competencia, eficiencia y calidad.
- Determina la forma de financiación del sistema con recursos provenientes de las cotizaciones, cuotas moderadoras y copagos, pero también mediante la solidaridad por la cual los afiliados con mayores ingresos cotizan un porcentaje adicional para los afiliados con menores ingresos.
- Se establecen tarifas por los servicios prestados.
- Se cambian los subsidios a la oferta por subsidios a la demanda.
- Transformación de los hospitales públicos en empresas sociales del Estado.
- La organización administrativa basada en dos instituciones diferentes: EPS e IPS.
- Establecimiento de dos regímenes: contributivo y subsidiado.
- El CNSSS⁷⁵ se estableció como el ente regulador del sistema y sus decisiones son de carácter vinculante para todas las instituciones que lo integran.

2.3 CREACIÓN DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES Y REFORMAS INTRODUCIDAS CON LA CONSTITUCIÓN DE 1991 Y LA LEY 100 DE 1993

2.3.1 Antecedentes

En principio, las prestaciones sociales de los trabajadores en nuestro país se denominaban prestaciones patronales, porque su reconocimiento estaba sometido a la capacidad económica del patrón; debido al crecimiento de las exportaciones de café,

⁷⁵ El CNSSS fue reemplazado por la Comisión de Regulación en Salud (CRES), entidad que fue liquidada por el Decreto 2560 de 2012, cuyas funciones fueron asumidas por el Ministerio de Salud y Protección Social.

la industria nacional y la imposibilidad de los empresarios de pagarlas en forma directa, surgió la necesidad de buscar mecanismos que las garantizaran.⁷⁶

Este requerimiento solo fue abordado en la reforma constitucional de 1936, que estableció en sus artículos 16 y 17 lo siguiente:

“ARTÍCULO 16. La asistencia pública es función del Estado. Se deberá quienes careciendo de medios de subsistencia y de derecho para exigirla de otras personas, estén físicamente incapacitados para trabajar. La ley determinará la forma como se preste la asistencia y los casos en que deba darla directamente el Estado.

ARTÍCULO 17. El trabajo es una obligación social y gozará de la especial protección del Estado.”

La asistencia pública se convirtió en una función esencial del Estado y se le desligó de la beneficencia o caridad prestada por los particulares. En el Congreso de la República el tema fue abordado de dos maneras: la primera, de ampliación de coberturas para los sectores aptos para el trabajo y la segunda, de caridad para los desposeídos, como respuesta a esta problemática social.⁷⁷

2.3.1.1 Creación del Instituto Colombiano de Seguros Sociales

La creación en 1945 de la Caja Nacional de Previsión para empleados y obreros nacionales y en 1946, del Instituto Colombiano de Seguros Sociales (ICSS) con la ley 90 para los trabajadores del sector privado, encargados de los seguros obligatorios

⁷⁶ JARAMILLO. Op. cit., p. 15.

⁷⁷ BOTERO, Sandra. La reforma constitucional de 1936. El Estado y las políticas sociales en Colombia. [En línea]. [Citado el 17 de junio de 2013]. Disponible en: <http://www.revista.unal.edu.co/index.php/achsc/article/download/8216/8860>.

inspirados en el modelo alemán de Bismarck, constituyó el antecedente de la seguridad social en Colombia.

Es un modelo para la protección de los asalariados y no del conjunto de la población contra los riesgos de enfermedad no profesional, maternidad, invalidez, vejez, accidente de trabajo, enfermedad profesional y muerte;⁷⁸ su dirección y vigilancia estarían bajo responsabilidad del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, creado como una entidad autónoma con personería jurídica y patrimonio propio, cuya dirección administrativa y financiera dependía de un consejo directivo y un gerente general elegido para un período de cinco años, de terna elaborada por el primero, y su nombramiento a cargo del presidente de la República.⁷⁹

En la exposición de motivos, el ministro de Trabajo e Higiene señaló:

“En el régimen de prestaciones patronales, la efectividad de los derechos del trabajador está subordinada a la solvencia del empresario; en el de seguros sociales, estos derechos están siempre garantizados [...]. En el régimen de prestaciones patronales, el trabajador exige sin medida, porque nada le cuesta; se habitúa a la desmoralizadora gratuidad de los servicios; nunca se satisface. En el de seguros sociales, el trabajador paga, en cotizaciones, un servicio que exige como derecho y no recibe como dádiva generosa.”⁸⁰

⁷⁸ MUÑOZ SEGURA, Ana María. La reforma constitucional de 1936 y el camino hacia la construcción de la seguridad social. [En línea]. [Citado el 3 de agosto de 2013]. Disponible en: www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/vniver/cont/120/cnt/cnt5.pdf.

⁷⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 90. (26, diciembre, 1946). Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Diario Oficial. Bogotá, 1946. No. 26.322 de 7 de enero de 1947. arts. 1 y 8.

⁸⁰ INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES. ISS, 60 Años de Seguridad Social. Bogotá: El Instituto, 2006. p. 21.

Para su funcionamiento se creó un sistema de triple contribución forzosa de los seguros con aportes de los trabajadores, los patronos y el Estado.⁸¹

Las características del modelo son las siguientes:

Son obligatorios y de origen legal y gestionados por entes públicos;

Su regulación escapa de la esfera privada y se considera materia de orden público sujeto a la normatividad sobre afiliaciones, cotizaciones y prestaciones, entre otros.

Su creación surge dentro del marco de la política social del Estado interventor y es prestado por entidades públicas con funciones económicas y sociales para cumplir fines de interés general y están sometidas a las normas del derecho público.

Dentro de su esquema hay un asegurador, que es la entidad pública, un tomador o contratante, que es el empleador y un asegurado, que es el trabajador.⁸²

La Ley 90 de 1946 fue reglamentada por el Decreto 2324 de 1948, en la que se definió al ICSS como una entidad autónoma de derecho social, con personería jurídica y patrimonio propio, distinto de los bienes del Estado; sus empleados y trabajadores se consideraban particulares y se les aplicaba el régimen privado. En 1964 se reglamentó el seguro social obligatorio de accidentes e tránsito y enfermedades profesionales (ATEP); en 1965 se creó la Sección de Salud Ocupacional y en 1967 se implementaron los seguros de pensiones contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte (IVM).

⁸¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 90, Op. cit., art. 16.

⁸² ARENAS MONSALVE. Op. cit., p. 7-9.

El Decreto Ley 433 de 1971 reorganizó al Instituto como una entidad de derecho social. Su Artículo 1 señaló que la seguridad social es un derecho reconocido y dirigido por el Estado. Respecto a los recursos financieros del Instituto para cubrir las prestaciones y los servicios sociales, el artículo 31 estableció que se obtendrían mediante las cotizaciones de los trabajadores asalariados, de los patronos, de los trabajadores independientes y de los pequeños patronos, cotizaciones hechas sobre los ingresos globales o la base económica relativa a la naturaleza o a las condiciones de trabajo de los grupos de población económicamente activa, cuyos medios de vida no tenían el carácter de periódicos o permanentes y la financiación por parte del Estado mediante un aporte anual señalado en los presupuestos de renta y gastos de la nación:

[...] en proporción al costo total de las prestaciones y servicios de aquellos. El aporte del Estado se aplicará a incrementar los fondos de solidaridad destinados a contribuir al financiamiento de las prestaciones y servicios de los seguros sociales en beneficio de los sectores de la población y de las zonas económicamente más débiles del país. El aporte anual del estado para los programas de los seguros sociales no podrá ser inferior a una cuarta parte del costo anual global de las prestaciones y servicios otorgados por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. [...]

En 1975, con el Decreto 770 de 1975, el ICSS asumió el seguro médico familiar, que aumentó los beneficiarios frente a un número reducido de asegurados debiendo construir toda una infraestructura técnica y administrativa para la prestación de los servicios a su cargo.⁸³El profesor Iván Jaramillo señala que la cobertura familiar por el ICSS solo alcanzó un 18,1% con la justificación de falta de camas e infraestructura hospitalaria.⁸⁴

⁸³ INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES. Op. cit., p. 34, 38, 47-48.

⁸⁴ JARAMILLO. Op. cit., p. 16.

La Ley 12 de 1977 ⁸⁵confirió facultades extraordinarias al presidente de la república para determinar la estructura, el régimen y la organización de los seguros sociales obligatorios y de las entidades que los administran. Se expidieron los decretos 1650, 1651, 1652 y 1653 de ese año. El primero reorganizó y cambió la naturaleza jurídica del Instituto a establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social con el nombre de Instituto de Seguros Sociales y sometido a la dirección y coordinación del Consejo Nacional de Seguros Sociales, con operación nacional, seccional y local, basado en la descentralización administrativa en la prestación de los servicios.⁸⁶

Es importante resaltar que, hasta este momento, el Instituto era considerado una entidad autónoma y no estaba dentro de la clasificación de las entidades y los organismos de la administración pública nacional que había estipulado el Decreto 1050 de 1968. Este cambio también debe entenderse a partir de que, mediante estas entidades, se prestan los servicios públicos, regulados por normas de derecho público.

El Decreto 1651 de 1977 instituye el régimen de personal de los servidores del ISS, al clasificarlos cargos en asistenciales y administrativos según la naturaleza de las funciones. Los servidores asistenciales eran los que cumplían funciones directamente relacionadas con el servicio de salud y comprendía a los profesionales de la salud, así como a quienes coadyuvaban en la prestación del mismo. A esta clase de funcionarios se les denominó funcionarios de la seguridad social, con excepción de los que cumplían funciones de servicios generales, que eran trabajadores oficiales. Los

⁸⁵COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 12. (11, febrero, 1977). Por la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para determinar la estructura, régimen y organización de los Seguros Sociales obligatorios y de las entidades que los administran. Diario Oficial. Bogotá, 1977. No. 34.722 de 11 de febrero de 1977.

⁸⁶COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA. Decreto 1650. (18, julio, 1977). Por el cual se determinan el régimen y la administración de los seguros sociales obligatorios, y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, 1977. No. 34.840 de 5 de agosto de 1977.

funcionarios directivos en todos los órdenes eran empleados públicos. Los funcionarios de la seguridad social se vinculaban mediante una relación legal y reglamentaria de naturaleza especial por la cual podían celebrar convenciones colectivas de trabajo para modificar sus salarios.⁸⁷

El Decreto 1652 de 1977 determinó la clasificación y remuneración de los distintos cargos del ISS y el Decreto 1653 de 1977 definió el régimen prestacional de los funcionarios de la seguridad social; en su artículo 19 contempla el derecho a la pensión de jubilación con 55 años de edad en hombres, 50 años en mujeres y 20 años de servicios para ambos.⁸⁸

A pesar de una larga trayectoria y de constituir el antecedente de la seguridad social en Colombia, las bajas tasas de cobertura y otros problemas propios de la forma como se planteó, produjeron un desarrollo anormal del sistema como explica el profesor Iván Jaramillo:

“La baja cobertura de la seguridad social produjo un desarrollo anormal del sistema de asistencia pública, el cual pese a tener a cargo 70% de la población nunca cubrió en salud a más de 35% en forma gratuita y eso que en forma muy limitada con respecto al significado de una verdadera seguridad social. Esa misma baja cobertura en la seguridad social, unida a deficiencias y poca oportunidad en los servicios, hizo prosperar el negocio de la medicina prepagada que llegó a tener más de veinte empresas, las cuales pese a sus

⁸⁷COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 1651. (18, julio, 1977). Por el cual se dictan normas sobre administración de personal en el Instituto de Seguros Sociales. Diario Oficial. Bogotá, 1977. No. 34.840 de 5 de agosto de 1977.

⁸⁸COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA. Decreto 1653. (18, julio, 1977). Por el cual se establece el régimen especial de prestaciones sociales de los funcionarios de seguridad social que prestan sus servicios al Instituto de Seguros Sociales. Diario Oficial. Bogotá, 1977. No. 34.840 de 5 de agosto de 1977.

costosas pólizas siempre ofrecieron planes de beneficios muy recortados.

Dentro de este contexto, con la seguridad social limitada a la quinta parte de la población, segmentada en múltiples entidades, a la vez que cada una mantiene el monopolio de manejo sobre grupos poblacionales particulares y con situaciones contradictorias en materia de solidaridad, eficiencia y calidad, se formuló el artículo 48 de la Constitución de 1991 en el cual se consagran principios procedentes de la seguridad social clásica tales como la solidaridad y la universalidad, se liquida también el concepto de asistencia pública y se introducen, además, principios procedentes del pensamiento neoliberal como la búsqueda de la eficiencia y la presencia del sector privado en su administración.”⁸⁹

2.3.1.2 El Instituto de Seguros Sociales y la Ley 100 de 1993

Los cambios producidos con la Constitución de 1991 —que consagró la salud como un derecho y el sistema de seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio— y los decretos de modernización del Estado llevaron a la expedición del Decreto 2148 de 1992, por el que el ISS pasó de ser un establecimiento público del orden nacional a una empresa industrial y comercial del Estado, hoy en liquidación, vinculada al Ministerio de Trabajo, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y asumió el pago de los pasivos pensionales, cuyo objeto es dirigir, administrar, controlar, vigilar y garantizar tanto la prestación de los servicios de seguridad social como la afiliación y el recaudo de los aportes, en los términos que establecen la Constitución y la ley.⁹⁰

⁸⁹ JARAMILLO. Op. cit., p. 16-17.

⁹⁰ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2148. (30, diciembre, 1992). Por el cual se reestructura el Instituto de Seguros Sociales, ISS. Diario Oficial. Bogotá, 1992. No. 40.706 de 2 de enero de 1993.

Su dirección estaba en manos de un consejo directivo conformado por los ministros de Trabajo, Salud y Hacienda y Crédito Público, dos representantes del presidente de la República, dos representantes de los empresarios y dos representantes de los trabajadores; su administración estaba dirigida por un presidente, agente especial del presidente de la República, de libre nombramiento y remoción y era el representante legal de la entidad; su función principal era dirigir, coordinar, controlar y orientar la acción administrativa y ejecutar los programas y las disposiciones emitidas por el consejo directivo.

Para asumir sus funciones como asegurador dentro del régimen contributivo y prestador y asegurador dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), en 1994 se expidió el decreto 1403,⁹¹ que reorganizó la estructura administrativa interna del ISS dentro de una figura corporativa tras la separación de los negocios de asegurador y prestador de los servicios de salud a cargo de dos vicepresidencias: empresa promotora de salud (EPS) e institución prestadora de servicios de salud (IPS), con cuatro escenarios de operación: nacional, regional o seccional, local y zonal; sus funciones fueron descritas en los artículos 19 y 24 del decreto 1403 de 1994.

Los servidores del Instituto continuaron en tres categorías: empleados públicos de libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales y funcionarios de la seguridad social de conformidad con el Decreto 1751 de 1977.

El artículo 235 de la Ley 100 de 1993 que ratificó la calidad de funcionarios de la seguridad social de esta clase de servidores, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-579 de 1996. El Alto Tribunal destacó que el legislador

⁹¹ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 1403. (10, julio, 1994). Por el cual se aprueba el Acuerdo No. 62 del 29 de junio de 1994 del Consejo Superior del Instituto de seguros sociales que adopta la estructura interna y establecen las funciones de sus dependencias. Diario Oficial. Bogotá, 1994. No. 41.418 de 1 de julio de 1994.

es el competente para determinar el régimen de los servidores públicos, mas al cambiar la naturaleza jurídica del ISS a la de empresa industrial y comercial del Estado, no es permitido que se establezcan tratamientos distintos entre sus servidores ni entre estos y los de otras empresas industriales y comerciales. No obstante la declaratoria de inexecutable de la norma, la Corte dejó claro que la Sentencia solo produciría efectos hacia el futuro y respetaba los derechos adquiridos.⁹²

Estos trabajadores adquirieron el estatus de trabajadores oficiales, quienes, por medio de su sindicato, celebraron con el Instituto una convención colectiva de trabajo con vigencia desde el 1 de noviembre de 1999 hasta el 31 de octubre de 2004. Dentro de los beneficios convencionales pueden mencionarse: aumento de asignaciones básicas, prima técnica, vacaciones y prima de vacaciones de acuerdo con el número de años de servicio, prima de servicios, auxilio de transporte, auxilio de alimentación, régimen de cesantías con retroactividad, subsidio familiar, dotaciones y pensiones de jubilación liquidadas sobre 100% del salario promedio de los últimos dos o tres años de servicio, según el caso.

De los dos capítulos de esta primera parte podemos concluir que las reformas del Estado y de la administración pública obedecen al papel que se asigna al Estado en cada época, para lo cual adopta políticas públicas que le permitan satisfacer necesidades como la de la seguridad social, que inicia con la creación de Cajanal y el ICSS en 1945 y 1946, respectivamente, como entidades encargadas de su materialización.

La Constitución de 1991 planteó un nuevo escenario y para ello, con base en el artículo 20 transitorio, se emprendió el programa de renovación y modernización de la administración pública mediante la creación, supresión, fusión y reestructuración de organismos y entidades.

⁹² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-579 de 30 de octubre de 1996. Expediente D-1183. M. P. Hernando Herrera Vergara.

A la par con las nuevas normativas, el ISS debió ir adaptando su estructura para responder a los requerimientos del gran salto social que vino tras la Carta de 1991 y que el sistema de seguridad social en salud le demandan; con ese fin, cambió su naturaleza jurídica de establecimiento público a empresa industrial y comercial del Estado ya no regida por las normas del derecho público en el giro ordinario de sus negocios sino por las normas del derecho privado, dentro de un esquema de aseguramiento en el mercado de libre competencia que propone la Ley 100 de 1993.

Mediante el Decreto 1402 de 1994 se reestructuró la planta de personal, por lo que pasó a ser global y flexible y a sus servidores se les reconocieron los beneficios laborales del Decreto 1653 de 1977 y la convención colectiva de trabajo, sin contratiempos.

En el próximo capítulo revisaremos los efectos de los normativos impuestos en nuestra Carta Magna y la Ley 100 de 1993, sobre el ISS como institución pública prestadora de servicios de salud.

PARTE SEGUNDA. JURÍDICO-ANALÍTICA

1. ANTECEDENTES DE LA EXPEDICIÓN DEL DOCUMENTO CONPES 3219 DE 2003 Y LA ESCISIÓN DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

1.1 CAMBIO DE NATURALEZA JURÍDICA

El plan de modernización del Estado ejecutado con base en el artículo 20 transitorio y constitucional, al cual no escapó el ISS, buscaba no solo que las entidades estatales fueran eficientes y eficaces, sino también menos permeables a la corrupción,⁹³ bajo el control ciudadano como garantía de la eficacia y transparencia de la gestión pública.⁹⁴

Las empresas industriales del Estado tienen carácter empresarial, compiten en igualdad de condiciones con las empresas privadas, son dirigidas por una junta directiva y un gerente o presidente elegido por el presidente de la República, de libre nombramiento y remoción. Están bajo tutela del ministerio o departamento administrativo al cual estén adscritas o vinculadas, es decir, estos organismos orientan y controlan las actividades desarrolladas por estas empresas y para ello tienen asiento en sus juntas directivas. Los actos y contratos que se expidan o celebren dentro del giro ordinario de sus actividades e industriales se rigen por el derecho privado; sin embargo, acorde con su régimen legal especial, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal tratados en los artículos 209 y 267 de la

⁹³ BARBOSA CARDONA, Octavio et al. *Hacia la transparencia en la gestión pública*. Bogotá: ESAP, Centro de Publicaciones, 1994.

⁹⁴ *Ibíd.*, p. 5.

Constitución Política y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación estatal.

Como entidades estatales, gozan de las prerrogativas que la Constitución Política y la ley confieren a la nación y a las entidades públicas, pero no pueden hacer uso de las mismas cuando, en razón de su objeto y competencia con empresas privadas, impliquen menoscabo de la igualdad y libre competencia frente a éstas.⁹⁵

La Ley 489 de 1998 introduce variaciones importantes en la definición clásica que se había propuesto sobre las empresas industriales y comerciales del Estado, al asumirlas en su artículo 85 como “organismos creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley [...]”.⁹⁶

1.2 EVALUACIÓN DE LA GESTIÓN DEL INSTITUTO

La gestión del ISS como empresa industrial y comercial del Estado estuvo inspeccionada, vigilada, controlada y evaluada por la Nacional de Salud, la Contraloría General de la República, la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación y la Auditoría Externa, entidades que desde 1996 empezaron a cuestionar sus actuaciones y destacaron su mala administración y funcionamiento dentro del SGSSS, que los llevaron a tomar medidas correctivas las cuales no resultaron suficientes y ahondaron aún más su crisis.

⁹⁵ PENAGOS, Gustavo. Empresas estatales. Proyección al Siglo XXI. Bogotá: Doctrina y Ley, 2000. p. 139.

⁹⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 489. (29, diciembre, 1998). Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, 1998. No. 43.464 de 29 de diciembre de 1998. art. 85.

1.2.1 Resultados de la visita de evaluación integral realizada por la Superintendencia Nacional de Salud

La Superintendencia Nacional de Salud como responsable de la inspección, vigilancia y control del SGSSS realizó visita de evaluación integral al ISS, y estableció su problemática en cuanto a su organización y funcionamiento como EPS y ordenó la adopción de medidas correctivas, que pueden sintetizarse así:

1. La no realización de la compensación ordenada por la Ley 100 de 1993 y reglamentada en el Decreto 1896 de 1994, que es una de las funciones básicas de toda EPS, ya que el SGSSS reconocía a la EPS el valor de la UPC por la prestación de los servicios del POS a cada afiliado y beneficiario. La no realización de la compensación afectó tanto a la EPS-ISS como al SGSSS, por la falta de un sistema de información integral que soportara el proceso.

2. Recaudo de cotizaciones para salud de manera agregada con las correspondientes a pensiones y riesgos profesionales; esto condujo a una carencia de control de los procesos de afiliación y compensación, porque estas funciones se dispersaron en otras instancias administrativas del ISS.

3. El formulario único de autoliquidación de aportes adoptado por la EPS para el recaudo de las cotizaciones no permitía identificar o los valores netos pagados por cotizaciones en salud ni los días pagados por incapacidades y licencias de maternidad.

4. Presupuestar como ingresos propios los recaudos por cotizaciones cuando estos pertenecen al SGSSS.

5. No llevar un registro independiente de cada afiliado y no expedir un carné que permita identificarlos como tales.

6. No contar en sus unidades de atención de servicios salud -clínicas y CAA-con la descentralización y autonomía ordenada por la Ley 100 de 1993.⁹⁷

1.2.1.1 Plan indicativo de gestión: 1996-1998

Al formular el plan de transformación institucional y el plan indicativo de gestión en mayo de 1996, para los años 1996-1998, el ISS tuvo en cuenta las observaciones formuladas por la Supersalud y enmarcadas dentro de las políticas del Plan de Desarrollo "El salto social", del presidente Ernesto Samper. El plan contó con tres capítulos y su visión, misión y valores fueron definidos a partir de la participación del ISS en el sistema de seguridad social. Como misión se propuso "ser el líder en la protección de los asegurados y su familia ofreciendo servicios integrales de salud y prestaciones económicas, con eficiencia y calidad".⁹⁸

En concordancia con lo anterior, se formularon las estrategias para su desarrollo institucional, donde la competitividad, la eficiencia y la transparencia en la prestación de los servicios se trazaron como las tres prioritarias de acción y dentro de los objetivos estratégicos en las áreas de prestación de servicios de salud ofrecidos pretendía garantizar el acceso de la población a la EPS-ISS y de sus afiliados a la prestación de los servicios de salud y lograr la acción gerencial apoyada en procesos de gestión de salud descentralizados. Respecto a la IPS ISS, ser servicios de salud con la mayor calidad y eficiencia en centros propios, el desarrollo administrativo de las clínicas para la realización de ágiles y eficientes, orientados prioritariamente a la atención del paciente.

⁹⁷ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. Resolución No. 0043 (16, enero, 1996).

⁹⁸ INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES. Plan indicativo de gestión 1996-1998. Bogotá: El Instituto, 1996.

A la EPS se le formuló como misión: “Ser líder a nivel nacional en la protección del asegurado y su familia, ofreciendo servicios integrales de salud y prestaciones económicas, garantizando eficiencia y calidad del servicio” y a la IPS: “Ser la red hospitalaria líder en servicios integrales de salud eficientes y de calidad”.

1.2.1.2 Suspensión del certificado de autorización de funcionamiento de la EPSISS

En cumplimiento del Decreto 882 de mayo 13 de 1998 sobre margen de solvencia que asegure la liquidez de las EPS para garantizar el POS a sus afiliados y beneficiarios, la Supersalud expidió la Circular Externa No.076 de 21 de junio de 1998, que fijó las pautas para acreditar dicho margen y definió como plazo para el envío de la información el 30 de julio del mismo año. Al no contar con la información para diligenciar los formatos de la circular, la EPSISS fue sancionada por la Supersalud con la suspensión de su certificado de autorización de funcionamiento como EPS, lo que le impidió realizar nuevas afiliaciones, mercadeo de servicios y afectar el flujo de ingresos por UPC para atender obligaciones por amortiz de inversiones de su infraestructura asistencial o administrativa.⁹⁹

1.2.2 Evaluación de la gestión por la auditoría externa

El informe de la gestión de 1997 efectuado al Instituto por la auditoría externa Arthur Andersen indicó que el Plan Indicativo de Gestión (PIG) no fue suficientemente divulgado a las seccionales y clínicas por las vicepresidencias de EPS e IPS y las acciones emprendidas no pudieron culminarse por la falta de asignación de recursos, de seguimiento y claridad en el orden que debían seguir y por no contar con un mecanismo para la retroalimentación. La auditoría formuló unas recomendaciones dirigidas a mejorar los procesos y la necesidad por parte de las dos vicepresidencias

⁹⁹ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. Resolución No. 1416(31, julio, 1998).

de establecer sistemas de costeo basados en las actividades para determinar la rentabilidad por servicios de la red propia (clínicas y CAA).¹⁰⁰

1.2.3 Resultados de la auditoría gubernamental con enfoque integral realizada por la Contraloría General de la República

En agosto de 2000 la Contraloría General de la República presentó el informe de la auditoría gubernamental con enfoque integral realizado con corte a 31 de diciembre de 1999 sobre el negocio de salud EPS e IPS ISS en el que destacó la inviabilidad financiera por pérdidas de \$136.497 millones de la EPS y \$640.021 millones de la IPS para el año 1999 y explicó que ésta se debió, en gran parte, a gastos de administración por pagos de jubilación y las provisiones por cálculo actuarial y reconoció que la EPS ISS es la más importante dentro del SGSSS, con 46,8% afiliados.

Para los negocios de EPS e IPS los hallazgos más relevantes fueron los siguientes:

1. No contar con un sistema contable soportado en un sistema de información integral y la falta manuales de procedimientos que permitieran el flujo del mismo.

2. Falta de depuración de las cuentas por cobrar por c de cuotas partes pensionales por \$46.746 millones de la EPS y \$23.864 millones de la IPS, siendo además de difícil cobro, teniendo en cuenta el Decreto 1409 de 1999 que estableció que las obligaciones por estos conceptos existentes entre entidades del orden nacional que se hubieren causado con anterioridad al 1 de abril de 1994 debían eliminarse.

¹⁰⁰ ANDERSEN, Arthur. Informe de Resultados de la Auditoría de Gestión de 1997 efectuada por la Auditoría Externa Arthur Andersen. Bogotá. p. 14.

3. Diferencias en la información concerniente a los ingresos por cotizaciones recaudadas según tesorería y la reportada por autoliquidaciones efectuada por el departamento nacional de conciliaciones.

4. La afectación del presupuesto de funcionamiento de la vigencia fiscal de 2000 de los dos negocios por compromisos anteriores reflejado en un gran número de cuentas pendientes de pago por \$86.778 millones para la EPS, \$16.861 millones para la IPS y \$2.761 millones para los CAA, además de los fallos de tutela adversos a la entidad y los procesos judiciales por pasivos laborales por mal manejo de los contratos de prestación de servicios personales.

5. Deficiencias en el control interno y administrativo y en la toma física de inventarios; no aplicación de los principios de contabilidad generalmente aceptados; falta de información que permitiera verificar las cuentas por pagar y cobrar por la EPS al Fosyga a 31 de diciembre de 1999 e inconsistencias en los cálculos actuariales de jubilados y activos.

6. Pago de licencias de maternidad sin verificación de derechos y falta de un sistema integral de información para realizar recobros al Fosyga (\$36.107 millones por concepto de licencias de maternidad y \$5.701 millones por enfermedad general), así como la no realización de la declaración de giro y compensación por ignorancia del número real de afiliados, lo que afecta los ingresos y se evidencia en la mala atención al usuario y su desafiliación.

7. Los gastos administrativos representan un 97%, entre los que se destacan las pensiones de jubilación y las cuotas partes pensionales que tienen la mayor representatividad, pues el pago de pensiones de jubilación era del orden de \$162.175 millones, equivalentes a un 19% y el gasto por amortización del cálculo actuarial estimado era de 62%, es decir, \$520.967 millones.

8. En cuanto a las IPS del ISS se señalaron deficiencias en los procesos de facturación a las distintas EPS generándose un número importante de glosas, falta de gestión en los procesos de cobro de cartera, de compra y mantenimiento

los recursos humanos, técnicos, financieros y control el manejo y la conservación de insumos y la falta de éstos para atender a los usuarios, incidiendo en la calidad de los servicios y en las estancias prolongadas.

9. Deficiencias en la planeación técnica, administrativa y financiera de los procesos de contratación, de lo que se concluye que estos aspectos acusaron un detrimento en el patrimonio del ISS.

10. Control interno deficiente por no cubrir la totalidad del Instituto ni contar con los medios para dar cumplimiento a los mandatos señalados la Ley 87 de 1993, que repercuten en las deficiencias en el procesamiento automático de la información financiera, el manejo de los inventarios, las farmacias, las cuentas por cobrar y pagar, la atención a los pacientes y el mal uso de los equipos médicos.

El ente de control concluyó que los hallazgos se debieron a la falta de políticas de la alta gerencia que involucraran a todos los funcionarios en la causa común del control interno institucional lo que conllevó al no fenecimiento de las cuentas y el traslado a diferentes autoridades para adelantar las investigaciones correspondientes.¹⁰¹

Los informes de la auditoría externa y de la Contraloría coincidieron en que el Instituto debió afrontar sucesivos cambios en la norma tanto en salud como contables, que no le permitieron consolidar los procesos iniciados y actuar de conformidad con cada exigencia legal.

¹⁰¹ COLOMBIA. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. CGR-CDSS agosto de 2000, consolidado de auditoría gubernamental con enfoque integral, Instituto de Seguros Sociales, Empresa Promotora de Salud e Instituciones Prestadoras de Servicios. Bogotá: La Contraloría, 1999. p. 7-23.

1.3 CONFORMACIÓN DE LA COMISIÓN TRIPARTITA

En julio de 2002 la administración del doctor Guillermo Fino mostró los resultados de su primer año de gestión, a partir de un diagnóstico de la situación encontrada y sus causas, como la sanción de la Supersalud, la recesión económica, la falta de mercadeo, los servicios deficientes, la selección adversa, la atención de enfermedades de alto costo, el deficiente sistema de información, la ausencia de políticas gubernamentales, la estructura de costos administrativos y los problemas de gestión que llevaron a la disminución de afiliados, altos costos administrativos laborales, menores ingresos, evasión, fraudes y morosidad, alto gasto en salud por atención de enfermedades catastróficas, tutelas, cubrimiento externo del POS, deuda en compra de servicios de salud, mal clima laboral, mala imagen, falta de procesos de selección, mal servicio, déficit financiero estructural, sistema de control poco desarrollado, sistema de información no ágil ni oportuno y represamiento de cuentas por pagar.¹⁰²

Debido a la grave crisis, se estableció una comisión tripartita conformada por el Gobierno, el sindicato de trabajadores del ISS y la administración, que hizo varias recomendaciones en aras de levantar la sanción impuesta por la Supersalud. El ISS debía mejorar la gestión de sus procesos para garantizar a sus afiliados una atención eficiente y oportuna, el Gobierno le inyectaría recursos mediante de un préstamo y el sindicato negociar la convención colectiva de trabajo.

La administración del ISS celebró una nueva convención colectiva en octubre de 2001 para generar ahorros anuales cercanos a los 162.251 millones de pesos; logró el levantamiento de la sanción impuesta por la Supersalud y logró la expedición del Acuerdo 217 de 2001 del Consejo Nacional de Seguridad en Salud, que

¹⁰² INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES. Guillermo Fino: informe un año de gestión: julio de 2001-julio 2002. Bogotá: El Instituto, 2002. p. 16.

reglamentó el registro y reconocimiento de las patologías de alto costo que desequilibraban financieramente el perfil epidemiológico de las EPS.

No obstante, las medidas adoptadas solo fueron un paliativo para un enfermo terminal.

1.4 DOCUMENTO CONPES 3219 DE 2003

En el año 2002 se expidió la Ley 790 que fijó el marco jurídico para la modernización de la estructura de la administración pública del orden nacional, dentro de una sostenibilidad financiera, la supresión, fusión y liquidación de entidades y las restricciones en las plantas de personal y del gasto público.

No obstante, los claros mandatos de la Ley 489 de 1998 sobre eficiencia administrativa, la Ley 790 de 2002 prohibió la liquidación del ISS por lo que se buscó la estrategia jurídica para reformar el negocio de salud del Instituto y mejorar sus finanzas, dando lugar a la expedición del Documento Conpes 3219 de 2003.

El Consejo Nacional de Política Económica y Sociales el organismo que coordina la política económica y el desarrollo social país, mediante líneas de orientación, encabezado por el presidente de la República y la Secretaría Técnica a cargo del director del Departamento Nacional de Planeación.

En el Documento 3219 del 31 de marzo de 2003, denominado “Plan de modernización Instituto de Seguros Sociales, Sector Salud”,¹⁰³el Conpes identificó la problemática estructural del ISS en el negocio salud, aspectos más relevantes fueron:

¹⁰³ DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Documento CONPES No. 3219. (31, marzo, 2003). Plan de modernización, Instituto de Seguros Sociales-Sector Salud. Bogotá: El Departamento, 2003.

1. Dificultades en la gestión dentro del nuevo sistema de seguridad social en salud, al pasar de ser monopolio a actuar dentro del marco del libre mercado, donde la competencia es la regla.

2. Decisiones judiciales y suspensión decretada por la Supersalud, que agravaron la situación financiera. Se destacó la Sentencia 579 de la Corte Constitucional de noviembre 20 de 1996, que señaló que, al ser una empresa industrial y comercial del Estado, todos los servidores del ISS solo correspondían a dos categorías: empleados públicos y trabajadores oficiales; no podía existir la categoría de los funcionarios de la seguridad social, lo que llevó a que fueran clasificados como trabajadores oficiales con derecho a los beneficios de la convención colectiva de trabajo y pasaron de 2.000 a 24.000 trabajadores con derecho a beneficios convencionales, por lo que se dispararon los costos laborales.

3. La no compensación durante los años 1995-1996 produjo que los recaudos efectuados por aportes no reflejan la real situación financiera, que se vislumbró solo en 1997, cuando fue obligado a compensar.

4. La no adopción de medidas adecuadas señaladas por los entes de control que generó un déficit operacional reduciendo la oportunidad y la calidad en la prestación del servicio y el retiro de afiliados. Las deudas eran del orden de los 625 mil millones de pesos para el año 2000.

5. La obsolescencia en estructura, gestión y tecnología de las clínicas y CAA generó una demanda insatisfecha que se compensó con la compra de servicios a terceros.¹⁰⁴

6. La disminución de ingresos del negocio salud para el período 1998-2001. Los ingresos en 1998-1999 eran de 9,6% y los gastos de 4,1% y para 2001-2002, los

¹⁰⁴ DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Op. cit., p. 5-6.

ingresos eran de 0,5% y los gastos de 8,5%, haciendo la salvedad de que no se tuvieron en cuenta la disponibilidad inicial, los desembolsos efectuados por la nación y los compromisos de pago pendientes.¹⁰⁵

7. El reconocimiento de pensiones conforme a los montos de edad y el tiempo de servicios señalados en la convención colectiva, generando inflexibilidad en el gasto siendo otro factor que agrava las finanzas de la entidad.

“Se espera que los jubilados pasen a ser 18.436 personas en 2005 y 23.212 en 2012. Esta evolución representa cerca de \$174,5 mil millones adicionales en el costo de los jubilados entre 2002 y 2012. El crecimiento promedio anual del costo se estima en 3,7%. En 2002, el costo anual por jubilado fue de \$20,1 millones de pesos.

En este punto debe señalarse que no sólo es grave la magnitud de la carga laboral sino además el hecho de que en ningún momento la misma es el resultado de incentivos (primas, bonificaciones, etc.) a la productividad de los trabajadores. Este problema ha llevado, por ejemplo, a que no haya sido posible implantar un esquema de facturación que permita hacerle seguimiento a la gestión de cada una de las instituciones prestadoras (CAA e IPS).”¹⁰⁶

8. El manejo integrado del negocio salud IPS-EPS no permite vislumbrar la realidad de cada negocio y la dependencia de la IPS de la EPS con cuyos recursos financiaban las primeras, impidiendo la adaptación de las clínicas y CAA a las exigencias de competitividad del mercado y la oportunidad en las respuestas ante situaciones de crisis poniendo en juego su viabilidad financiera y a que el déficit operacional afecte directamente a la EPSISS.¹⁰⁷

¹⁰⁵ *Ibíd.*, p. 7.

¹⁰⁶ *Ibíd.*, p. 13.

¹⁰⁷ *Ibíd.*, p. 15-17.

9. La selección adversa afectó a la EPS ISS que tuvo que soportar un 94% de las enfermedades de alto costo en 1997 y, a pesar de la expedición del Acuerdo 217 de 2001 que reglamentó la situación, estas enfermedades siguieron representando gastos importantes para el ISS.¹⁰⁸

Se concluye que el negocio de salud del ISS requería una reforma estructural que redujera y flexibilizara sus costos laborales y operacionales y la renegociación de la convención colectiva de trabajo antes de su vencimiento; se establecieron escenarios a corto y mediano plazo que, de no dar resultado, la escisión de la EPS y la IPS sería indispensable para que tuvieran como única fuente de ingresos la venta de servicios con una verdadera planeación técnica y con procesos de gestión acordes con el contexto competitivo en donde se desenvuelve.¹⁰⁹

1.5 ESCISIÓN DE LA VICEPRESIDENCIA PRESTADORA DE SERVICIOS DE SALUD, CLÍNICAS Y CAA: DECRETO LEY 1750 DE 2003

1.5.1 Contenidos del Decreto Ley 1750 de 2003

La Ley 790 de 2002 concedió facultades extraordinarias al presidente de la República para renovar la estructura de la administración pública nacional por un plazo de seis meses a partir de su vigencia, el cual vencía el 27 de junio de 2003. Debido a la prohibición expresa contenida en el artículo 20 acerca de suprimir, liquidar o fusionar el ISS, entre otras entidades, el 27 de junio de 2003 se emitió el Decreto Ley 1750 de 2003, que escindía del ISS a la vicepresidencia prestadora de

¹⁰⁸ *Ibíd.*, p. 19.

¹⁰⁹ *Ibíd.*, p. 40.

servicios de salud, todas las clínicas y CAA y creaba siete empresas sociales del Estado.¹¹⁰

1.5.1.1 Naturaleza jurídica, objeto y funciones generales de las empresas sociales del Estado

Las empresas sociales del Estado creadas por el Decreto Ley 1750 de 2003 constituyen una categoría especial de entidad pública creada del ámbito nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscritas al Ministerio de la Protección Social, cuyo objeto es la prestación del servicio de salud como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de la seguridad social, en los términos del artículo 194 de la Ley 100 de 1993.¹¹¹

Dentro de sus funciones generales está la prestación de servicios de consulta externa, urgencias, hospitalización, procedimientos quirúrgicos y de promoción y prevención, efectivos y oportunos, prestados bajo estándares de calidad de baja, mediana y alta capacidad, pudiendo asociarse para la compra de insumos o venta de servicios o contratar la prestación de servicios con las personas jurídicas conformadas por sus exservidores como producto de reestructuraciones. Lo anterior, dentro de un manejo gerencial que garantice la rentabilidad social y financiera de la ESE, la participación social y comunitaria y el suministro de información oportuna, suficiente y veraz a sus usuarios sobre los deberes y derechos relativos a la prestación del servicio.¹¹²

1.5.1.2 Estructura y organización de las empresas sociales del Estado

¹¹⁰ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto Ley 1750 (26, junio, 2003). Por el cual se escinde el Instituto de seguros sociales y se crean unas Empresas Sociales del Estado. Diario Oficial. Bogotá, 2003. No. 45.230 de 26 de junio de 2003. art. 1.

¹¹¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 100. Op. cit., arts. 2-3.

¹¹² *Ibíd.*, art. 4.

Su estructura básica estaba conformada por una junta directiva, un gerente general y subgerencias creadas de acuerdo con las necesidades del servicio y la razonabilidad social y financiera lo permitieran.

La junta directiva estaba conformada por 7 miembros, así: tres (3) del sector político administrativo, dos (2) del sector científico del área de la salud, dos (2) de la comunidad, uno (1) de las centrales obreras y el otro, representante de la asociación de usuarios del sector de la salud.¹¹³

El gerente general era designado por el presidente de la República de terna presentada por la junta, para períodos de tres años prorrogables. Los primeros gerentes fueron nombrados transitoriamente para un período de seis meses.

Se autorizó la administración delegada para que las ESE pudieran contratar la operación o administración de las clínicas y CAA con personas jurídicas de naturaleza solidaria sin ánimo de lucro, con las constituidas por sus exfuncionarios y otras entidades sin ánimo de lucro como sindicatos, cajas de compensación familiar y hospitales públicos. Estas entidades podrían sustituir como patronos a las respectivas empresas del Estado.¹¹⁴

1.5.1.3 Régimen jurídico de los actos y contratos

El régimen jurídico de sus actos era el general de las entidades del sector público y en materia contractual se rigen por el derecho privado, pueden incorporar discrecionalmente las cláusulas exorbitantes del Estatuto General de Contratación Estatal.¹¹⁵

¹¹³ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto Ley 1750, Op. cit., art. 8.

¹¹⁴ *Ibíd.*, p. 6-8, 11 y 28.

¹¹⁵ *Ibíd.*, art. 14.

1.5.1.4 Patrimonio e ingresos

Su patrimonio quedó conformado por los bienes muebles e inmuebles afectos a la vicepresidencia de IPS, clínicas y CAA que, como consecuencia de la escisión, les transfiera el ISS; por las clínicas y CAA; por las donaciones que reciba y por los incrementos patrimoniales.

Sus ingresos provendrían de la venta de servicios de salud, los ingresos financieros, las donaciones, las utilidades por enajenación de activos y los demás generados en desarrollo del objeto social. Sin embargo, cada ESE asumiría el pago las cuentas por pagar pendientes por parte de la vicepresidencia de IPS, clínicas y CAA.

Para la prestación del servicio de salud, generar ingresos y no afectar financieramente a las nuevas empresas, se prescribieron cuatro medidas:

- 1) A cada ESE se le asignó un número de clínicas y CAA.
- 2) Les fueron subrogados todos los contratos vigentes bienes y servicios celebrados por el ISS, en particular los de las clínicas, CAA y los que les cediera total o parcialmente el ISS y, respecto a los no cedidos, el Instituto podía celebrar convenios interadministrativos con las ESE tras determinar los valores de las obras, los bienes o los servicios a los que hacen referencia dichos contratos.
- 3) La EPS ISS contrataría los servicios de salud con las ESE de acuerdo con su oferta por el término máximo de 36 meses, de conformidad con porcentajes reglamentados por el Gobierno nacional.¹¹⁶

¹¹⁶ *Ibíd.*, art. 20-22, 24 y 27.

4) Las pensiones reconocidas de pensionados de las unidades escindidas, a la fecha de entrada en vigencia del decreto, serían asumidas por el Instituto.

1.5.1.5 Régimen de personal

Los artículos 16 a 19 del capítulo II del decreto regularon todo lo concerniente al régimen de personal de los exservidores del ISS.

El artículo 16 señaló que los servidores de las empresas sociales del Estado creadas por este serán empleados públicos, “salvo los que sin ser directivos, desempeñen funciones de mantenimiento de la planta física hospitalaria y de servicios generales, quienes serán trabajadores oficiales”.

Los servidores vinculados a la vicepresidencia de IPS, clínicas y CAA fueron incorporados automáticamente sin solución de continuidad; por tanto, su tiempo de servicio en el ISS se computará para todos los efectos legales con el tiempo que laboren para la nueva entidad.¹¹⁷

El régimen salarial y prestacional de los nuevos empleados públicos sería el propio de los empleados públicos de la rama ejecutiva del orden nacional, con respeto de los derechos adquiridos: “Se tendrán como derechos adquiridos en materia prestacional, las situaciones jurídicas consolidadas, decir, las que hayan ingresado al patrimonio del servidor, las cuales no podrán ser afectadas”.¹¹⁸

La permanencia de los nuevos empleados públicos estaba condicionada a acceder a la carrera administrativa previa convocatoria y, mientras estuvieran en provisionalidad, no podían ser retirados de conformidad con las causales establecidas en el artículo 37 de la Ley 443 de 1998 o por supresión del cargo.

¹¹⁷ *Ibíd.*, art. 17.

¹¹⁸ *Ibíd.*, art. 18.

Las ESE creadas por el Decreto Ley 1750 de 2003 no reconocieron los derechos adquiridos en materia convencional a los exservidores ISS incorporados como empleados públicos y solo con los pronunciamientos de Corte Constitucional en las sentencias C-314 y C-349 de 2004 se reconocieron sus derechos convencionales, por una sola vez, desde el momento de la escisión hasta el 31 de octubre de 2004, plazo de vigencia inicial de la convención colectiva de trabajo.

Como cierre de este capítulo podemos considerar que el nuevo modelo de salud como sistema integral propuesto en 1993, llevó al cambio de naturaleza jurídica del ISS de establecimiento público a empresa industrial y comercial del Estado que implicaba la adopción de un modelo gerencial con el que nunca había trabajado; sin embargo, no solo se expidió la Ley 100, que cambió todo el escenario al separar las funciones de aseguramiento y la de prestación de servicios de salud, sino un sinnúmero de decretos reglamentarios en un período de tiempo muy corto que dificultó que esta entidad altamente burocratizada, se adaptara a la nueva dinámica.

La información que resulta de importancia para cualquier empresa por depender de ella para el proceso de toma de decisiones y adopción de los correctivos necesarios para que el objeto misional pueda desarrollarse sin mayores traumatismos, era deficiente en el ISS y por tanto no le permitió determinar el número de afiliados y realizar una verdadera compensación, además de tener una información contable, presupuestal y actuarial no confiables y por tanto sin saber a ciencia cierta cuánto tenía que pagar y cuánto tenía que cobrar al sistema.

Si bien emprendió procesos para mejorar la gestión, las anteriores deficiencias casi estructurales y su centralización no le permitieron alcanzar los objetivos propuestos y quedaron en letra muerta.

Cuando se presta un servicio, cualquiera que sea, por empresa privada o pública, el gerente debe saber cuánto le cuesta su prestación; para ello, requiere información, datos concretos que le permitan hacer las evaluaciones correspondientes y facilitar la toma de decisiones.

Con los recaudos que hacía antes de la Ley 100, el ISS desplegaba toda su operación en forma indistinta para sus negocios, realizó inversiones en infraestructura, compraba insumos y pagaba a sus servidores; continuó con esta práctica después de su promulgación y olvidó que cada negocio tiene su propia reglamentación: pensiones, salud y riesgos profesionales y que las cotizaciones no son de su propiedad sino del sistema, es decir, se presupuestaba con recursos que no eran suyos, al crear proyecciones que no correspondían a la realidad.

La suspensión del certificado de funcionamiento de la SH hizo implosionar al ISS, que se quedó sin flujo de recursos por afiliaciones nuevas y ahondó más su déficit financiero generado año tras año y que, para el año 2000, era de \$625 mil millones de pesos.

La falta de una verdadera gerencia —que comporta el adecuado manejo de los recursos técnicos, humanos, financieros, administrativos e informáticos— en las 37 clínicas del ISS y en los CAA llevó a un inapropiado proceso de facturación que generó un alto número de glosas y falta de recursos, porque estos tenían que destinarse a gastos administrativos, entre ellos, los asociados con los servicios personales y de jubilados; además, condujo a la obsolescencia de los equipos médicos y al inadecuado manejo de los recursos, que afectó la eficiencia, oportunidad y la calidad en la atención de los usuarios y a masivas desafiliaciones.

A pesar de estar expresamente prohibida la selección adversa, ni la Supersalud ni el Ministerio intervinieron a las EPS privadas que realizaron, y solo hasta la

expedición del Acuerdo 217 de 2001 del CNSSS que reglamentó el registro y reconocimiento de las patologías de alto costo, esta problemática siguió afectando las finanzas del Instituto.

Como se colige del Documento Conpes, al gobierno nacional le preocupaba la vigencia de la convención colectiva que cobijaba a 24.000 trabajadores oficiales del ISS y que estaban concentrados en las clínicas y CAA, situación que era insostenible y que, debido a la prohibición de supresión, liquidación o fusión del Instituto, se adoptó la escisión como medida para trasladar, en calidad de empleados públicos, a los otrora trabajadores oficiales del ISS que estaban al servicio de las unidades escindidas a las ESE allí creadas a quienes no se les reconocieron los derechos adquiridos en la convención colectiva suscrita entre el Instituto y sintraseguridad social.

Esta decisión vulneró el principio de confianza legítima y seguridad jurídica, puesto que las normas vigentes, los contratos y las convenciones tienen que cumplirse de buena fe, hecho que, más adelante, provocó que la Corte Constitucional determinara que estos derechos debían ser respetados durante la vigencia de la convención.

El artículo 58 superior señala que los derechos adquiridos tienen carácter imperativo, por tratarse de derechos intangibles, inmodificables, que tienen protección y rango constitucional, "razón por la cual ninguna disposición normativa de inferior categoría puede contener orden alguna que implique su desconocimiento", como reza la Sentencia C-314 de 2004 de la Corte Constitucional.

En el próximo capítulo se desarrollará la doctrina sobre los efectos de la ley y la instauración de una línea jurisprudencial. Luego se revisarán los pronunciamientos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado sobre los mencionados efectos y el alcance de los derechos adquiridos por convenciones colectivas de trabajo en el marco

del PRAP, así como la jurisprudencia constitucional y la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia acerca de la negociación colectiva de los empleados públicos.

En un segundo momento se examinarán las sentencias que estudian la constitucionalidad del Decreto Ley 1750 de 2003 que tiene relación directa con el objeto de estudio.

2. EFECTOS DE LA LEY EN EL TIEMPO Y LÍNEA JURISPRUDENCIAL

2.1 EFECTOS GENERALES DE LA LEY

En el Estado liberal la norma jurídica tiene varias funciones: 1) Orientación de la conducta social. 2) Represión dirigida a mantener el orden social, pues el Estado tiene funciones de gendarme del juego social, vigilancia y control. 3) Procura de las condiciones jurídicas necesarias para que los individuos puedan celebrar libremente acuerdos privados y garantizar su efectividad; en este sentido fija patrones de relaciones jurídicas. 4) Resolución de conflictos y aseguramiento de expectativas, por medio de normas jurídicas que determinan la estructura judicial y los procedimientos a seguir para su resolución.¹¹⁹

Nuestro Código Civil en sus artículos 4, 11 y 13, establece que la "Ley es una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional. El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar". Surte efectos desde el día en que se constituye o desde su promulgación, no tiene alcance retroactivo, salvo en materia penal cuando la norma anterior disponga una pena menor.

2.1.1 Efectos de la ley en el tiempo

Cuando una ley nueva regula hechos y situaciones jurídicas que la antigua reglamentaba, surgen los conflictos de la ley en el tiempo que se resuelven con dos principios: el efecto inmediato de la ley y la irretroactividad de la misma.¹²⁰

¹¹⁹ CALVO GARCÍA, Manuel. Transformación del Estado y del de Colombia, 2005. p. 2.

Bogotá: Universidad Externado

¹²⁰ SUÁREZ MORIONES, Guillermo. Manual de Derecho Civil. Parte general. Bogotá: Fundación Universitaria Autónoma de Colombia, 1990. p. 195 y 197.

La ley empieza a regir una vez sancionada y promulgada, con efectos hacia el futuro, es decir, va a normalizar los hechos y las situaciones jurídicas que se presenten durante su vigencia y los hechos y las situaciones jurídicas no consolidadas antes de la misma.

La irretroactividad significa que la nueva ley no tiene la virtud de reglar hechos y consecuencias jurídicas nacidas y terminadas en el pasado, porque no puede desconocer derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad a su vigencia; este principio viene desde una constitución romana del año 439 d. C., que establecía: "Las leyes y constituciones que dan forma a los negocios (hechos) rigen para el futuro, no pueden revocar hechos pasados". La irretroactividad genera certeza en las relaciones jurídicas y es de obligatorio cumplimiento para el juez.¹²¹

El francés Merlin de Doua define los derechos adquiridos dentro de un enfoque patrimonial como "aquellos que han entrado a nuestro patrimonio, que hacen parte de él y que no pueden sernos arrebatados por aquel de quien los hubimos". Este principio tiene excepciones, como la aplicación de la ley más favorable en materia los motivos de utilidad pública y las meras expectativas que se manifiestan cuando hay situaciones jurídicas no consolidadas sobre las cuales se tiene la expectativa de consolidación.¹²²

El profesor Valero explica que la doctrina de los derechos adquiridos nace en desarrollo del artículo 2 del código civil francés, que afirma: "la ley sólo dispone hacia el futuro y no tiene efecto retroactivo" y estuvo ligada a los efectos de la ley en el tiempo, en particular, con su retroactividad."¹²³

¹²¹ *Ibíd.*, p. 198.

¹²² *Ibíd.*, p. 201-202.

¹²³ VALERO RODRÍGUEZ. *Op. cit.*, p. 51.

En principio se desarrollaron teorías sobre derechos adquiridos y meras expectativas con aplicación a los derechos patrimoniales; entonces, los derechos adquiridos son los que han ingresado al patrimonio de la persona y de allí se aplicaron a otros derechos civiles. Luego se abandonó la diferencia entre meras expectativas y derechos efectivos, para empezar a hablar de situaciones jurídicas concretas o abstractas. Bonnecase define las situaciones jurídicas abstractas: “si se trata de una vocación eventual o teórica frente a la regla, y son concretas, si cobijan a una persona determinada en sus efectos, obligaciones y beneficios, por haber acaecido un acto o un hecho jurídico que la hizo efectiva”.¹²⁴

De otro lado, Paul Roubier parte de reconocer que todas las situaciones jurídicas están en constante movimiento desde su creación hasta su desaparición y distingue tres momentos: de constitución, de producción de los efectos y de extinción. En las fases dinámicas de la situación —la constitución y la extinción—, la nueva ley no puede desconocer situaciones jurídicas ya constituidas o extintas, pero sobre las situaciones jurídicas nuevas que están en curso la nueva ley sí tiene efectos retroactivos. En principio se rige por la ley vigente y después por la ley nueva, una vez entre a regir.¹²⁵ Lo anterior, por cuanto las situaciones jurídicas nuevas en curso no están consolidadas y existe solo una mera expectativa de su consolidación.

La ultractividad y la retrospectividad son otros fenómenos de la ley en el tiempo. La primera se presenta cuando una ley anterior es derogada, pero sigue produciendo efectos bajo la vigencia de la nueva ley y la segunda, cuando una norma empieza a aplicarse desde su vigencia a situaciones o hechos jurídicos gobernados por una norma anterior, mas sus efectos aún no se han consolidado.

La Ley 153 de 1887 señala que los actos jurídicos suelen regirse por la ley vigente al momento de su celebración. Los artículos más destacados en ese sentido

¹²⁴ *Ibíd.*, p. 51 y 55.

¹²⁵ *Ibíd.*, p. 55.

son: las meras expectativas no constituyen derecho con la ley nueva (art. 17); las leyes que por motivos de moralidad, salubridad o utilidad pública limiten derechos amparados bajo una ley anterior tienen efecto general inmediato (art. 18); las leyes nuevas sobre administración de un estado civil que determinen nuevas condiciones tienen fuerza obligatoria desde que empiezan a regir (art. 19); el estado civil de las personas, adquirido bajo el imperio de una ley anterior, subsistirá, pero los derechos y las obligaciones anexas al mismo estado se regirán por la nueva ley “sin perjuicio de que los actos y contratos válidamente celebrados bajo imperio de la ley anterior tengan cumplido efecto” (art. 20); los derechos reales adquiridos conforme a los presupuestos de una ley anterior subsisten bajo el imperio de otra, pero su ejercicio, sus cargas y su extinción se rigen por la ley nueva (art. 28); los efectos diferidos de un derecho de conformidad con una norma anterior se reputan fallidas por una disposición posterior si no se cumplen dentro de cierto plazo, pero subsistirán bajo la nueva ley hasta por el tiempo señalado en la anterior (art. 30); las solemnidades externas de los testamentos se rigen por la ley vigente al momento de su otorgamiento, pero sus disposiciones se regularán por la ley vigente para la época de muerte del testador (art.34); en los contratos se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, excepto cuando: “1. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y 2. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido” (art. 38) y “Los actos o contratos válidamente celebrados bajo el imperio de una ley podrán probarse el imperio de otra, por los medios que aquella establecía para su justificación; pero la forma en que debe rendirse la prueba estará subordinada a la ley vigente al tiempo en que se rindiere” (art.39).

Como ya anotamos, la definición de derechos adquiridos está ligada al derecho de propiedad que surgió dentro del modelo capitalista como consecuencia del derecho de la libertad. La propiedad es el derecho de usar, gozar y disfrutar cosa sin respecto a determinada persona; dentro de tal sistema, esta se basa en la propiedad

de los medios de producción que no tienen valor en sí y, para generarlo, requieren del trabajo humano, bien sea material o intelectual que, puesto en el comercio como mercancía, genera capital y su movimiento trae riqueza. Esta connotación que deshumaniza el trabajo hizo que este se independizara y se crearan instituciones protectoras de la persona humana del trabajador.¹²⁶

El título preliminar del Código Sustantivo del Trabajo, adoptado mediante Decreto Ley 2663 de 1950, precisa los principios generales de la ley laboral, cuyo objeto es lograr la justicia en las relaciones laborales “dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social”; reconoce que el trabajo es socialmente obligatorio, que toda persona tiene derecho a un trabajo y a escoger profesión u oficio sin que nadie se lo impida y es protegido especialmente por el Estado.¹²⁷

2.2 PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA

Las normas de Derecho vigentes constituyen una garantía para los ciudadanos que de antemano conocen sus derechos y los límites de los mismos; por ello, los que se adquieren con fundamento en una ley son protegidos en nuestra legislación desde la Constitución.

La preocupación del constituyente de 1991 fue la de proteger los derechos del trabajador frente a una norma nueva que menoscabe o disminuya sus derechos; además, ordena en su artículo 53 que, al expedirse el Estatuto del Trabajo, deben tenerse en cuenta los siguientes principios fundamentales:

[...] Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el

¹²⁶ *Ibíd.*, p. 41-42 y 50.

¹²⁷ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto Ley 2663.(5, agosto, 1950). Sobre Código Sustantivo del Trabajo. Diario Oficial. Bogotá, 1950. No. 27.407 de 9 de septiembre de 1950.

empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.
[...]

El artículo 58 superior garantiza los derechos adquiridos, cuando precisa: "Se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no podrán ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social".

2.3 LÍNEA JURISPRUDENCIAL

En Colombia los precedentes jurisprudenciales de las altas cortes son de carácter obligatorio y trazan líneas jurisprudenciales que tienen tal intención como mecanismo para garantizar la seguridad jurídica y la confianza legítima.

El establecimiento de una jurisdicción constitucional te y un juez constitucional que por medio de su jurisprudencia “como un creador consciente de sub-reglas constitucionales y no simplemente como un aplicador pasivo de los textos superiores”, ha cambiado el sistema de fuentes e interpretación del derecho, otorga al precedente judicial un valor dentro del sistema de fuentes por parte de nuestra Corte Constitucional.¹²⁸

El profesor López Medina explica que, tradicionalmente, en nuestro sistema jurídico positivista neoromano, el juez solo aplica la ley, dilucida normas oscuras, debe fallar conforme a derecho y en sus fallos tiene el deber de acatar la ley y no la jurisprudencia, porque esta es un criterio auxiliar.¹²⁹

Aunque en nuestro país se desarrolló la doctrina legal probable traída del derecho español, por la cual tres sentencias uniformes de la Corte Suprema de Justicia sobre un mismo punto de derecho daba un mayor valor a la jurisprudencia, no le otorgaba la connotación de precedente y el juez no estaba obligado a acatarla.¹³⁰

Este paradigma cambió cuando nuestra Corte Constitucional, en sentencias C-993 de 1995 y T-123 del mismo año, estableció que la doctrina constitucional cumple una función integradora como fuente de derecho, porque con ella se dilucidan casos oscuros y, por tanto, son obligatorias tanto la integradora como la interpretativa. Si un juez se aparta de esta, debe fundamentar de manera suficiente y adecuada, so pena de incurrir en violación del principio de igualdad.¹³¹

¹²⁸ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional. Análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales. Teoría del Derecho Judicial. 4a ed. Bogotá: LEGIS, UNIANDES, 2002. p. 2 y 4.

¹²⁹ *Ibíd.*, p. 11.

¹³⁰ *Ibíd.*, p. 12.

¹³¹ *Ibíd.*, p. 22-23 y 26-27.

La línea jurisprudencial es la que se extrae de varios fallos judiciales sobre un mismo problema jurídico, estructurada en conceptos que permiten definir cuáles garantías se conciben como derechos fundamentales.

Existen tres clases de sentencias en las líneas, a saber: sentencias fundadoras de línea, que son fallos de contenido amplio y hacen un recuento de principios y reglas que se relacionan con el objeto de estudio, pero carecen de vocación de permanencia, porque no contienen los balances constitucionales vigentes; sentencias hito, que definen subreglas que suelen producir cambios en la jurisprudencia y sentencias confirmadoras de doctrina o de principios, que son aplicaciones a un caso nuevo de los principios contenidos en una sentencia anterior.¹³²

Para extraer las subreglas en las sentencias hito, debe determinarse la *ratio decidendi* y el *obiter dicta*, porque solo los apartes de la sentencia que guardan un nexo causal con la resolución del caso concreto son obligatorios.

En sentencia SU-047-99, la Corte Constitucional definió estos conceptos:

[La *ratio decidendi*] es la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutive. En cambio constituye un mero dictum, toda aquella reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria a la decisión, por lo cual son opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario.

Y continúa la Corte Constitucional:

¹³² *Ibíd.*, p. 67-68.

Así, en primer término, al analizar el alcance de la cosa juzgada constitucional, esta Corte ha distinguido, con otras palabras, entre *decisum*, *ratio decidendi* y *obiter dicta* [...].

¿Qué parte de las sentencias de constitucionalidad tiene la fuerza de la cosa juzgada?

La respuesta es doble: poseen tal carácter algunos apartes de las sentencias en forma explícita y otros en forma implícita.

Primero, goza de cosa juzgada explícita la parte resolutive de las sentencias, por expresa disposición del artículo 243 de la Constitución.

Segundo, goza de cosa juzgada implícita los conceptos que la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquéllos.

En efecto, la parte motiva de una sentencia de constitucionalidad tiene en principio el valor que la Constitución le asigna a la doctrina en el inciso segundo del artículo 230: criterio auxiliar —no obligatorio—, esto es, ella se considera *obiter dicta*.

Distinta suerte corren los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden relación directa con la parte resolutive, así como los que la Corporación misma indique, pues tales argumentos, en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutive, son también obligatorios y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades y corrigen la jurisprudencia.¹³³

2.3.1 Corte Constitucional

¹³³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-047 de 29 de enero de 1999. Expediente T-180. 650. M. P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero. p. 53, 56-57.

2.3.1.1 Derecho colectivo del trabajo

En Sentencia C-009 de 1994, la Corte Constitucional resaltó que, dentro del Estado social de derecho el derecho colectivo de trabajo:

[...] es un instrumento valioso y apropiado para hacer realidad la justicia social en las relaciones entre patronos y trabajadores, la vigencia de un orden justo, la convivencia tranquila, mediante “la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo”, y el reconocimiento a la dignidad humana en la persona del trabajador, a través de la regulación de las “condiciones de trabajo”, en lo que atañe al derecho individual del trabajo y de la seguridad social, que asegure a las personas el derecho “a un trabajo en condiciones dignas y justas” (Preámbulo, arts. 1o. , 2o. , 25, 39 y 55 C. P.).¹³⁴

Desde la esfera constitucional, el derecho colectivo comprende:

1) La libertad de asociación sindical de trabajadores y empleadores para constituir sindicatos o asociaciones sin intervención del Estado, cuyo reconocimiento jurídico nace con la simple inscripción del acta de constitución, con una estructura interna y unos estatutos sujetos al orden legal y a los principios democráticos, la cancelación o suspensión de la personería solo por vía judicial y la garantía, entre otras, del fuero a los representantes sindicales para cumplir su gestión. Los miembros de la fuerza pública no tienen derecho de asociación sindical.

2) La asociación profesional en defensa de los intereses comunes.

3) El derecho a la negociación colectiva para regular las relaciones laborales por medio de pactos o convenciones colectivas de trabajo y la concertación para la

¹³⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-009 de 20 de enero de 1994. Expediente D-347. M. P. Antonio Barrera Carbonell.

solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo. Este derecho es consustancial al derecho de asociación sindical:

[...] su ejercicio potencializa y vivifica la actividad e la organización sindical, en cuanto le permite a ésta cumplir la misión que le es propia de representar y defender los intereses económicos comunes de sus afiliados, y hacer posible, real y efectivo el principio de igualdad (Art. 13 C. P.), si se tiene en cuenta, que dicha organización, por su peso específico, queda colocada en un plano de igualdad frente al patrono. Se busca cumplir así la finalidad de "lograr la justicia en las relaciones que surgen entre patronos y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social" (art. 1o. C. S. T.).

4) El derecho de huelga, con excepción de los servicios públicos esenciales definidos por el legislador.

5) El fortalecimiento de estos derechos con los artículos 53 inciso 3 y 93, porque incorporan a la legislación interna los convenios de la OIT ratificados por Colombia, como son los convenios 087 y 098.¹³⁵

La convención colectiva de trabajo es el acto que regula los contratos de trabajo suscritos entre empleadores y trabajadores, cuya finalidad es regir las condiciones de los mismos durante su vigencia. Tiene dos tipos de cláusulas: de tipo normativo, que constituyen derecho objetivo y se incorporan a los contratos de trabajo y de tipo obligatorio, formado por aquellas que señalan los deberes recíprocos entre las partes para asegurar la efectividad de las normas convencionales y las regulaciones económicas para la empresa. Como acto jurídico, las cláusulas convencionales deben cumplirse por quienes las suscriban.

¹³⁵ *Ibíd.*, p. 7-9.

En cuanto a su naturaleza jurídica, la convención es fuente formal del derecho al trabajo que, sin embargo, no puede considerarse como fruto de la función legislativa del Estado; por ello, el inciso final del artículo 53 superior establece que “la ley, los contratos los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores” y distingue “entre ley propiamente dicha y acuerdos y convenios de trabajo”.¹³⁶

De conformidad con el artículo 53 de la Carta, una nueva convención no puede menoscabar los derechos de los trabajadores establecidos en convenciones anteriores ni puede modificar, sustituir o eliminar derechos, siempre que para los trabajadores implique el reconocimiento de derechos iguales o superiores a los consagrados en la convención anterior “o que sea imperiosa su revisión, debido a circunstancias excepcionales e imprevisibles” que hagan necesario el ajuste de la convención a la realidad social, económica y jurídica.¹³⁷

Las convenciones colectivas de trabajo no tienen una vigencia indefinida, porque se requiere su adaptación a las necesidades y los intereses de los trabajadores y patronos; por tanto, su validez temporal no se opone a los derechos adquiridos mediante ellas, porque estas pueden ser prorrogadas por voluntad de las partes o de manera automática ante el silencio de estas o una de ellas de su deseo por escrito de darla por terminada mediante la figura de la denuncia, “en cuyo caso los derechos adquiridos por los trabajadores quedan incólumes”.¹³⁸

Si la convención es denunciada, la antigua queda vigente hasta la firma de una nueva; a ella se incorporarán las cláusulas convencionales que consagren los derechos adquiridos por los trabajadores. De esta forma, se cumple con el mandato del inciso final del artículo 53.

¹³⁶ *Ibíd.*, p. 9-12.

¹³⁷ *Ibíd.*, p. 14.

¹³⁸ *Ibíd.*, p. 17.

El Código Sustantivo del Trabajo consagra en sus artículos 478, 479 y 480 la prórroga automática, la denuncia y la revisión de la convención colectiva en los siguientes términos:

Artículo 478. Prórroga automática. A menos que se hayan pactado normas diferentes en la convención colectiva, si dentro de los sesenta (60) días inmediatamente anteriores a la expiración de su término, las partes o una de ellas no hubieren hecho manifestación escrita de su expresa voluntad de darla por terminada, la convención se entiende prorrogada por períodos sucesivos de seis (6) en seis (6) meses, que se contarán desde la fecha señalada para su terminación.

Artículo 479. Denuncia. 1. Para que sea válida la manifestación escrita de dar por terminada una convención colectiva de trabajo, si hace por una de las partes, o por ambas separadamente, debe presentarse por triplicado ante el Inspector de Trabajo del lugar, y en su defecto ante el Alcalde, funcionarios que le pondrán la nota respectiva de presentación, señalando el lugar, la fecha y la hora de la misma. El original de la denuncia será entregado al destinatario por dicho funcionario, y las copias serán destinadas para el Departamento Nacional del Trabajo y para el denunciante de la convención.

2. Formulada así la denuncia de la convención colectiva, ésta continuará vigente hasta tanto se firme una nueva convención.

Artículo 480. Revisión. Las convenciones colectivas son revisables cuando quiera que sobrevengan imprevisibles y graves alteraciones de la normalidad económica. Cuando no haya acuerdo entre las partes acerca de la revisión fundada en tales alteraciones, corresponde a la justicia del trabajo decidir sobre ellas; y entre tanto estas convenciones siguen en todo su vigor.

En la revisión se introduce la teoría de la imprevisión laboral, donde cualquiera de las partes puede pedir la revisión de la convención por sobrevenir “imprevisibles y graves alteraciones de la normalidad económica” que tornan onerosa o imposible la operación de la empresa y se entiende que la revisión solo puede versar sobre las cláusulas de contenido económico que dieron lugar a esta situación.¹³⁹

La denuncia no tiene esta connotación, sino que es una facultad que la ley otorga a las partes para manifestar su inconformidad con la convención colectiva vigente que no afecta su continuidad mientras se celebra una nueva.

Cualquiera de las partes obligadas por la convención colectiva puede denunciarla dentro de los términos y en cumplimiento los requisitos señalados en el artículo 479 del Código Sustantivo del Trabajo; sin embargo, dicha norma no establece los efectos jurídicos de la denuncia que pueden darse sobre el plazo, las facultades de negociación de las partes en la etapa de arreglo directo o las competencias de los árbitros que, por medio de los laudos, ponen fin al conflicto colectivo de trabajo. La norma solo dispone que, una vez denunciada en la forma indicada, la convención continuará vigente hasta se firme una nueva.¹⁴⁰

De conformidad con lo anterior, los efectos de la denuncia de la convención colectiva son limitados:

Primero, no le resta eficacia jurídica a lo pactado, ya que la convención continúa vigente; segundo, la vigencia de la convención denunciada no tiene término legal fijo; tercero, la continuidad de la convención está supeditada a que se firme una nueva convención, lo cual supone un nuevo acuerdo entre las partes en lugar de la imposición unilateral de condiciones laborales

¹³⁹ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto Ley 2663, Op. cit., art. 480.

¹⁴⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-009, Op. cit., p. 15-17.

diferentes.¹⁴¹

La convención cumple unas funciones básicas en la práctica de los diferentes países: como pacto de paz mediante el que se logra la cesación temporal de los conflictos de trabajo; como instrumento que regula la oferta de trabajo y la protección de los derechos de los trabajadores y también como instrumento de cooperación entre las partes; como forma de definir las condiciones generales del trabajo y como método para regular los salarios y las condiciones de empleo.¹⁴²

2.3.1.2 Programa de renovación de la administración pública

Colombia como estado social de derecho, tiene dentro de sus fines esenciales asegurar la efectividad de los derechos constitucionales, entre los que se encuentra el trabajo como derecho y obligación social, que tiene una protección especial por mandato del artículo 53 superior; por tanto, en los procesos de reestructuración de la administración por razones de eficiencia y con la necesidad de racionalización del gasto público, en aras del interés general y en desarrollo de los principios de eficiencia y eficacia de la función pública, el gobierno puede afectar los derechos de los trabajadores y suprimir cargos de carrera administrativa.

En este caso, los servidores públicos afectados deben ceder por la prevalencia del interés general, pero deben ser indemnizados por ser titulares de derechos adquiridos de contenido económico.¹⁴³

¹⁴¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1050 de 4 de octubre de 2001. Expediente D-3394. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁴² *Ibíd.*, p. 22-23.

¹⁴³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-527 de 18 de noviembre de 1994. Expediente D-613. M. P. Alejandro Martínez Caballero. p. 25-27.

Es competencia del Congreso la determinación de la estructura de la administración pública nacional y la regulación del régimen jurídico de sus servidores, facultad que comparte con el ejecutivo que tiene iniciativa exclusiva en estas materias como suprema autoridad administrativa, y dentro del marco de modernización del Estado puede crear, suprimir, fusionar o liquidar entidades u organismos estatales así como los empleos en aras de garantizar la eficiencia de las funciones que dichas entidades u organismos desarrollan en cumplimiento de fines esenciales del Estado. La labor del legislador consiste en fijar los parámetros razonables dentro de los cuales el ejecutivo debe desarrollar estas tareas, con respeto de los principios y valores que consagra la Constitución y asegurar el ejercicio de los derechos fundamentales, las garantías y los derechos adquiridos por los trabajadores.¹⁴⁴

El acto jurídico que ordena la disolución y liquidación de entidades, no puede menoscabar los derechos de los trabajadores conforme al inciso final del artículo 53 de la Carta; la misma refuerza la protección de estos derechos cuando prohíbe su restricción en los estados de excepción. Por tanto, las convenciones colectivas de trabajo vigentes en una entidad que está en liquidación rigen hasta que el proceso liquidatorio culmine. Una vez liquidada la entidad o el organismo, la convención pierde vigencia.

Por ello la facultad del ejecutivo en los procesos de reestructuración de la administración pública es reglada y no absoluta, por lo que deben armonizarse las normas que regulan los procesos liquidatorios con las reguladoras de los derechos de los trabajadores, de manera que se consiga la finalidad perseguida con la liquidación y los derechos de los trabajadores tengan pleno efecto.¹⁴⁵

¹⁴⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-209 de 24 de abril de 1997. Expediente D-1440. M. P. Hernando Herrera Vergara. p. 14-15 y 17.

¹⁴⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-902 de 7 de octubre de 2003. Expediente D-4602. M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

Las convenciones colectivas tienen poder vinculante por lo que no pueden ser desconocidos los derechos adquiridos mediante estas, porque se vulnerarían los artículos 55 de la Carta sobre el derecho a la negociación colectiva y el 39 que protege el derecho a la asociación sindical, por tratarse de dos derechos que están ligados entre sí y se desconocerían los convenios 87 y 98 de la OIT sobre defensa de la libertad sindical y la protección del derecho a la sindicalización y la aplicación de los principios de sindicalización y negociación.¹⁴⁶

2.3.1.3 Derechos adquiridos y efectos de la ley en el tiempo¹⁴⁷

Los derechos adquiridos están protegidos en el artículo 58 superior y están relacionados con los efectos de la ley en el tiempo; ésta no tiene efectos retroactivos para desconocer situaciones jurídicas consolidadas, con la excepción respecto a la favorabilidad de las normas penales.

La doctrina y la jurisprudencia coinciden en señalar que los derechos adquiridos son intangibles y las meras expectativas son probabilidades o esperanzas; por tanto, el legislador no puede lesionar los primeros con una nueva ley, pero sí puede modificar las meras expectativas.

El derecho adquirido es el que se ha incorporado al patrimonio de una persona cuando se han cumplido los presupuestos normativos para gozar de él y ningún acto puede desconocerlo, lo que no ocurre con las meras expectativas que el legislador puede extinguir o modificar. Estos derechos se protegen para mantener la seguridad

¹⁴⁶ *Ibíd.*, p. 63-64.

¹⁴⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-168 de 20 de abril de 1995. Expediente D-686. M. P. Carlos Gaviria Díaz; Sentencia C-147 de 19 de marzo de 1997. Expediente D-1351. M. P. Antonio Barrera Carbonell; Sentencia C-619 de 14 de junio de 2001. Expediente D-3291. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; Sentencia C-181 de 12 de marzo de 2002. Expediente D-3676. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; Sentencia C-434 de 27 de mayo de 2003. Expediente D-4417. M. P. Jaime Córdoba Triviño; Sentencia C-177 de 1 de marzo de 2005. Expediente D-5025. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

jurídica y el orden social; sin embargo, no tienen un valor absoluto y pueden ser afectados por una nueva norma cuando, por motivos de utilidad pública o interés social, este último entra en conflicto con los derechos de los particulares.

El principio de favorabilidad en materia laboral aplica solo cuando hay duda entre dos normas jurídicas vigentes aplicables al mismo caso, pero cuando el legislador ha fijado la fecha en la que una norma va a empezar a producir efectos, quiere decir que los hechos pasados consolidados bajo la norma anterior se rigen por esta y los nuevos por la ley nueva; por tanto, no se presenta duda y no puede invocarse este principio ni para promover la aplicación retroactiva de la ley laboral.

La condición más beneficiosa está garantizada con el principio de favorabilidad y corresponde al intérprete determinar cuál es la más favorable para el trabajador cuando una situación jurídica está regulada por varias fuentes formales de derecho o una sola norma y varias interpretaciones, pero al escoger la norma, el juez debe aplicarla en su integridad.

La ley tiene efectos generales inmediatos desde el momento de su entrada en vigencia, mas por su carácter no retroactivo no puede afectar las situaciones jurídicas consolidadas conforme a leyes anteriores. No obstante, la nueva ley puede hacer referencia o irradiar sus efectos a derechos y situaciones jurídicas no consolidadas nacidas bajo el imperio de la ley anterior, por cuanto se trata de meras expectativas. Es lo que se conoce como efecto retrospectivo de la ley. Asimismo, los efectos futuros de la ley derogada (ultractividad) no pueden desconocer los derechos adquiridos ni el principio de favorabilidad penal.

2.3.1.4 Alcances de la negociación colectiva de los empleados públicos

Todos los trabajadores del sector privado y del público pueden conformar sindicatos, con la excepción de los miembros de la fuerza pública.

La negociación colectiva es el mecanismo idóneo para fijar las condiciones de empleo dentro de unos límites, pero las pretensiones no pueden ser ilimitadas, porque podrían sacrificar a la misma empresa; asimismo, existe un límite para que las empresas estatales concedan salarios. Ningún empleado público tiene derecho a presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas de trabajo, debido a la vinculación legal y reglamentaria que tienen con el Estado.

En sentencia C-1234 de 2005, la Corte aclaró su posición y tuvo en cuenta que, al pronunciarse en 1994 en sentencia C-110-94, los convenios de la OIT 151 y 154 no habían sido ratificados por Colombia y dispuso que la negociación colectiva para los empleados públicos no está prohibida. Lo explicó de la siguiente manera:

Tratándose de negociaciones colectivas con los sindicatos de empleados públicos, debe tenerse en cuenta que si bien la negociación no es plena, porque se entiende que la decisión final le corresponde adoptarla a las autoridades señaladas por la Constitución (es decir, en el ámbito nacional al Congreso y al Presidente de la República, y en el ámbito territorial, a las Asambleas, Concejos, Gobernadores y Alcaldes), esto no implica que los sindicatos de estos servidores públicos no puedan desarrollar instancias legítimas para alcanzar una solución negociada y concertada en el caso de conflicto entre los empleados públicos y las autoridades. En tales instancias, el Estado-empleador tiene la obligación no sólo de recibir las peticiones, consultas o los reclamos hechos a través de la organización sindical de los empleados públicos, sino de oír y adoptar todos los procedimientos encaminados para que las autoridades que son en últimas las que toman las decisiones, evalúen los derechos que reclaman los servidores del Estado y se pueda adoptar una solución en lo posible concertada y que

favorezca los intereses de las partes y del país.¹⁴⁸

El constituyente de 1991 reconoció a los empleados públicos el fuero sindical. Estos servidores tienen derecho a conformar sindicatos y a que sus representantes gocen de todas las garantías que para su gestión reconoce la Carta, con excepción de los empleados públicos de dirección administrativa y de quienes ejerzan jurisdicción o autoridad civil o política que no deban tener injerencia en las decisiones y la representación sindical.¹⁴⁹

En sentencia de tutela 568 de 1999 se analizó la declaratoria de ilegalidad de un cese de actividades del sindicato de Empresas Varias de Medellín, cuyos trabajadores denunciaron la convención colectiva vigente e iniciaron la etapa de arreglo directo y luego decretaron el cese de actividad que más adelante fue declarado ilegal por el Ministerio de Trabajo con fundamento en los artículos 430 del Código Sustantivo del Trabajo y el 65 de la Ley 50 de 1990 que prohíben la huelga, y califica de ilegal el cese de actividades en los servicios públicos.

La Corte parte de que los derechos laborales son derechos humanos fundamentales; sin embargo, los distintos tratados que tocan los derechos humanos no precisan la forma en que deben ser incorporados en la legislación interna según los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena obliga a los Estados a cumplir sus obligaciones de buena fe (*pacta sunt servanda*) y prohíbe que se aleguen disposiciones de derecho interno para su desconocimiento, por lo que los Estados deben buscar que su legislación contemple mecanismos de protección de los derechos y que no se legisle en contra de los tratados ratificados y cita lo dicho por la Corte Interamericana de

¹⁴⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-112 de 25 de marzo de 1993. Expediente D-088. M. P. Hernando Herrera Vergara; Sentencia C-593 de 14 de diciembre de 1993. Expediente D-342. M. P. Carlos Gaviria Díaz; Sentencia C-110 de 10 de marzo de 1994. Expediente D-407. M. P. José Gregorio Hernández Galindo; Sentencia C-1234 de 29 de noviembre de 2005. Expediente D-5828. M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁴⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-593, Op. cit.

Derechos Humanos: “Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional [...]. Puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado [por el tratado]. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención”.¹⁵⁰

Continúa la Corte:

Como refuerzo de esta obligación, está el hecho de que, obviamente, la regla jurídica ley posterior deroga ley anterior no opera en este caso, pues no tiene efectos en el poder vinculante de un tratado, el que un Estado legisle internamente a su antojo, en contra de las obligaciones internacionales que adquirió —menos aún si las nuevas leyes son un retroceso en materia de derechos humanos—; la única forma aceptable en que un Estado puede deshacerse de sus compromisos internacionales, es utilizando los mecanismos dispuestos por el derecho internacional: la terminación o la denuncia del tratado.¹⁵¹

Al ratificar los Convenios con la OIT, Colombia adquirió el compromiso de no menoscabar los derechos en ellos reconocidos e implementar los instrumentos para su desarrollo no solo porque forman parte de la legislación interna (art.53), sino también porque los tratados sobre derechos humanos tienen prevalencia en el orden interno (art.93), no pueden restringirse en los estados de excepción y conforman el bloque de constitucionalidad.

¹⁵⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. [En línea]. [Citado el 15 de junio de 2013]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_13_esp.pdf; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión consultiva OC-14/94. [En línea]. [Citado el 15 de junio de 2013]. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/173/51.pdf>.

¹⁵¹ Según la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, la terminación de estos puede suceder si está comprendida en las cláusulas del tratado (artículo 54a), por consentimiento de las partes (artículo 54b) o mediante el procedimiento de denuncia (artículos 56 y 65).

Como vemos, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Carta. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu.

Si bien las recomendaciones de los órganos de control de la OIT no tienen la fuerza de los tratados, no pueden ignorarse cuando violan los compromisos internacionales adquiridos; además, generan tipos de obligaciones para los Estados: las autoridades administrativas deben acogerlas y aplicarlas, son la base de los proyectos de ley en dichas materias y orientan y fijan el alcance que el juez de tutela tiene al impartir sus decisiones.

Cuando el legislador colombiano prohíbe el cese de actividades en los servicios públicos en forma genérica, da pie para que el empleador pueda despedir a los trabajadores en cese de actividades con el aval de una autoridad administrativa; así, se vulneran sus derechos, por cuanto la Constitución señaló en forma expresa que la huelga está prohibida en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador y para la fuerza pública y se vulnera también el debido proceso de los huelguistas cuando una autoridad administrativa la declara ilegal, ya que les priva de un tercero imparcial:

Si el Estado es el empleador, resulta contrario al principio de la buena fe en el cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos por Colombia al ratificar los Convenios 87 y 98 de la OIT, que sea un órgano gubernamental el que haga la calificación de la ilegalidad de la huelga, pues de esa manera

priva a los trabajadores de una garantía: la de tener a un tercero imparcial que decida, cuando el conflicto entre ellos su empleador sobre la conformidad de la huelga con su regulación legal, no puede ser dirimido por las partes.

Concluye la Corte que en la interpretación de los derechos laborales deben integrarse las normas constitucionales y los tratados acionales ratificados por nuestro país.¹⁵²

Al hacer la revisión constitucional del Convenio 151 sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública, la Corte no encuentra que los artículos 7 y 8 que autorizan tener en cuenta las especificidades de cada nación respecto a los empleados públicos, vayan en contra del ordenamiento superior, porque no se está consagrando un derecho pleno a la negociación colectiva para estos servidores, ya que los estados pueden establecer medidas adecuadas que estimulen negociaciones entre las entidades públicas y las organizaciones de sus servidores, así como cualquier método que permita a sus representantes participar de dichas condiciones. Por ello, los empleados públicos pueden presentar consultas y peticiones.¹⁵³

Respecto del Convenio 154 de la OIT, la Corte reitera su jurisprudencia, en el sentido de que no se trata de un derecho pleno y que el legislador puede fijar modalidades particulares de negociación para la administración pública, pues la negociación colectiva no se circunscribe a convenciones o pactos colectivos.¹⁵⁴

¹⁵² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-568 de 10 de agosto de 1999. Expediente 206. 360. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁵³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-377 de 27 de julio de 1998. Expediente LAT-112. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁵⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-161 de 23 de febrero de 2000. Expediente LAT-159. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

El artículo 39 superior consagra el principio de autonomía sindical, por el que los sindicatos o las organizaciones pueden constituirse y actuar sus estatutos libremente sin injerencia del Estado y sin más limitaciones que las impuestas por la ley y los principios democráticos. Los derechos de asociación y libertad sindical no son derechos fundamentales absolutos sino relativos, por cuanto el legislador puede imponerle restricciones siempre y cuando no vulnere su esencia, que es la facultad de los trabajadores de presionar a los empleadores por medio del cese colectivo de actividades para obtener la reivindicación de sus intereses.¹⁵⁵

En sentencia C-280 de 2007 analiza y explica los objetos, la naturaleza y el alcance de los derechos de asociación sindical y negociación colectiva. Parte de que son derechos con rango constitucional, pero objetos diferentes. El primero busca proteger la libertad de conformar organizaciones o sindicatos de trabajadores y empleadores y el segundo es un mecanismo regulador de las relaciones laborales, que no se limita a los pliegos de peticiones y las convenciones colectivas, sino que abarca otro tipo de negociaciones. Asimismo, su naturaleza es diferente: el derecho de asociación es fundamental, mientras la negociación colectiva no tiene esta connotación, aunque puede adquirirla si con su desconocimiento se vulneran los derechos al trabajo y de asociación. Ninguno de los dos tiene carácter absoluto: el de asociación debe limitarse a los parámetros fijados en la ley y a los principios y la negociación colectiva tiene unas excepciones que deben ser proporcionadas, razonables y fijadas por una ley estatutaria.

Estos derechos están limitados, por ejemplo, por la prevalencia del interés general y del bien común y pueden restringirse por el cumplimiento de los objetivos trazados por la política económica y social del Estado, la estabilidad macroeconómica y la función social de la empresas, entre otros, acotaciones que no vulneran el principio de asociación sindical reconocido en convenios internacionales.

¹⁵⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-201 de 19 de marzo de 2002. Expediente D-3692. M. P. Jaime Araújo Rentería.

La Corte retoma la jurisprudencia previa (C-401-05) de que no todos los convenios de la OIT conforman el bloque de constitucionalidad, pues unos tienen este alcance en sentido estricto y otros en sentido lato, a pesar de haber sido ratificados por Colombia y ser parte de nuestra legislación interna. Lo son en sentido estricto aquellos derechos humanos que no pueden restringirse bajo los estados de excepción, como el derecho de asociación y en sentido lato, los que sirven “como referente para interpretar los derechos de los trabajadores y darle plena efectividad al principio fundamental de la protección del trabajador”, como el derecho de negociación colectiva, cuya suspensión no está prohibida bajo los estados de excepción. Por eso, el Convenio 154 de la OIT sobre fomento de la negociación colectiva no forma parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto.¹⁵⁶

2.3.2 Sala Laboral, Corte Suprema de Justicia

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sigue los mismos lineamientos de la Corte Constitucional acerca de la restricción legal que tienen los empleados públicos para presentar pliegos de condiciones o celebrar convenciones colectivas de trabajo, lo que encuentra su razón en que los empleados públicos ejercen función pública y están vinculados a la administración por una relación legal y reglamentaria, con excepción del artículo 55 superior, puesto que, si tuvieran este derecho, la función pública podría verse paralizada y atentar contra el interés colectivo que tiene primacía según el artículo 1 de la Carta.

El artículo 457 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que la convención colectiva tiene como efectos fijar las condiciones laborales que regirán los contratos de trabajo y solo los trabajadores oficiales acceden a la administración pública por medio de contratos de trabajo, mientras los empleados públicos por una relación legal

¹⁵⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-280 de 18 de abril de 2007. Expediente D-6478. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; Sentencia C-466 de 14 de mayo de 2008. Expediente: D-7041. M. P. Jaime Araujo Rentería.

y reglamentaria. Por tanto, estas limitaciones no son violatorias de los convenios 151 y 154 de la OIT porque en estos documentos la negociación colectiva es una de las opciones, más no la única y por ello invitan a que cada nación formule mecanismos internos de concertación.¹⁵⁷

2.3.3 Sentencias sobre el Decreto Ley 1750 de 2003

El Decreto Ley 1750 de 2003 fue objeto de varias demandas de inconstitucionalidad que fueron resueltas por la Corte Constitucional mediante sentencias: C-306-04, C-314-04, C-349-04, C-574-04 y C-784-04 en las que hizo importantes pronunciamientos en materia de derechos adquiridos en convenciones colectivas de trabajo de los servidores públicos del Instituto que, al pasar a las plantas de personal de las ESE, cambió la naturaleza jurídica su vinculación al pasar de trabajadores oficiales a empleados públicos.

Estos pronunciamientos sirvieron de fundamento para tu los derechos de estos servidores que acudieron a esta vía para la protección de sus derechos hasta el año 2012 cuando la Corte precisó la vigencia de la convención colectiva suscrita entre el ISS y el sindicato, a los trabajadores de las empresas sociales del Estado creadas por el Decreto Ley 1750 de 2003.

A continuación se analizan las demandas de constitucionalidad presentadas en contra del decreto, cuyos cargos pueden sintetizarse como sigue:

1. Invasión de la órbita de competencia del legislativo por el ejecutivo con ocasión de la expedición del Decreto 1750 de 2003, artículos 16 al 20, núm. 1 y 2, par. 1 y 2, 22 y 26.

¹⁵⁷ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral. Rad 16788 del 5 de junio de 2001. M. P. Germán G. Valdés Sánchez; Sala Laboral. Expediente: 36416 del 3 de marzo de 2010. M. P. Luis Javier Osorio López.

2. Violación de los artículos 16 a 19 del principio de igualdad, contenido en el artículo 13 de la Carta, porque las ESE buscan una rentabilidad y sus servidores se consideran empleados públicos y no trabajadores oficiales, como sí pasa en las empresas industriales y comerciales del Estado; por ello, les niega el derecho a la negociación colectiva.

3. Los servidores del ISS que laboraban en las unidades escindidas pasaron de ser beneficiarios de una convención colectiva a un régimen de provisionalidad. Sus ingresos se vieron disminuidos por el cambio de régimen, al no seguir gozando de los beneficios de la convención colectiva de trabajo.

4. Los convenios de la OIT 87 y 98 son claros en establecer que los trabajadores deben gozar de una adecuada protección contra los actos de discriminación que pretendan menoscabar la libertad sindical.

5. La palabra “escisión” no significa liquidación. La prohibición contenida en el artículo 20 de la Ley 790 de 2002 hace referencia al ISS y a sus partes; lo que se hizo fue escindir y no liquidar, porque el legislador quiso proteger sus atribuciones y, al no hacer una interpretación restrictiva a dicha protección y por tratarse de entidades que manejan recursos parafiscales y objeto de reserva legal, la autorización por el legislativo debía ser expresa y precisa, no deducida.

6. Al ser adquiridas con contribuciones parafiscales, las clínicas y los CAA del ISS debieron permanecer en el sector para el cual fueron creadas, pero al transferir su propiedad a las ESE, los beneficiarios del ISS dejaron de ser sus exclusivos beneficiarios. Asimismo, con la escisión se redujo la oferta en salud por la crisis que atraviesa el sector, de lo que se concluye que los centros de atención ambulatoria y las clínicas escindidas solo son viables por la unidad de empresa con el ISS.

contemporáneo y razones de conveniencia, organización celeridad en el desarrollo de las políticas públicas y en desarrollo del principio de colaboración armónica, esta es reconocida al ejecutivo, dentro de las cuales se destacan las facultades extraordinarias, por las que el legislativo lo habilita para expedir decretos con fuerza de ley sobre asuntos y materias determinadas.

Al darse un desplazamiento de una competencia constitucional de una rama del poder público a otra, su ejercicio es excepcional y de interpretación restrictiva, sobre la cual deben cumplirse ciertos presupuestos de orden temporal y material para evitar su abuso y el desplazamiento de la deliberación política que se presenta en el Congreso.

Por lo anterior, el artículo 150 de la Carta establece las condiciones para el reconocimiento de facultades extraordinarias como son:

1. Deben ser solicitadas expresamente por el Gobierno.
2. Deben ser aprobadas por la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara legislativa.
3. No pueden conferirse para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas y marco ni para decretar impuestos que, por su importancia y complejidad, deben ser debatidas y adoptadas por el órgano de representación popular.
4. El legislador conserva la competencia en todo tiempo y por iniciativa propia para reformar y modificar los decretos leyes cuerpos de representación popular.
5. Solo puede otorgarse “cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen”.
6. Deben concederse con carácter temporal no mayor a seis meses.
7. Las facultades deben ser precisas, es decir, en forma específica, clara, cierta y delimitable.

Es competencia del Congreso crear, suprimir y fusionar entidades públicas del orden nacional y señalar sus objetivos y estructura orgánica, aunque puede delegarla en el ejecutivo por medio de facultades extraordinarias. En este orden de ideas, el Congreso, mediante la Ley 790 de 2002, lo facultó por el término de seis meses para adelantar el programa de renovación de la administración pública y señaló que dichas facultades: “Serán ejercidas con el propósito de racionalizar la organización y funcionamiento de la administración pública o con el objeto de garantizar la sostenibilidad financiera de la Nación”.

Conforme a ese propósito, mediante el Decreto Ley 1750 de 2003 se ordenó la escisión del Instituto de Seguros Sociales: la vicepresidencia prestadora de servicios de salud, clínicas y centros de atención ambulatoria y se dispuso la creación de siete empresas sociales del Estado del orden nacional, como una categoría de entidades de carácter especial, descentralizadas encargadas de la prestación de servicios de salud.

Los artículos 16 a 19 del decreto regulan todo lo concerniente al régimen de personal e indican que sus servidores son empleados públicos, con excepción de los que, sin ser directivos, desempeñen funciones de servicios generales y de mantenimiento de la infraestructura hospitalaria, que trabajadores oficiales y dispuso la incorporación sin solución de continuidad de los servidores públicos que prestaban sus servicios en las unidades escindidas del ISS a las plantas de personal de las nuevas entidades y definió que su régimen salarial y prestacional sería el propio de los empleados públicos de la rama ejecutiva del orden nacional, con respeto de los derechos adquiridos en materia prestacional, entendidos como “las situaciones jurídicas consolidadas, es decir, aquellas prestaciones sociales causadas, así como las que hayan ingresado al patrimonio del servidor, las cuales no podrán ser afectadas”.

También dispuso el acceso a la carrera de los nuevos empleados públicos de las ESE mientras permanecieran en provisionalidad, que no ser retirados del

servicio sino por las causales previstas por la Ley 443 de 1998 y las normas que la modifiquen o adicionen o por supresión del cargo.

Los artículos 20, 22 y 26 dispusieron la conformación del patrimonio de las nuevas entidades con los bienes muebles e inmuebles de las unidades escindidas del ISS e hizo una distribución de estos activos entre todas las ESE creadas para continuar con la prestación del servicio de salud a ellas encomendadas.

El Estado cumple sus fines mediante órganos a los cuales se les dota de personalidad jurídica, porque el Estado en sí es un ente ficticio. El reconocimiento de esta personalidad jurídica los hace sujetos de derechos y obligaciones, sometidos a la Constitución y la ley. La creación de una entidad lleva implícita la fijación de sus objetivos y competencias, su estructura orgánica, naturaleza jurídica, conformación de su patrimonio, el régimen de sus actos y contratos, así como el régimen jurídico de sus servidores. Así las cosas, no hay desbordamiento de las facultades extraordinarias otorgadas al gobierno porque mediante decreto ley regula la escisión del ISS, crea nuevas entidades y define su estructura orgánica —que comprende no solo la definición de su naturaleza jurídica sino también el régimen salarial, prestacional y de carrera administrativa de sus servidores, como el de su patrimonio—, porque dicha facultad es parte de la competencia otorgada y un requisito de seguridad jurídica fundamental para el desarrollo de las atribuciones del órgano creado.

La escisión de una entidad no equivale a liquidar, por cuanto de la entidad escindida surgen unas nuevas y esta no desaparece del jurídico; por tanto, el Gobierno no violó el artículo 20 de la Ley 790 de 2002 que prohíbe la liquidación del ISS.

Respecto a que las clínicas y CAA fueron adquiridos con recursos provenientes de contribuciones parafiscales y por ende deben permanecer al servicio del sector para el cual fueron creadas, ya que con la creación de las ESE los a portantes del ISS

dejaron de ser beneficiarios de los mismos, la Corte recordó que las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud que se erigen como contribuciones parafiscales están destinadas a financiar dicho sistema y no son propias de las entidades que los administran, no ingresan al presupuesto nacional, son dineros públicos que las EPS y el Fosyga administran, sin que sean parte o se confundan con el patrimonio de las EPS ni con el presupuesto de la nación o de las entidades territoriales, porque están destinadas a la atención del afiliado. Si se tiene en cuenta que el objeto de las ESE es la prestación de servicios de salud, las contribuciones continuarán dirigidas al mismo sector.

No hay vulneración de los artículos 48 y 49 de la Constitución por reducción de la oferta en salud, porque lo que se buscó con la expedición del decreto fue mantener la cobertura por medio de las ESE creadas en condiciones de factibilidad financiera y administrativa dentro del libre mercado previsto en la Ley 100 de 1993; por lo contrario, el ISS era financieramente inviable, según previos que quedaron consignados en el Documento Conpes3219 de 2003, que aconsejaban su escisión. No se trata, entonces, de una decisión caprichosa del gobierno. Además, en la exposición de motivos de solicitud de las facultades extraordinarias, el ejecutivo justificó la decisión de escindir entidades u organismos de la administración pública del orden nacional, creados o autorizados por la ley, dentro de los que se encuentra el ISS.

Las facultades conferidas en la Ley 790 de 2002 tienen como objetivo modernizar la estructura de la administración pública y garantizar que, dentro de un marco de sostenibilidad financiera, se cumplieran con celeridad los fines del Estado de conformidad con el artículo 209 superior. En armonía con los artículos 48 y 49 de la Carta, la rentabilidad financiera es una proyección pa de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad y se indica que no hubo desbordamiento de facultades, sino que estas se desarrollaron.

Al regular los honorarios de la junta directiva y del revisor fiscal, el decreto acusado no incurrió en exceso de facultades, pues ya estaba previsto por el legislador en la Ley 4 de 1992 y, por tanto, lo que se hizo fue trasladar dicha facultad. La designación del revisor fiscal por parte de la junta directiva no impide que este tenga el carácter de empleado público o trabajador oficial. Al estar señaladas dentro de las funciones de la junta, la expresión “las demás que le señale la ley y el reglamento” hace referencia al reglamento interno que estas puedan asignarse para su cabal funcionamiento que, a su vez, está supeditado a la ley y sus estatutos; además, porque la norma hace referencia a las ESE, que son entidades por servicios cuyos órganos tienen competencia normativa.

Con relación al desconocimiento de los numerales 6 del artículo 4, 4 del artículo 9 y 5 del 12, por violación del principio de igualdad contenido en el artículo 13 superior—al establecer como función de las ESE y de sus órganos de dirección y administración la de contratar con las personas jurídicas conformadas por sus exservidores la prestación de servicios de salud y dejar por fuera otras personas jurídicas y naturales que tengan mejores o iguales condiciones para su prestación—, considera que no puede hacerse la interpretación que el actor endilga, porque lo que se establece es la posibilidad de contratar con estas personas jurídicas, pero no que solo se pueda contratar con ellas; asimismo, porque dichos artículos le confieren a la junta directiva la facultad de fijar los parámetros y al gerente, proponer su contratación.

De igual forma, cuando se autoriza la contratación del servicio para la realización de los inventarios de bienes, no prohíbe que esta labor se haga con personal de planta, sino que hace referencia a la posibilidad de que este servicio se contrate y la expresión “o en su defecto” le imprime esa subsidiaridad.

La Constitución y la ley le reconocen autonomía administrativa a las entidades descentralizadas por servicios, autonomía que no es plena, puesto que están sujetas a un control político y al órgano superior al que estén adscritas. Dentro del alcance de esa autonomía administrativa que se les reconoce está la de auto organizarse y auto normarse para la consecución de los fines para los cuales fueron creadas.

En el acto de creación de una entidad, tal como lo señala la Ley 489 de 1998, se deben fijar los objetivos y la estructura orgánica, en consonancia con los fines del Estado y de servir a su cabal realización, así como de definir su naturaleza jurídica, ministerio o departamento administrativo al que se adscribe o vincula, competencias, conformación de su patrimonio, régimen de sus actos y contratos, régimen jurídico de sus servidores, así como de establecer su estructura orgánica "con mayor o menor detalle".

El Decreto Ley 1750 de 2003 define la estructura básica de las empresas sociales del Estado allí creadas, con órganos de dirección y administración a la junta directiva y al gerente general y, entre las funciones de la Junta, el numeral 6 del artículo 9 le confiere la de "determinar la estructura, la planta de personal, sus modificaciones y proponerlas al Gobierno Nacional para su aprobación", pero la facultad de establecer subgerencias debe hacerlas de acuerdo con las necesidades del servicio y la rentabilidad social y financiera de la ESE, es decir, la misma ley impone unos límites. La definición de la estructura básica de estas entidades las fijó el legislador, pero en virtud de la autonomía que tienen como entidades descentralizadas, pueden adecuar su organización administrativa para el mejor cumplimiento de sus fines.

Respecto al régimen jurídico de los servidores públicos de las ESE, señaló que el principio de igualdad impone la obligación al Estado de dar el mismo trato a todas las personas sin diferenciación, mientras no haya razones legítimas para esta, es decir,

el trato desigual debe ser justificado plenamente, estar ausente de cualquier arbitrariedad y ser proporcional al fin legítimo que se pretende alcanzar.

La igualdad en el régimen laboral de los servidores públicos de las empresas sociales del Estado y de las empresas industriales y comerciales del Estado no se presenta, porque si bien este tipo de entidades comparte características en su estructura, también las comparte con otras entidades y porque el legislador tiene una amplia potestad para determinar la naturaleza de la vinculación de los servidores del Estado que, a su vez, está circunscrito a la naturaleza jurídica de cada entidad y ninguna norma constitucional lo obliga a dar un trato homogéneo al régimen laboral de los servidores de la administración. La diferencia entre unas y otras está en el objeto y en la finalidad del servicio que prestan; la de las empresas industriales y comerciales del Estado está sujeta al régimen del derecho privado en el giro ordinario de sus negocios, mientras las empresas sociales del Estado son una nueva categoría de entidades de naturaleza, especificidades y características propias, cuyo objeto es la prestación de servicios de salud a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social. El régimen laboral de sus servidores lo señalan la Ley 10 de 1990 y el artículo 195 de la Ley 100 de 1993, que establece que son empleados públicos y trabajadores oficiales cuando las funciones sean de servicios generales o de mantenimiento de la planta física hospitalaria. El legislador sigue la norma general establecida en la Ley 10 de 1990.

Respecto al derecho de negociación colectiva de los servidores públicos incorporados a las plantas de personal de las ESE en calidad de empleados públicos, la Sentencia C-110-94 ya estudiada dijo:

Tratándose de negociaciones colectivas con los sindicatos de empleados públicos, debe tenerse en cuenta que si bien la negociación no es plena, porque

se entiende que la decisión final le corresponde adoptarla a las autoridades señaladas por la Constitución (es decir, en el ámbito nacional al Congreso y al Presidente de la República, y en el ámbito territorial, a las Asambleas, Concejos, Gobernadores y Alcaldes), esto no implica que los sindicatos de estos servidores públicos no puedan desarrollar instancias legítimas para alcanzar una solución negociada y concertada en el caso de conflicto entre los empleados públicos y las autoridades. En tales instancias, el Estado-empleador tiene la obligación no sólo de recibir las peticiones, consultas o los reclamos hechos a través de la organización sindical de los empleados públicos, sino oír y adoptar todos los procedimientos encaminados para que las autoridades que son en últimas las que toman las decisiones, evalúen los derechos que reclaman los servidores del Estado y se pueda adoptar una solución en lo posible concertada y que favorezca los intereses de las partes y del país.

Se concluye que dicho cambio no cercenó su derecho de asociación ni de participación en la definición de sus condiciones laborales. Si bien el ejercicio pleno de la facultad de negociación se redujo en aras del interés público, no desapareció, porque la legislación ofreció otras alternativas serias y, en este sentido, la modificación del régimen de estos servidores no es contrario a los Convenios 087 y 098 de la OIT y porque los mismos no tienen plena aplicación para los trabajadores al servicio del Estado.

En las sentencias C-168-95, C-262-95 y C-209-97 se precisó que, en los procesos de reestructuración de la administración, la redefinición del régimen laboral de empleados públicos no puede afectar sus derechos adquiridos y que la definición de derechos adquiridos que trata el artículo 18 del decreto debe comprender no solo los derechos adquiridos en materia prestacional sino también salarial, porque ambos son parte del espectro del régimen laboral; sin embargo, cuando el inciso final de la norma dispone que “se tendrán como derechos adquiridos en materia prestacional las

situaciones jurídicas consolidadas, es decir, aquellas prestaciones sociales causadas, así como las que hayan ingresado al patrimonio del servidor, las cuales no podrán ser afectadas, queriendo significar con ello que si la prestación no ingresado en el patrimonio, no será cobijada como derecho adquirido”, considera que la definición es restrictiva y violatoria de las normas constitucionales que protegen las garantías laborales y desconoce la protección de los derechos adquiridos conforme a las leyes civiles.

La expresión no solamente es restrictiva por lo arriba anotado, sino también porque deja por fuera de la definición de derechos adquiridos obtenidos mediante convenciones colectivas de trabajo por los trabajadores oficiales cuyo régimen fue modificado por el de empleados públicos.

Para llegar a esta conclusión, la Corte parte de la definición contenida en el artículo 467 del código sustantivo del trabajo sobre convención colectiva de trabajo y sus efectos para indicar:

Ya que la convención colectiva de trabajo es un sistema jurídico que rige contratos de trabajo determinados, es posible afirmar en lo que respecta a los trabajadores cobijados por ella, aquella es fuente de derechos adquiridos por lo menos durante el tiempo en que dicha convención conserva su vigencia. Por lo mismo, dado que la definición prevista en el artículo del Decreto 1750 de 2003 deja por fuera los derechos derivados de las conv es colectivas de trabajo por el tiempo en que fueron pactadas, aquella restrictiva del ámbito de protección de tales derechos de conformidad con el contexto constitucional [...].¹⁵⁹

¹⁵⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-314, Op. cit., p. 49.

En el acuerdo integral se decidió adoptar todas las medidas necesarias para mantener la unidad de empresas del ISS, para lo cual se previó el establecimiento conjunto de lineamientos para definir este modelo de unidad de empresa y la conformación de un sistema de planeación institucional. Entre el momento en que se suscribió el citado acuerdo y la expedición del decreto acusado, la situación del Instituto se hizo más gravosa y a pesar de la conformación de una comisión tripartita—Gobierno (Ministerio de la Protección Social), Instituto y Sindicato—, las distintas alternativas estudiadas no pudieron llevarse a cabo porque los representantes de los trabajadores no estuvieron de acuerdo con ninguna de las opciones propuestas; por tanto, no hubo vulneración del principio de la buena fe con la escisión de la entidad.

En relación a la violación de las garantías de asociación sindical y de negociación colectiva protegidas en los artículos 39, 55 y 83 de la Carta, consideró que se presentó la unidad normativa, porque no es posible pronunciarse respecto a una norma sin hacer referencia a la constitucionalidad de otras con la que está íntimamente ligada, como en el presente caso, porque las expresiones “automáticamente” y “sin solución de continuidad” contenidas en los artículos 17 y 18 del decreto y la permanencia de la que trata el artículo 19 tienen una estrecha relación que, si bien este último no fue demandado, no es posible hacer un juicio de constitucionalidad sin examinarlo, ya que contiene elementos normativos que deben estudiarse “pues tales elementos inciden en la posibilidad real de continuidad de dicha relación laboral”.¹⁶⁰

Respecto al desconocimiento del derecho a la estabilidad en el empleo, por el hecho de la incorporación automática y sin solución de continuidad a la planta de personal de las nuevas empresas sociales del Estado, inicia su análisis citando lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución, que trata de los contenidos mínimos fundamentales del estatuto del trabajo, entre los que se encuentra la estabilidad en el

¹⁶⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-349, Op. cit. p. 48

empleo, entendida no en términos de inamovilidad absoluta sino como una garantía de que existan justas causas para dar por terminada la relación laboral, sin rupturas abruptas. Esta garantía no tiene el alcance de asegurarle al trabajador la permanencia indefinida en el cargo, pero sí la obligación de indemnizarlo si esta expectativa es desconocida.

La indemnización por despido injustificado surge cuando el trabajador pierde su empleo por decisión intempestiva e injustificada del empleador que, en razón a su conducta, debe indemnizarlo. La escisión del Instituto de Seguros Sociales no comporta la pérdida del empleo de los servidores que fueron automáticamente incorporados en las plantas de personal de las nuevas creadas, pues continuaron trabajando y, producto de este trabajo, derivan su sustento y el de sus familias y continuaron ejerciendo su profesión en la misma forma que lo venían haciendo, porque el legislador extraordinario les aseguró la estabilidad en el empleo y los demás derechos laborales, al disponer su incorporación automática sin solución de continuidad a las plantas de personal de las ESE creadas.

Esta estabilidad se encuentra reforzada con lo dispuesto en el artículo 19 que establece que estos servidores tendrán derecho a acceder a la carrera administrativa por proceso de selección convocado y está conforme al artículo 125 superior, que instituye que toda vacante de un cargo de carrera debe proveerse mediante concurso.

Cuando la norma establece “mientras permanezcan en provisionalidad”, dichos servidores sólo podrán ser retirados del cargo ciertas causales legales. Al parecer de la Corte la situación de provisionalidad a que hace alusión la disposición es consecuencia del hecho de que a la carrera administrativa solo es posible acceder por concurso y también de lo dispuesto en los Artículos 17 y 18 cuando indican que los servidores públicos que se encontraban vinculados al Instituto de seguros sociales y que vienen a entrar a formar parte de la planta

de personal de las nuevas empresas sociales del Estado creadas, “automáticamente” y “sin solución de continuidad” se incorporarán a ellas; en efecto, si a fin de garantizar el derecho a la estabilidad los referidos servidores públicos quedan incorporados a la nueva planta de esa era automática, pero no pueden, por impedimento constitucional, acceder a la carrera administrativa mientras no superen un concurso de méritos, la única fórmula posible para definir su situación laboral consiste en que se vinculen en situación de provisionalidad.

En cuanto a la vulneración de los derechos de asociación colectiva por pérdida de los beneficios reconocidos en la convención colectiva vigente, el Tribunal Constitucional cita los argumentos esgrimidos en sentencia C-314-04, en la que señaló que también eran derechos adquiridos los beneficios obtenidos mediante convenciones colectivas de trabajo mientras estas estuvieran vigentes y, a partir de allí, analizó la constitucionalidad de las expresiones “incorporación automática” y “sin solución de continuidad”, que significan:

(i) que se produce sin necesidad de requisitos adicionales a la expedición del Decreto 1750 de 2003; (ii) que por lo mismo no requiere de la formalización de una nueva relación laboral; (iii) que implica la prórroga de la relación laboral preexistente, sin suspensión temporal de la misma, aunque ella venga a ser regida por un régimen laboral nuevo, como sucede cuando el trabajador oficial viene a ser empleado público.¹⁶¹

Este último efecto inmediato y sin solución de continuidad es definido directamente por el párrafo del artículo 17, que al efecto dispone que la no suspensión de la relación laboral significa que se computará, para todos los efectos legales, el tiempo servido al Instituto de seguros sociales con el tiempo que se sirva en las nuevas empresas que se crean.

¹⁶¹Ibíd., p. 67

Concluye que estas expresiones buscan garantizar la estabilidad laboral y los demás derechos de los trabajadores, incluidos los derivados de la convención colectiva mientras esté vigente, así como continuar cobijados por los regímenes de transición pensional. Durante este mismo lapso, no hay interrupción en la relación entre empleador y trabajador ni pérdida del puesto de trabajo.

En cuanto a la expresión “automática” de la que trata el artículo 17 y el párrafo del artículo 18 del Decreto 1750 de 2003, por violación del artículo 122 de la Carta, establece que “no puede haber empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o el reglamento” y que para proveer los de carácter remunerado se requiere que “estén contemplados en la respectiva planta”, pero dicha planta no existía al momento de la escisión. El Tribunal Constitucional considera que el actor no tuvo en cuenta que, una vez publicado el decreto acusado, se expidieron los decretos que establecieron las plantas de personal de las nuevas entidades, además porque en el decreto se está haciendo referencia a que las personas que prestaban sus servicios a la vicepresidencia prestadora de servicios de salud, clínicas y CAA quedaron incorporados a sus plantas y por tanto no hubo necesidad de hacer provisiones de los cargos. Debe tenerse en cuenta que con dicha incorporación automática se buscó dar continuidad a la prestación del servicio público de salud.

2.3.3.1.1 Salvamentos y aclaraciones de voto

Frente a los anteriores pronunciamientos se presentaron varios salvamentos y aclaraciones de voto, que se resumen a continuación.

El magistrado Araujo Rentarías manifestó que no existen las competencias por analogía en el estado social de derecho, donde el gobernante solo puede hacer lo que le está expresamente autorizado y es así para controlar los abusos de poder en los que

pueda incurrir; por ello, solo bajo criterios restrictivos se pueden otorgar facultades extraordinarias al Poder Ejecutivo.

De conformidad con la Constitución, el Congreso cumple varias funciones, entre las que están la creación y conformación de los órganos de la administración nacional y la regulación del régimen de vinculación de las personas naturales que prestan sus servicios en dichas entidades; si bien guardan relación, no son subsumibles unas con otras y cuando se hace referencia a la estructura orgánica se alude al órgano, no a sus servidores, porque estos no son dependencias de ese órgano. La propia Carta trata en capítulos diferentes la estructura del Estado y la función pública.

El Legislativo puede delegar en el Ejecutivo la creación, supresión, fusión de organismos y entidades de la administración pública, pero no puede delegar las relativas al régimen salarial y prestacional de los empleados y las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales. En el caso concreto, el Ejecutivo no tenía facultades para regular estos aspectos y las leyes marco definen objetivos y criterios a los que debe sujetarse éste, pero no puede reglamentar materias relativas al régimen salarial y prestacional, porque esta facultad es exclusiva del Congreso por disposición del constituyente primario. Asimismo, la escisión de una entidad no implica dividir ni transferir su patrimonio.

De modo que no es posible argüir que una facultad deriva, o que comporta, o que está implícita en la otra, pues, la Constitución claramente las diferencia. Si bien es cierto que la reforma de una entidad tiene inevitablemente efectos sobre su planta de personal y la organización del mismo, la acción legislativa para regular uno de estos aspectos, no implica la transferencia de atribuciones para regular el otro, máxime si se tiene en cuenta que no hay facultades por analogías, ni mucho menos extensivas.¹⁶²

¹⁶² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-306. Op. cit. p.81

En acatamiento del artículo 53 de la Carta, el régimen salarial y prestacional de estos servidores debe ser el que tenían con anterioridad en el Instituto. Ni el legislador y mucho menos el legislador extraordinario están facultados para cambiar el régimen salarial y prestacional, porque violaría el artículo 53 citado y finaliza: “No se puede ir en contra de la primacía de la realidad sobre las formas. No se les puede decir a los trabajadores que a pesar de que continúen desempeñando la misma actividad laboral, ahora van a devengar menos, ya que ello constituye un fraude a los derechos de los trabajadores”.¹⁶³

En su salvamento de voto, el magistrado Jaime Araújo Rentería consideró que las normas demandadas iban en contra del postulado según el cual el derecho debe ser lógico y coherente; por tanto, el legislador tiene unos límites como la coherencia, por lo que no puede expedir normas ambiguas y las normas demandadas lo son. Afirma que el demandante tiene razón cuando señala que se presenta un fraude, porque el espíritu del legislador era la conservación del ISS y no desconocimiento de los derechos de los trabajadores y agrega que en la parte resolutive de la sentencia debió consignarse que no puede llamarse a concurso al trabajador mientras no se produzca la vacante correspondiente, para proteger la estabilidad laboral y la jurisprudencia constitucional.

El doctor Alfredo Beltrán Sierra considera que las facultades extraordinarias no comportaban la autorización para modificar el tipo de vinculación de los trabajadores oficiales del ISS que fueron incorporados a las ESE, porque estas entidades ni siquiera existían e indica que deben respetarse en su integridad las condiciones laborales que tenían en los mismos términos de la convención colectiva que modificaron sus contratos de trabajo en el ISS. De otro lado, opina que la vaguedad del artículo 20 del decreto no permite precisar los activos que corresponden a las ESE creadas y se

¹⁶³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-314. Op. cit. p. 57-58

delegó al gerente del Seguro para hacer un inventario rizado de los bienes o contratar su servicio; en lugar de hacerlo el legislador extraordinario, lo delegó en otro, lo cual no está conforme a la Constitución. ¹⁶⁴

Las expresiones “sin solución de continuidad” y “automáticamente” del decreto condiciona que se entenderán respetados los derechos adquiridos, conforme se pronunció la Corte en sentencia C-314-04 y necesariamente incluye a los servidores del ISS que fueron incorporados de manera automática a las plantas de personal de las ESE:

[...] continuarán con todos los derechos incorporados a sus respectivos contratos de trabajo en virtud de convenciones colectivas celebradas válidamente antes de la expedición del decreto aludido. De no ser así, la sentencia resultaría inocua porque el respeto a los derechos adquiridos a que ella se refiere quedaría desprovisto de contenido, caso en el cual se quebrantaría la protección al trabajo que ordena el artículo 25 de la Constitución Política, así como el derecho a la contratación colectiva expresamente consagrado en el artículo 55 de la Carta. ¹⁶⁵

La magistrada Clara Inés Vargas Hernández se adhirió a los planteamientos del doctor Beltrán Sierra.

En cuanto a la integración normativa que hizo la Corte en la Sentencia C-349-04, el doctor Beltrán Sierra aclaró su voto por considerar que la Corte procedió a hacerlo de oficio, porque la expresión “en todo caso” del Decreto está ligada al párrafo transitorio del artículo 18 sobre la incorporación automática de los servidores a las nuevas plantas de personal de las ESE creadas; esta integración era indispensable, ya

¹⁶⁴COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-306-04. Op. cit. p.89

¹⁶⁵COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-349-04 Op.cit. p.73

que el párrafo tiene relación directa con los derechos adquiridos de los trabajadores del ISS y la Corte dispone que se mantendrá la expresión bajo el entendido de que hace referencia tanto al régimen prestacional como salarial.¹⁶⁶

De igual forma, el doctor Rodrigo Escobar Gil aclara parcialmente su voto¹⁶⁷, porque considera que no se ofrecen los elementos para integración normativa que aplicó la Corte oficiosamente para estudiar el artículo 19 sobre permanencia, ya que la integración normativa surge: “(i) cuando la declaración de inexequibilidad de una norma resultaría inocua si no se retiran del ordenamiento jurídico otras disposiciones que tienen el mismo alcance regulador; y (ii) cuando la disposición jurídica acusada se encuentre íntima e inescindiblemente relacionada a *textos* normativos no cuestionados” y, en su concepto, el artículo 19 sobre permanencia no guarda esta relación que observó la mayoría de la corporación.

En igual sentido, los magistrados Álvaro Tafur Galvis y Manuel José Cepeda Espinosa aclaran parcialmente sus votos por inexistencia de los presupuestos para la misma y por ser de aplicación excepcional.¹⁶⁸

Los magistrados Rodrigo Uprimi Yepes (magistrado encargado), Marco Gerardo Monroe Cabra, Manuel José Cepeda Espinosa y Álvaro Tafur Galvis salvaron sus votos porque consideraron que el legislador extraordinario no se extralimitó al conferirle a las empresas sociales del Estado creadas en el Decreto 1750 de 2003 la atribución de prestar el servicio público esencial de salud, porque *esta* categoría ya había sido otorgada por el legislador ordinario y en la Ley 100 de 1993 se había definido que esta clase de empresas prestaría dicho servicio.¹⁶⁹

¹⁶⁶Ibíd., p.74

¹⁶⁷Ibíd., p.72

¹⁶⁸Ibíd., p.77-78-81

¹⁶⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-306, Op. cit.; Sentencia C-314, Op. cit.; Sentencia C-349, Op. cit.; Sentencia C-559 de 1 de junio de 2004. Expediente D-4850. M. P. Álvaro Tafur Galvis y Alfredo Beltrán Sierra; Sentencia C-574, Op. cit.; Sentencia C-784, Op. cit.

2.3.3.2 Sentencias de tutela

En Sentencia T-1166-08, la corporación acumuló varias acciones de tutela interpuestas contra la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, creada por el Decreto Ley 1750 de 2003, por varios servidores que consideran que la liquidadora de dicha entidad desconoció sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y al trabajo, al no incluirlos dentro del retén social, der que les fue negado por la entidad por considerar que la convención colectiva era aplicable a los trabajadores oficiales del ISS, calidad que perdieron los accionantes al ser incorporados en la planta de personal de la ESE como empleados públicos.

La Corte inicia su análisis reiterando su criterio sobre el límite temporal del retén social, que fue diseñado dentro del programa de de la administración pública—ley 790 de 2002—, como medida de protección para los servidores públicos que, al estar en determinadas situaciones especiales, podían salir más afectados, como las madres cabezas de familia, las personas en situación de discapacidad física, mental, visual o auditiva y quienes a la fecha de promulgación de la ley estuvieran a menos de tres años para cumplir los requisitos de edad y tiempo de servicio para disfrutar de la pensión de vejez o de jubilación. Este término fue modificado por la Ley 812 de 2003, que prorrogó el programa de renovación de la administración pública y el retén social; por tanto, se extendió durante todo el proceso de renovación y hasta el término de expiración de la Ley 812 de 2003, es decir, hasta el 24 de julio de 2007.

Ya que la liquidación de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento no se hizo dentro del marco de renovación de la administración pública, sino que se ordenó mediante Decreto 3202 de 2007 para lo cual se invocó el artículo 52 de la Ley 489 de 1998 y no la 790 de 2002, a esta liquidación no le son aplicables las disposiciones sobre retén social; además, el mismo decreto lo prevé para las personas en situación de

discapacidad y luego, mediante Decreto 4992 de 2007, que aprobó la planta de personal de la entidad, incluyó a los prepensionados.

En relación con la variación del régimen laboral de los servidores públicos y sus efectos en los derechos laborales en la escisión del Instituto de Seguros Sociales, cita las sentencias C-314-04 y C-349-04, de las que se deduce que la continuidad de la relación laboral de estos servidores que venían del ISS y pasaron a las ESE implicaba la continuidad de los derechos derivados de la convención colectiva del trabajo vigente.

Sobre la vigencia de la convención colectiva, el artículo 2 de la misma señala que va hasta el 31 de octubre de 2004 estando superado este término a la fecha, pero en atención al artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo que dispone que los efectos de una convención se prorrogan hasta tanto sea reemplazada por una nueva o modificada por un laudo arbitral y como al proceso no arrió prueba de que existiera alguno de ellos, sus efectos se extienden a estos trabajadores en los términos de las sentencias C-314 y C-349 de 2004.¹⁷⁰

En igual sentido se pronunció en las sentencias T-1238 y T-1239 de 2008, cuyo magistrado ponente fue el doctor Marco Gerardo Monroy Cabra.¹⁷¹

2.3.3.3 Precisión de la Corte Constitucional sobre la vigencia de la convención colectiva de trabajo: sentencia SU-897-12

¹⁷⁰COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1166 de 26 de noviembre de 2008. Expedientes acumulados: T-1972922, T-1981308 y T-2014902. M.P. Jaime Araújo Rentería.

¹⁷¹CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1238 de 11 de diciembre de 2008. Expedientes acumulados: T-1'952.506, T-1'987.754, T-1'987.759, T-1'994.038. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y Sentencia T-1239 de 11 de diciembre de 2008. Expedientes acumulados: T-1'968.373 y T-1'923.927. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

La Corte estudió las acciones de tutela T-2016510, T-2022905, T-2026223, T-2069461, T-2118006, T-2151811, T-2178492, T-2198113, T-2244180, T-2814987, interpuestas por exservidores de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento en liquidación, por violación de sus derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital, a una vida digna y a la seguridad social y, en consecuencia, solicitan ser reintegrados a los cargos que ocupaban en dicha entidad. Estos servidores se ampararon en el hecho de que les faltaba menos de tres años para cumplir los requisitos para acceder a la pensión de jubilación contenida en el artículo 98 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y Sintraseguridad Social, que establece el reconocimiento de la pensión de jubilación para los trabajadores oficiales que cumplan veinte años de servicios continuos o discontinuos en el ISS y 50 años de edad si son mujeres y 55 si son hombres.

Si bien algunos jueces ampararon sus derechos, otros los negaron, tras alegar que la convención colectiva no les era aplicable por ser empleados públicos y no era posible hacer extensiva la protección especial del retén social consagrada en la ley 790 de 2002. Además, la acción de tutela no era el mecanismo procedente para resolver la aplicabilidad o no de una convención colectiva de trabajo y tenían otros medios de defensa judicial y no se había tipificado el perjuicio irremediable alegado.

La Sala Plena de la Corte decidió acumular los expedientes en razón de la materia que trata y los distintos pronunciamientos que la misma ha hecho sobre la protección especial de las personas que están próximas a jubilarse o pensionarse dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública, “en desarrollo de esta protección se han presentado diferencias en puntos importantes al momento de determinar su alcance temporal, los beneficios que de se derivan y las órdenes que en su aplicación debe proferir el juez constitucional”.

La corporación precisó el alcance de pre pensionado, establecido en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, que señala:

ARTÍCULO 12. PROTECCIÓN ESPECIAL. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley.

La norma establece que los tres años se cuentan a partir de la promulgación de la ley. Este término se cumplió el 27 de diciembre de 2005; empero, ya que a 2009 todavía había entidades en liquidación en desarrollo del PRAP, los prepensionados serían aquellos a quienes les faltara menos de tres años para cumplir con los requisitos de edad y tiempo de servicios para acceder a la pensión de jubilación o de vejez y que han surgido diversas interpretaciones tanto en las salas de revisión como plena de la Corte. Al respecto existieron dos posiciones: la primera, que el término se cuenta a partir del decreto que ordena la liquidación y cumplimiento del PRAP y la segunda, desde el momento de la supresión del cargo del servidor. Por lo anterior, consideró que era necesario unificar el criterio sobre el mismo y concluyó que el término corría a partir desde el momento de la supresión del cargo, por ser un término más garantista.

De otro lado, afirmó que los servidores públicos cobijados por la protección especial de prepensionados son aquellos que prestaban sus servicios en las entidades liquidadas dentro del PRAP, pero en aplicación del derecho de igualdad consagrado en el artículo 13 superior, las entidades que entraran en liquidación por fuera del PRAP

debían observar protecciones especiales para esta clase de servidores. Ratifica su jurisprudencia en el sentido de que la acción de tutela procede en estos casos porque, si bien el actor puede acudir a la jurisdicción contenciosa u ordinaria para reclamar su derecho, también lo es que para cuando el fallo sea proferido, la entidad puede estar ya liquidada y el derecho de la persona queda truncado.

La aplicación de los beneficios de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y sintraseguridad social solo fue hasta el término para el que fue pactada, es decir, hasta el 31 de octubre de 2004 y se basó en la de que los empleados públicos fueran beneficiarios de convenciones colectivas, de conformidad con la prohibición establecida en el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo y trajo a colación la jurisprudencia instituida en las sentencias C-110-94, C-377-98, C-1234-05 ya estudiadas y, en síntesis, por lo siguiente:

En resumen, no puede entenderse que, una vez cumplido término por el que fue pactada, una convención colectiva se prorroga indefinidamente, con base en los términos del artículo 478 del CST, incluso cuando:

- i) Se ha cambiado de empleador;
- ii) El antiguo empleador ha dejado de existir; y
- iii) Los antiguos beneficiarios ahora tienen un vínculo jurídico que no les permite disfrutar de beneficios convencionales.

La Corte solo amparó los derechos de los tutelantes beneficiarios del régimen de transición previsto en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, por tanto, la norma que se les aplica es la contenida en el Decreto 1653 de 1977, que fija la pensión de jubilación para los funcionarios de la seguridad social.¹⁷²

2.3.4 Consejo de Estado

¹⁷² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-897, Op. cit.

En relación con los pronunciamientos del máximo Tribunal de lo contencioso administrativo, se revisará el alcance que la Sección Segunda—que estudia el derecho laboral administrativo— y la Sala Plena le han dado al PRA, los efectos de la ley en el tiempo, los derechos adquiridos, en especial por convenciones colectivas de trabajo y sus pronunciamientos sobre el Decreto Ley 1750 de 2003.

2.3.4.1 Programa de renovación de la administración pública

De la Ley 790 de 2002, que contiene las disposiciones para adelantar el Programa de renovación de la administración pública, se desprende que la norma se aplica a la generalidad de empleados públicos, incluidos los que se encuentran en provisionalidad.

Su artículo 8 consagra un reconocimiento económico para aquellos servidores de libre nombramiento y remoción o en provisionalidad cuyos cargos sean suprimidos, para su rehabilitación económica, profesional y técnica. En el artículo 12 define una protección especial para las personas de mayor vulnerabilidad, como madres cabeza de familia, en situación de discapacidad y quienes están a menos de tres años para cumplir los requisitos de edad y tiempo de servicio para disfrutar la pensión de jubilación o vejez, contados a partir de la promulgación de la ley.

En igual sentido, no pueden suprimirse los cargos de los servidores públicos y optar por la indemnización cuando estos tienen una condición que los hace vulnerables, como el hecho de faltarles menos de tres años para cumplir los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez.

Los procesos de reestructuración que adelantan las entidades dentro del programa de modernización del Estado deben estar precedidos de los respectivos

estudios técnicos que le permitan a la entidad determinar con objetividad cuáles cargos deben ser suprimidos, en aras de mejorar la prestación del servicio conforme a los perfiles y las cargas laborales analizadas. La ausencia de estos o su limitación compromete la legalidad del proceso de reestructuración por tanto, los actos administrativos de supresión de cargos expedidos con ocasión de este.

Las convenciones colectivas de trabajo no pueden impedir que, dentro del marco de modernización del Estado, las autoridades desarrollen sus facultades legales y constitucionales y supriman cargos o fusionen entidades, pues prevalece el interés general que se busca satisfacer con estas medidas, como la racionalización del gasto público y la modernización de la administración.¹⁷³

2.3.4.2 Derechos adquiridos y efectos de la ley en el tiempo

La legislación considera como causal de retiro del servicio el haber adquirido el derecho a la pensión de jubilación, aunque permite a los servidores continuar en el servicio hasta la edad de retiro forzoso de 65 años y solicitar la reliquidación de la pensión. Si se trata de una situación jurídica consolidada con anterioridad a la vigencia de la ley 797 de 2003 —que reformó algunas disposiciones de la ley de seguridad social— que considera esta circunstancia como justa causa para el retiro del servicio, esta norma no podría aplicarse, porque se estaría haciendo en forma retroactiva y desmejoraría los derechos del trabajador, en clara contravención del ordenamiento superior.

Así, partiendo del principio de favorabilidad como inherente al derecho al trabajo contenido en el mencionado artículo 53 de la Constitución Política, de

¹⁷³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda. Expediente 25000-23-25-000-2004-04425-02, de 21 de octubre de 2009. C. P. Alfonso Vargas Rincón; Sección Segunda. Expediente 11001-03-25-000-2004-00191-00, de 11 de marzo de 2010. C. P. Bertha Lucía Ramírez de Páez; Sección Segunda. Expediente 41001-23-31-000-2002-0053-01 (2177-09), de 9 de junio de 2011. C. P. Gerardo Arenas Monsalve.

acuerdo con el cual en caso de duda en la aplicación de una norma se debe dar aplicación a la que resulte más favorable al trabajador, no se pueden disminuir las condiciones existentes en materia laboral o pensional, que se hayan concretado a la luz de un ordenamiento anterior. Siendo así, los servidores que cumplen las condiciones para beneficiarse eventualmente de un régimen de transición, pueden confiar legítimamente en que su situación particular será regulada por dicho régimen, aun cuando no haya cumplido con los requisitos para acceder a la pensión, así como a quienes adquieran el derecho pensional en los términos de la Ley 100 de 1993, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003.¹⁷⁴

El ejecutivo es competente para reglamentar el régimen salarial y prestacional de los empleos del orden nacional. Si bien esta iniciativa corresponde al legislador y al ejecutivo, también lo es que este último solo la tiene para reglamentar leyes marco y una norma inferior no puede “modificar o reformar las garantías de los derechos adquiridos de los trabajadores de los entes territoriales, establecidos en forma precisa en la Ley 4ª de 1992”.¹⁷⁵

Cuando cambia la naturaleza de la entidad también cambia el vínculo de sus servidores, ya que las normas “que determinan la naturaleza del vínculo de los servidores del Estado tienen efecto general inmediato y a ellas no se puede oponer ningún derecho adquirido; nadie lo tiene al estar en la categoría de empleado público o de trabajador oficial. Ser empleado público o trabajador oficial constituye una situación en curso que puede ser modificada por normas posteriores”.¹⁷⁶

¹⁷⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda. Expediente 25000-23-25-000-2004-07982-01, de 20 de enero de 2011. C. P. Alfonso Vargas Rincón.

¹⁷⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Expediente 11001-03-25-000-2006-00024-00, de 16 de agosto de 2007. C. P. Jaime Moreno García.

¹⁷⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Expediente 50001-23-31-000-1999-06958-01, de 15 de mayo de 2008. C. P. Jesús María Lemos Bustamante.

De otro lado, trae a colación el principio de confianza legítima como un principio general del derecho, que busca que la administración no sorprenda a los ciudadanos cuando, en desarrollo de sus actuaciones u omisiones, tome una decisión contraria a la que estos preveían de conformidad con los antecedentes en casos similares. Es la administración la llamada a observar sus propias decisiones al resolver situaciones futuras cuando se presenten unas mismas condiciones y en su configuración.

Los presupuestos de este principio son:

i) que se esté en presencia de una decisión administrativa o de una conducta o comportamiento concreto suyo; ii) la contradicción o diferencia de ella con decisiones anteriores, que han recibido soluciones diferentes, y que sirven de referencia para la comparación; o también la existencia de una comunicación o consentimiento de la administración para ejecutar algo y la posterior negación o contradicción de la misma; iii) la existencia de supuestos fácticos y/o jurídicos comunes y similares entre la decisión o actuación anterior y la nueva; y iv) la necesidad de que tanto las decisiones o actuaciones administrativas anteriores y la que se juzga sean de contenido individual.

La Sala considera que, además de los presupuestos anotados, también debe cumplirse el siguiente: “vi) también se requiere que la confianza creada provenga de la autoridad de quien se exige la observancia del comportamiento precedente, es decir, que la confianza la debe generar la entidad de quien se exige su respeto”.¹⁷⁷

El Consejo de Estado analiza el marco normativo y jurisprudencial del régimen pensional de los empleados públicos y la competencia para fijarlo e indica que en la Constitución de 1886 correspondía al Congreso regular aspectos relacionados con

¹⁷⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena. Expediente 11001-03-15-000-2010-01055-00, de 15 de febrero de 2011. C. P. Enrique Gil Botero.

la jubilación de los servidores del Estado y expedir las normas que regularían la materia. En desarrollo de esa competencia, se expedieron la Ley 6 de 1945, que regula el régimen pensional de los empleados públicos y trabajadores oficiales de la administración pública nacional con extensión a los empleados territoriales; los decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, que señalaron las prestaciones sociales de estos servidores; la Ley 4 de 1976, concerniente a las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes en el sector público y luego la Ley 33 de 1985, que definió no solo las prestaciones sociales de estos servidores, sino también la edad para consolidar el derecho a la pensión de jubilación en cuantía de 75% del salario promedio del último año de servicios, así como un régimen de transición de un año; la Constitución de 1991, en el numeral 19 del artículo 150, dispone que compete al Congreso determinar los criterios para que el gobierno nacional pueda fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, competencia que es indelegable.

Considera, entonces, que no es posible fijar un régimen especial para el reconocimiento de las pensiones de empleados públicos que confieran prerrogativas superiores a las legales, por ser materias de regulación exclusiva del Congreso de la República. Sin embargo, como en las entidades territoriales existían regímenes prestacionales especiales y a pesar de ser contrarios a la normatividad superior, la Ley 100 de 1993 en su artículo 146 protegió las situaciones jurídicas consolidadas conforme a normas anteriores a su expedición, norma que fue declarada exequible parcialmente por la Corte en Sentencia C-410-97, por tratarse de derechos adquiridos que están protegidos en el artículo 58 de la Carta, pero consideró que el segundo aspecto de la norma, al tratarse de meras expectativas, va en contra del ordenamiento superior, porque no se puede equiparar un derecho adquirido como mera expectativa.

Por lo anterior, estimó que el artículo 146 de la Ley 100 de 1993 no cobijó las convenciones colectivas cuando se aplicaban a empleados públicos, porque este hace

referencia exclusiva a los actos administrativos expedidos por las entidades territoriales en materia pensional.

Si bien el legislador está facultado para modificar la naturaleza de los cargos, no puede desconocer el derecho a la estabilidad adquirida por quienes han accedido al empleo como resultado de un concurso de méritos, máxime cuando la Constitución, en sus artículos 25 y 58, establece la protección del derecho al trabajo y los derechos adquiridos, respectivamente.¹⁷⁸

2.3.4.3 Convenciones colectivas

En varios pronunciamientos el Consejo de Estado ha estudiado el derecho de los empleados públicos a suscribir y beneficiarse de convenciones colectivas, en los siguientes términos:

La Constitución consagró en el artículo 55 el derecho a la negociación colectiva, pero también admitió excepciones, entre las que se encuentran los empleados públicos; para ello se apoya en las sentencias C-110-94 y 1235-05, en las cuales la Corte Constitucional indicó que a esta clase de servidores no les está permitida la presentación de pliegos de peticiones y la celebración de convenciones colectivas de trabajo, debido a la naturaleza legal y reglamentaria de su vínculo con la administración y la misión que cumplen.

El “acta de acuerdo”, es el compromiso que concluye en un “acuerdo colectivo”, que para algunos doctrinantes se entiende como el derecho de negociación

¹⁷⁸ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Expediente 11001-08-001-23-31-000-2005-02508-02, de 27 de febrero de 2013. C. P. Gerardo Arenas Monsalve; Sección Segunda. Expediente 11001-03-25-000-2004-00191-00, Op. cit.; Sección Segunda. Expediente 50001-23-31-000-1999-06958-01, Op. cit.; Sección Segunda. Expediente 11001-03-25-000-2006-00024-00, Op. cit.; Sección Segunda. Expediente 25000-23-25-000-2004-07982-01, Op. cit.; Sala Plena. Expediente 11001-03-15-000-2010-01055-00, Op. cit.

colectiva “es así el género, el medio, la forma, el procedimiento, el mecanismo, lo adjetivo, el instrumento, en tanto, sus resultantes o o contenidos sustantivos, dependerán de la naturaleza del vínculo laboral propio de sus sujetos destinatarios, así:

1. Al vínculo contractual propio de los trabajadores particulares y trabajadores oficiales, corresponde la especie del contrato colectivo o convención colectiva, y,
2. Al vínculo legal y reglamentario de los empleados públicos, corresponde la especie del acuerdo colectivo, instrumentable por la autoridad constitucional para su eficacia jurídica.¹⁷⁹

Estos mecanismos están protegidos en nuestra Carta y por el Convenio 098 de la OIT, que fue incorporado a nuestra legislación interna por la Ley 27 de 1976. En ella se hace énfasis en la libertad legislativa de la que gozan las Naciones para adoptar medidas que permitan a trabajadores y empleadores el uso de la negociación colectiva, pero su eficacia es diferente si se trata de trabajadores oficiales o de empleados públicos debido a su vinculación legal y reglamentaria. Los empleados públicos solo pueden presentar peticiones respetuosas, masno pliegos de peticiones ni suscripción de convenciones colectivas.

Sobre la aplicación de los convenios 87, 98 y 151 de la OIT la corporación considera que es cierto que Colombia ha ratificado dichos instrumentos internacionales, pero el artículo 7 del Convenio 151 dispone que cada nación puede optar por las medidas que considere más convenientes para fomentar la negociación colectiva y, en esa medida, en Colombia existen restricciones para los sindicatos de empleados públicos, como lo dispone el artículo 414 del Código Sustantivo del Trabajo, que señala que estos pueden presentar memoriales respetuosos. Asimismo,

¹⁷⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Expediente 25000-23-25-000-2005-2002-04952, 20 de enero de 2011. C.P. Gustavo Eduardo Gómez A n.

el artículo 416 les prohíbe presentar pliegos de peticiones o celebrar convenciones colectivas de trabajo; por tanto, no pueden generar un conflicto colectivo de trabajo, lo cual no se contrapone a lo dispuesto en el Convenio 151 de la OIT, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 del mismo.

2.3.4.4 Sentencias relacionadas con el Decreto Ley 1750 de 2003

El alto tribunal analiza la vigencia de la convención colectiva suscrita entre el Instituto de seguros sociales y el sintraseguridad social respecto a los trabajadores oficiales de la vicepresidencia prestadora de servicios de salud, clínicas y CAA que fueron incorporados automáticamente sin solución de continuidad a las ESE creadas por el decreto 1750 de 2003.

La Sección Segunda del Consejo de Estado inició el análisis determinando que los demandantes tuvieron la calidad de trabajadores oficiales en el ISS cuando eran beneficiarios de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y sintraseguridad social hasta la entrada en vigencia del decreto Ley 1750 de 2003 y que fueron incorporados a las plantas de las ESE allí creadas en calidad de empleados públicos, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 17.

Precisa que la convención fue suscrita el 31 de octubre de 2001 con vigencia hasta el 31 de octubre de 2004 y que, si bien la Corte Constitucional ha reconocido la extensión de los derechos convencionales a algunos servidores de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, lo hizo en razón a que estos se encontraban en una de las circunstancias descritas en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 y por eso ameritaban una protección especial del Estado, como la estabilidad laboral reforzada contenida en el retén social.

La distinción de los empleados públicos y los trabajadores oficiales ha sido definida por la ley y en la misma se ha señalado que solo los trabajadores oficiales son beneficiarios de los contenidos de las convenciones colectivas de trabajo.

Para determinar si las cláusulas convencionales se siguen aplicando a los trabajadores oficiales que cambian su condición a empleados públicos, cita la Sentencia C-314-04 proferida por la Corte Constitucional y un pronunciamiento previo de la Sala en Sentencia de la Sección 2B del 1 julio de 2009, en la que fue consejero ponente el doctor Gerardo Arenas Monsalve, Radicado 2007-1355, en la que se señaló que la demandante no podía reclamar los beneficios de la convención colectiva aplicable solo a trabajadores oficiales, por cuanto su régimen había cambiado de trabajadora oficial a empleada pública y, al operarse esté cambio, no son aplicables las cláusulas convencionales, ya que el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo prohíbe su extensión a esta clase de trabajadores, salvo las expectativas legítimas y los derechos adquiridos.

La reincorporación al servicio no es garantía de aplicación de las cláusulas convencionales. El objetivo de la reincorporación era la continuidad de la relación; sin embargo, la naturaleza del empleo cambió, lo que impidió beneficiarse de la convención porque las garantías y los beneficios allí pactados fueron alcanzados por trabajadores oficiales mediante acuerdos convencionales de los que no pueden favorecerse los empleados públicos, cuyo régimen laboral y prestacional está regulado por la ley, como lo contempla el artículo 150, numeral 19, literales e - f de la Constitución Política.

Considera la Sala que los beneficios derivados de la convención colectiva suscrita entre el ISS y sintraseguridad social se extendieron hasta la vigencia de la misma, es decir, 31 de octubre de 2004 y, por el cambio de naturaleza operada a empleados públicos a quienes no le son aplicables las del derecho

colectivo del trabajo, no es posible reclamar la prórroga automática de la convención, consagrada en el artículo 479 del Código Sustantivo del Trabajo o denunciarla, porque tienen la naturaleza de empleados públicos y están vinculados a otra entidad con la que no suscribieron el acuerdo colectivo.¹⁸⁰

¹⁸⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Expediente 25000-23-25-000-2005-10890-01 de 1 de octubre de 2009.CP. Gerardo Arenas Monsalve. Expediente 25000-23-25-000-2005-05285-01 de 31 de mayo de 2012. C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Expediente 17001-23-31-000-2009-001149-01 de 14 de febrero de 2013. C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

CONSIDERACIONES

La competencia para determinar la estructura de la administración pública es compartida entre legislativo y ejecutivo, que es el único que tiene iniciativa legislativa en estas materias. Conforme a lo anterior, el legislador puede conferir facultades extraordinarias al ejecutivo para emprender el PRAP, facultades que deben ser precisas; del marco que este le fije no puede salirse el gobierno nacional.

Con el Programa de Renovación de la Administración Pública se persiguen objetivos como la sostenibilidad financiera y la modernización de la administración pública, en aras de dotarla de las herramientas necesarias para que el desarrollo de la función administrativa se cumpla dentro de los principios del artículo 209 superior desarrollados en la Ley 489 de 1998. Para ello se plantean medidas como fusión, escisión, liquidación o supresión de entidades y organismos, de conformidad con los estudios técnicos elaborados para la toma de decisiones dentro de unos límites, como son la protección de los derechos adquiridos por los trabajadores y contenidos en la ley, el reglamento o en las convenciones colectivas de trabajo vigentes cuando se trata de situaciones jurídicas consolidadas y no de meras expectativas y el reconocimiento de que existen ciertos servidores que se encuentran en situaciones especiales, como las madres cabezas de familia, personas en condición de discapacidad y los prepensionados, quienes requieren de una protección especial debido a la circunstancia particular en la que se encuentran. Asimismo, se previó el reconocimiento de una indemnización para aquellos servidores cuyos cargos fueran suprimidos.

Se trata de armonizar la necesidad del Estado de reformar la administración pública con los derechos de los trabajadores, en busca de cumplir sus cometidos y

fines como la prestación de servicios a la comunidad en forma oportuna, eficiente y eficaz.

Los efectos de la ley en el tiempo tienen esa misma prohibición, pues, si bien la norma nueva tiene efecto general inmediato—es decir, rige para las situaciones y hechos jurídicos que se produzcan durante su vigencia y los pasados que no se hayan consolidado—, no puede tener efectos retroactivos, porque le está afectar las situaciones jurídicas consolidadas conforme a una anterior. Esta prohibición surge de la imperiosa necesidad de salvaguardar el principio de confianza legítima, que no puede presentarse por cambios súbitos e intempestivos del legislador y mina la confianza que el ciudadano ha depositado en sus instituciones.

El derecho colectivo del trabajo tiene gran importancia dentro del estado social de derecho que proclama la Constitución de 1991, porque es a partir de él como se logra la anhelada justicia social en las relaciones capital-trabajo; de allí que en la nueva Carta se reconozcan los derechos que le son inherentes, como son la sindical, el derecho de asociación, de negociación colectiva, fuero y huelga, con excepción de los servicios públicos esenciales y la incorporación de los convenios internacionales del trabajo a la legislación interna.

Las convenciones colectivas de trabajo tienen poder vinculante y, por tanto, sus contenidos no deben desconocerse dentro del marco del porque estas son fuentes formales de derecho que regulan los contratos de trabajo durante su vigencia y sus cláusulas son de obligatorio cumplimiento. Aunque pueden ser denunciadas por existir circunstancias "excepcionales" e "imprevisibles" que alteren de manera grave la situación económica y jurídica de la empresa, esta denuncia no tiene la virtud de suspender sus efectos.

El artículo 53 superior establece las garantías mínimas que debe contener el Estatuto del trabajo e indica que en ningún caso la ley, los contratos o los convenios colectivos pueden menoscabar los derechos de los trabajadores.

Las convenciones colectivas de trabajo no pueden tener término indefinido, porque la dinámica social y económica hacen necesario que se revisen sus contenidos o se adopten otras formas para la regulación de las relaciones laborales; por ello, tienen un término dentro del cual producen plenos efectos, hasta tanto sean reemplazadas por una nueva convención o laudo arbitral.

Dentro del PRAP se expidió el Decreto Ley 1750 de 2003, que ordenó la escisión de la vicepresidencia prestadora de servicios de salud, clínicas y centros de atención ambulatoria del Instituto de Seguros Sociales, y fue objeto de varios pronunciamientos de la Corte constitucional sobre la ley de facultades y los derechos de los trabajadores.

En sus pronunciamientos el Tribunal Constitucional consideró que en la expedición del decreto el Ejecutivo no se extralimitó al regular el régimen jurídico y prestacional de los servidores públicos incorporados a las plantas de personal de las nuevas entidades allí creadas, porque consideró que de la escisión surgió una nueva entidad a la que se debe dotar de la estructura orgánica y organizacional que requiere para el cabal desarrollo de sus funciones, posición que se comparte porque, si bien el Ejecutivo no puede abrogarse facultades por analogía, lo es que a diferencia de las otras figuras que existen dentro del PRAP —como liquidación, supresión y fusión— la escisión comporta la creación de un nuevo organismo que debe reglamentarse por la misma ley que lo crea, porque de contrario, esta facultad reconocida por el legislador sería nugatoria.

Bajo estos mismos parámetros, el legislador extraordinario no determinó un régimen salarial, prestacional y de carrera administrativa diferente o nuevo para estos servidores; lo que hizo fue remitirse a lo dispuesto por el Legislativo para esta clase de empresas.

De otro lado, la Corte se pronunció sobre la diferencia entre los servidores públicos de las empresas industriales y comerciales del Estado que, por su naturaleza industrial y comercial, son, en su mayoría, trabajadores oficiales, con excepción de los que ocupan cargos directivos, de conformidad con lo establecido en sus estatutos, frente a los de las empresas sociales del Estado que son empleados públicos, menos los de servicios generales y mantenimiento de la planta física hospitalaria, que son trabajadores oficiales, porque son dos entidades con naturaleza jurídica diferente y por ello no puede darse un tratamiento igual a quienes no lo son.

“Escisión” no es sinónimo de “liquidación”, pues tanto la entidad escindida como las que nacen de ella tienen vida jurídica y plena existencia, por lo que no puede predicarse que esta figura lleva a la liquidaciones. Es diferente que su incapacidad operativa o sus problemas estructurales lleven a una posterior liquidación, como ocurrió con la EPS ISS y las ESE creadas mediante el decreto ley 1750 de 2003; sin embargo, es evidente que con la escisión sí se rompió la unidad de empresa del ISS, puesto que al escindirse del ISS la vicepresidencia de IPS, clínicas y CAA que prestaban el servicio público de salud, se suprimió esta función y quedó solo de aseguramiento a cargo de la EPS.

No puede predicarse la violación del principio de la buena fe por la presunta violación del acuerdo integral suscrito entre el gobierno, el ISS y la organización sindical, porque este suponía la búsqueda de propuestas de solución a la crisis del Instituto que no fueron acogidas por el sindicato, en defensa de un grupo de trabajadores y en oposición a los intereses generales de la comunidad sobre la

prestación de servicios de salud con calidad y eficiencia, pues los estudios realizados por el Departamento Nacional de Planeación y plasmados en el Documento Conpes 3219 de 2003, señalaban la insostenibilidad financiera de la entidad, no solo por el gran peso que las IPS tenían en materia prestacional y por los beneficios de la Convención Colectiva, sino también por su ineficiencia, lo que condujo al retiro de un gran número de afiliados a la EPSISS.

La escisión buscó dar continuidad a la prestación del servicio de a cargo del Estado dentro de un marco de libre competencia y garantizar la atención a los usuarios en unas nuevas empresas sin problemas financieros, prestatarias del servicio con calidad y eficiencia dentro de un marco de sostenibilidad financiera, para proteger el interés general de los usuarios de los servicios de salud.

La incorporación automática sin solución de continuidad de los otrora trabajadores oficiales del ISS a las nuevas empresas en calidad de empleados públicos buscó precisar en qué términos se mantendría la relación laboral, mas no la terminación de la misma, pues esta continuó en una nueva entidad, con lo que se garantizó la estabilidad en los empleos y el derecho a acceder a la carrera administrativa, previo proceso de selección.

El cambio en la naturaleza jurídica de trabajadores oficiales a empleados públicos llevó a varias demandas contra el Decreto Ley 1750 de 2003, porque se consideró que se violaban los derechos adquiridos mediante la convención colectiva de trabajo que les era aplicable en el ISS en virtud de su carácter de trabajadores oficiales. La Corte Constitucional precisó que debían entenderse por derechos adquiridos y, dentro de este concepto, debían incluirse los contenidos en la convención suscrita entre el ISS y sintraseguridad social. Los derechos adquiridos son los que entran definitivamente al patrimonio de una persona, pero si los presupuestos de la norma no se han cumplido, solo puede hablarse de meras expectativas.

El tribunal constitucional manifestó que no se tiene un derecho adquirido a ser empleado público o trabajador oficial; esto dependerá de la naturaleza jurídica que el servidor tenga con la administración. Este cambio produjo consecuencias importantes: si bien a los empleados públicos se les reconoce el derecho a conformar sindicatos y tienen una protección mediante el fuero sindical, no pueden negociar convenciones colectivas de trabajo, situación derivada del tipo de vinculación que tienen con la entidad; además, como lo señaló la Corte en sentencia C-314-04, esta restricción no es contraria a la Carta de derechos, porque se buscó la protección del bien mayor de la preservación de intereses públicos, como el derecho de los usuarios a ser atendidos en condiciones de integralidad y calidad.

Los empleados públicos de las ESE, otrora beneficiarios de la convención solo tenían una expectativa legítima que pudo haberse consolidado de continuar con el régimen de trabajadores oficiales dentro del Instituto.

Como quiera que dichos pronunciamientos los hiciera el tribunal constitucional antes del 31 de octubre de 2004, cuando aún estaba vigente la convención colectiva, en nuestro sentir se provocó que sus salas de revisión profirieran decisiones que amparaban los derechos convencionales de estos servidores, al afirmar que, por ser derechos adquiridos, debían respetarse. Para llegar a esta conclusión, se basó en el Código Sustantivo del Trabajo sobre la prórroga automática y la denuncia de la convención: al no existir denuncia, una nueva convención o un laudo arbitral que la hubiera reemplazado, la convención continuaba vigente.

Lo anterior llevó a la Sala Plena de la Corporación a destacar que la vigencia de la convención no fue sino hasta el plazo inicialmente pactado, ya que se había cambiado de empleador y de naturaleza jurídica de la vinculación. Asimismo, los empleados públicos no pueden disfrutar de cláusulas convencionales, dado que para el año 2012, fecha de la sentencia de unificación, esta ya no se encontraba vigente y,

por tanto, carecía de fuerza vinculante frente a una nueva realidad, como es que las ESE creadas en el año 2003 ya estaban liquidadas.

En cuanto a las sentencias proferidas por el Consejo de Estado, resulta claro que, en principio, se amparó en la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la materia, pero a la postre su análisis no resulta profundo frente a los hechos jurídicos planteados. Más adelante se apartó de la decisión del Tribunal Constitucional contenida en la sentencia T-1166-08 sobre retén social, al tener la calidad de prepensionado conforme a la convención colectiva de trabajo, porque, en su sentir, la Corte lo había hecho para proteger a estos servidores que se encontraban en una situación que ameritaba una protección especial.

Esta consideración, que sería plausible debido a la intención de proteger al servidor público, resulta desbordada ante el hecho de que si los beneficios convencionales para estos servidores solo se extendieron hasta el 31 de octubre de 2004, la pretendida protección del retén social en calidad de prepensionados con base en la convención colectiva no puede aplicarse, porque careció de sustento fáctico y jurídico. En estos casos, debió darse aplicación a la ley general de pensiones para cada evento.

El respeto de los derechos adquiridos es imperativo, porque son derechos intangibles, inmodificables, que tienen protección y rango constitucional, ‘razón por la cual ninguna disposición normativa de inferior categoría puede contener orden alguna que implique su desconocimiento’, como reza la sentencia C-314-04 e indica que este concepto no puede restringirse solo a los salarios, sino que debe abarcar también los demás factores o las prestaciones de carácter laboral que un trabajador pueda percibir en un momento determinado.

Como ya se afirmó, para garantizar la seguridad jurídica, la ley no tiene efectos retroactivos y en materia laboral tiene especial protección, al establecerse que los derechos adquiridos son irrenunciables; con ello se busca evitar un menoscabo en los derechos de los trabajadores y respetar el principio de confianza legítima.

A su vez, el artículo 13 de la Constitución Nacional consagra que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán igual protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos y las mismas libertades y oportunidades sin discriminación, lo que impone al Estado la promoción de las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva. Por eso, los servidores que fueron incorporados en las plantas de personal de las empresas sociales del Estado creadas con motivo de la escisión que trata el Decreto 1750 de 2003 fueron protegidos en los derechos y las condiciones laborales que tenían al momento de la escisión y que luego fueron desconocidos por las ESE, al ignorar efectos de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y sus trabajadores y que a los servidores que pasaron a sus plantas de personal en condición de empleados públicos. Con ello quebrantó la obligación del Estado de promover la igualdad real y efectiva, situación que se corrige con los pronunciamientos de la Corte Constitucional.

La Ley 4 de 1992 estableció el respeto de los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general como de los regímenes especiales, al señalar que en ningún caso se podrían desmejorar sus salarios y prestaciones sociales.

El inciso 4 del artículo 4 del Decreto 2527 de 2000 indicó que: “La privatización de una entidad estatal no implica la pérdida de los beneficios del régimen de transición para sus trabajadores, ni la alteración del régimen aplicable para el efecto”.

El trabajo es un valor, un principio; no es solo un derecho, sino una obligación social y goza en todas sus modalidades de la especial protección del Estado. Toda

persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas y a que lo pactado en una convención colectiva, por ser ley para las partes, se acate y se respete.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

El cambio de nuestro modelo de Estado contiene una nueva visión que lo dirige a contenidos precisos de carácter social, por lo que debe conciliar las necesidades colectivas, de desarrollo y de crecimiento económico, por medio de políticas públicas inclusivas que respondan a las necesidades que la comunidad reclama.

Para responder a los nuevos retos que el mundo globalizado de hoy le impone al Estado colombiano, a finales de la década del ochenta y con gran fuerza en la del noventa se emprendieron una serie de políticas de alto contenido económico y estructural, entre las que se destacan la reforma a la salud dentro de un modelo de prestación del servicio en un marco de libre competencia, la flexibilización de las relaciones laborales como medida para abaratar los costos del contrato de trabajo y la modernización de la administración pública.

La seguridad social, cuyos orígenes remotos están en la creación del Instituto Colombiano de Seguros Sociales y de la Caja Nacional de Previsión en la década del cuarenta, da un gran salto en la Constitución de 1991, que la instituye como un servicio público obligatorio e irrenunciable prestado bajo la dirección, la coordinación y el control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad.

El Libro II de la Ley 100 de 1993 reglamenta la seguridad social en salud y cambia el paradigma en la prestación del servicio; ya no se basa en el modelo asistencia-beneficencia, sino que se regula por el mercado dentro de un marco de libre competencia, por medio de dos instituciones principales: las aseguradoras (EPS) y las prestadoras (IPS), con los regímenes contributivo y subsidiado. Se crea un nuevo

escenario: la libre competencia de los actores dentro del sistema y el cambio de subsidios a la oferta por subsidios a la demanda.

La reforma al sector incluyó la entrada de operadores y no estatales que pasaron a administrar los recursos del sistema con la misión de lograr la cobertura universal y mejorar la calidad en la prestación de los servicios de salud. Al Estado le correspondió la función de vigilar el cumplimiento de ese fin y de garantizar los derechos de los usuarios.

El ISS fue la entidad pública más grande en materia de seguridad social, cuyos servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 constituían un monopolio. El cambio producido desde la Carta de Derechos, al definir la seguridad social como un servicio público que debe prestarse con arreglo a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, lo llevaron a modificar su naturaleza jurídica de establecimiento público a empresa industrial y comercial del Estado en 1992, de modo que pudiera actuar en el giro ordinario de sus negocios conforme a las normas del derecho privado, es decir, desmontarlo de las cargas que tenía como entidad pública, para que pudiera competir en igualdad de condiciones con los privados por el aseguramiento y la prestación de los servicios de salud.

La modernización de la administración pública busca el cumplimiento de sus cometidos por medio del ejercicio de una función administrativa basada en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones, que protejan las garantías y los derechos que la Constitución y la ley reconocen a los ciudadanos.

La finalidad de la función administrativa es la satisfacción de las necesidades generales de todos los ciudadanos y la obligación del es garantizar la

prestación eficiente de los servicios públicos—incluida la seguridad social ofrecida por el mismo Estado, los particulares o las comunidades organizadas—; por ello, este debe revisar y reevaluar cuál es la forma más eficiente de conseguir los objetivos. La Ley 489 lo obliga a hacer esa revisión, tras otorgarle dicha facultad permanente al presidente de la república.

La función administrativa desplegada por el ISS no se desarrolló conforme a los principios que la inspiran; por lo contrario, la falta de eficiencia, eficacia, oportunidad y calidad en la prestación del servicio fue objeto de graves cuestionamientos por parte de los organismos de control, como la Superintendencia Nacional de Salud, la Contraloría General de la República, auditoría externa y el Departamento Nacional de Planeación. Estos organismos señalaron que la falta de una buena gestión y la afectación del Instituto por los numerosos desarrollos normativos de la Ley 100 de 1993 lo llevaron a la adaptación de su estructura para atender a los requerimientos en un período muy corto, lo que no le permitió asimilar los cambios; además, las reestructuraciones emprendidas se realizaron sin una visión integrada de la gestión que debía desplegar.

El paso de los funcionarios de la seguridad social a trabajadores oficiales beneficiarios de una convención colectiva con cláusulas de alto contenido económico, lo tornó inviable y causó que los usuarios no fueron atendidos en términos de calidad, eficiencia y oportunidad (pues comprendía un sinnúmero de beneficios en materias como retroactividad de las cesantías, pensiones de jubilación, bonificación por servicios prestados y aumentos salariales, sumado a la selección adversa que aumentó el déficit financiero acumulado que el ISS tuvo desde sus inicios que para el año 2000 era de 625 mil millones de pesos)

No puede dejarse de lado que, más allá de la ineficiencia del Instituto, el Sistema de Seguridad Social en Salud en los últimos veinte años ha presentado

grandes problemas, pues las dificultades de su diseño estructural y su desarrollo no han sido resueltas de manera eficiente y eficaz por el gobierno nacional ni por el Congreso de la República. Los distintos actores siguen ejerciendo presiones sobre sus resultados y hoy se debate la nueva política del sector en cuanto a prestación y aseguramiento.

La Ley 790 de 2002, cuyo objeto es la reestructuración de la administración por razones de eficiencia y la necesidad de racionalización del gasto público, llevó a la liquidación, supresión, fusión y escisión de organismos y entidades de la administración pública nacional y prohibió la liquidación del Instituto, por lo que, con fundamento en el Documento Conpes3219 de 2003, se ordenó la escisión de sus unidades encargadas de la dirección y prestación de los servicios de salud a los usuarios. Esto implicó que la gran mayoría de trabajadores oficiales beneficiarios de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el Instituto y Sintraseguridad Social fuera incorporada automáticamente, sin solución de continuidad, a las plantas de personal de las ESE creadas, en calidad de empleados públicos no beneficiarios de convenciones colectivas de trabajo.

La identificación de las fuerzas desiguales que surge en las relaciones capital-trabajo por la comunidad internacional condujo a la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), cuya constitución reconoce que la justicia social es necesaria para lograr la paz y que el trabajo es una actividad humana que dignifica a la persona del trabajador y le permite proveerse de los medios necesarios para su subsistencia y la de su familia, que alcanza la categoría de derecho humano fundamental con protección especial del Estado.

El reconocimiento de la libertad sindical a la que les son consustanciales los derechos de asociación, negociación colectiva y huelga, con excepción de los servicios públicos, ha sido su mayor logro.

En el marco del PRAP, no pueden ignorarse los derechos adquiridos de origen legal, reglamentario o convencional, por ser derechos en sí mismos y no meras expectativas, puesto que forman parte de su patrimonio, al ser situaciones jurídicas consolidadas con protección constitucional; por ello, los efectos de la ley en el tiempo tienen esa misma prohibición, pues la norma nueva tiene efecto general inmediato, es decir, rige para las situaciones y los hechos jurídicos que se produzcan durante su vigencia y para los pasados que no se hayan consolidado. Si no existiera esta contravención, se vulnerarían los principios de confianza legítima y el artículo 53 de la Carta, que no permite que la ley, los contratos o los colectivos puedan menoscabar los derechos de los trabajadores.

Dentro del PRAP tampoco puede desconocerse que existen ciertos servidores que se encuentran en situaciones especiales, como las cabezas de familia, en discapacidad o prepensionados, que requieren una protección especial.

El Decreto Ley 1750 de 2003 vulneró los derechos adquiridos de los servidores públicos incorporados en calidad de empleados públicos a las ESE, porque solo consideró como tales a los relativos al factor prestacional y dejó por fuera los salariales y los contenidos en la convención colectiva de trabajo durante su vigencia, como lo estableció la Corte Constitucional en los pronunciamientos estudiados en el último capítulo.

La Corte analiza de los derechos de los servidores públicos a partir del concepto de derechos adquiridos y meras expectativas, pero no sobre el principio laboral de la condición más beneficiosa para el trabajador, que es una institución propia de esta rama del Derecho, que además la considera garantizada con el principio de favorabilidad en la misma materia. De paso, confunde estas dos figuras autónomas e independientes, pues el principio de la condición más beneficiosa se presenta

cuando hay una nueva norma que deroga la anterior y no cuando existen dudas en la aplicación de las fuentes formales de Derecho.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional reconoce que las convenciones colectivas de trabajo son fuente formal de Derecho, porque regulan las relaciones laborales durante su vigencia y sus efectos no se extinguen ni suspenden con la denuncia de la misma, sino que se prorrogan hasta tanto sea reemplazada por una nueva convención o un laudo arbitral; por ello, la corporación protegió los derechos de estos servidores.

En la revisión de varias acciones de tutela, la misma corporación guardiana de la Constitución y de los derechos fundamentales acató su jurisprudencia y se apoyó en los artículos 478 y 479 del Código Sustantivo del Trabajo sobre prórroga automática y denuncia de la convención colectiva, para concluir que, al no existir denuncia ni una nueva convención y menos un laudo arbitral que la hubiera reemplazado, la convención continuaba vigente por haberse prorrogado; luego, la Corte, en Sentencia SU-897 de 2012, desestimó estos precedentes por la prohibición que tienen los empleados públicos de celebrar convenciones colectivas de trabajo.

De conformidad con este último pronunciamiento, en un momento podría decirse que rompe con el principio de la confianza legítima, ya que estos servidores nunca renunciaron a la convención colectiva, estaban disfrutando de lo pactado en la misma e intempestivamente sus regímenes reales y prestacionales fueron cambiados, al pasar como empleados públicos, lo que implicó el desmejoramiento de sus derechos de negociación colectiva.

Lo anterior, porque la Corte, en sala plena, unificó y clarificó su jurisprudencia sobre la aplicación de las cláusulas convencionales a otrora trabajadores oficiales del ISS incorporados de manera automática a las plantas de personal de la ESE en

calidad de empleados públicos, para señalar que la vigencia de la Convención para estos servidores fue hasta el plazo inicialmente pactado, es decir, 31 de octubre de 2004. Argumentó la prohibición de que los empleados públicos pudieran beneficiarse de convenciones colectivas de conformidad con el artículo 416 del código sustantivo del trabajo, el cambio de naturaleza jurídica que operó y el cambio de empleador, lo que conllevó a la desaparición de una de las partes que celebraron el convenio colectivo.

Los pronunciamientos de tutela de las salas de revisión de la Corte Constitucional se profirieron cuando las empresas sociales del Estado entraron en liquidación, es decir, en el año 2008 y las sentencias sobre el Decreto Ley 1750 de 2003 se presentaron antes del 31 de octubre de 2004, fecha de vigencia de la convención colectiva. Ello pudo llevar a una confusión a los jueces de tutela que, amparados en las sentencias C-314 y C-349 de 2004, tutelaron los derechos que reclamaban quienes se consideraban cobijados por el retén social en calidad de prepensionados, conforme al artículo 98 convencional.

Por lo anterior, no se trató de un cambio de jurisprudencia, sino de aclaración y unificación que no afectó la cosa juzgada constitucional, que ella, como guardiana de la Constitución, está llamada a acatar, so pena de atentar contra la seguridad jurídica y el respeto de la confianza legítima.

La ratio decidendi en la que se basó la Corte Constitucional para decidir en las sentencias de control de constitucionalidad del Decreto 1750 de 2003 fue la misma. La Corte fue categórica al afirmar que los derechos adquiridos por convenciones colectivas de trabajo de los servidores que pasaron a las ESE en calidad de empleados públicos deben ser respetados durante la vigencia de la misma y por ello declaró exequible el inciso 1 del artículo 18 acusado: "En todo caso", en el entendido de que hace referencia tanto a los salarios como al régimen prestacional y declaró

inexequible la expresión: “Se tendrán como derechos adquiridos en materia prestacional las situaciones jurídicas consolidadas, es decir, aquellas prestaciones sociales causadas, así como las que hayan ingresado al patrimonio del servidor, las cuales no podrán ser afectadas”, por no contemplar los derechos adquiridos mediante convenciones colectivas de trabajo.

De otro lado, el Consejo de Estado fue contundente al afirmar que los servidores cuya naturaleza de vinculación con la administración ha mutado de trabajadores oficiales a empleados públicos no pueden ser beneficiarios de convenciones colectivas de trabajo, conforme al artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo.

El Consejo de Estado solo reconoce la vigencia de la Convención Colectiva hasta el 31 de octubre de 2004, se ampara en la jurisprudencia de la Corte sobre la materia y rechaza la decisión del tribunal constitucional en la Sentencia T-1166-08, en la que se protegieron los derechos fundamentales de unos servidores que se encontraban en calidad de prepensionados, conforme a la convención colectiva de trabajo, porque consideró que esta decisión se había tomado para proteger a estos servidores que se encontraban en una situación que ameritaba una protección especial, aunque viola el principio de igualdad que impone la obligación al Estado y sus autoridades de dar el mismo trato a todas las personas sin diferenciación mientras no haya razones legítimas para ello. Si la convención continúa vigente, debe ser aplicable a todo grupo de servidores beneficiarios de la misma, sin distinción alguna.

El juez administrativo de hoy no es el mismo de antaño, porque claros mandatos constitucionales lo obligan a que en sus fallos, más allá de un examen de legalidad, dictamine el caso concreto en armonía con los principios y derechos que inspiran el Estado social de derecho establecido en la Carta de 1991.

Con la prohibición de no liquidar el Instituto dentro PRAP, contenida en la Ley 790 de 2002, no se respondió con eficiencia a los principios constitucionales que inspiran la función administrativa ni a la revisión que la Ley 489 de 1998 obliga al Ejecutivo sobre las entidades y los organismos del Estado para verificar si cumplen sus funciones con eficiencia y, de no ser así, reestructurarlos o liquidarlos.

Lo anterior, por cuanto la situación encontrada por los organismos de control y el estudio efectuado por el DNP mostraban la inviabilidad financiera del ISS. Escindirlo era simplemente crear unas nuevas entidades a las que se les pasó parte de su carga financiera, pero tanto el ISS como las empresas sociales del Estado creadas entraron en liquidación años después. Por tanto, lo que se hizo no fue eficiente ni eficaz, sino un paliativo para un enfermo terminal, aunque fueron las únicas medidas que podían tomarse para garantizar a los ciudadanos la continuidad de la prestación del servicio de salud a cargo del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

ACEMOGLU, Daron y ROBINSON, James A. Los orígenes del poder, la prosperidad y la riqueza: por qué fracasan los países. 6a ed. Bogotá: Planeta, 2013.

ALLÍ ARANGUREN, Juan-Cruz. Derecho Administrativo y globalización. Madrid: Civitas Ediciones, 2004.

AMAYA OLAYA, Uriel Alberto. Fundamentos constitucionales del control fiscal. Bogotá: Umbral Ediciones, 1996.

ANDERSEN, Arthur. Informe de resultados de la Auditoría de gestión de 1997 efectuada por la Auditoría Externa Arthur Andersen.

ARENAS MONSALVE, Gerardo. El derecho colombiano a la seguridad social. 2a ed. Bogotá: LEGIS S. A., 2007.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Pacto internacional de derechos civiles y políticos. Resolución 2200 A (XXI), aprobada el 16 de diciembre de 1966. [En línea]. [Citado el 13 de agosto de 2013]. Disponible en: <http://www/hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/pactointernacionalderechoscivilespolicos.html/>.

------. Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales. Resolución 2200 A (XXI), aprobada el 16 de diciembre de 1966. [En línea]. [Citado el 13 de agosto de 2013]. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.html/>.

AVELLA GÓMEZ, Mauricio. Las instituciones laborales en Colombia. Contexto hist de sus antecedentes y principales desarrollos hasta 1990. Borradores de Economía [En línea]. 2010, No. 613 [Citado el 15 de junio de 2013]. Disponible en: <http://www.banrep.gov.co/es/contenidos/publicacion/las-instituciones-laborales-en-colombia-contexto-historico-de-sus>.

BARBOSA CARDONA, Octavio et al. Hacia la transparencia en la gestión pública. Santafé de Bogotá: ESAP, Centro de Publicaciones, 1994.

BEJARANO, Jesús A. et al. Historia económica de Colombia. Bogotá: Siglo XXI, 1987.

BOTERO, Sandra. La reforma constitucional de 1936. El Estado y las políticas sociales en Colombia. [En línea]. [Citado el 17 de junio de 2013]. Disponible en: <http://www.revista.unal.edu.co/index.php/achsc/article/download/8216/8860>.

BRESSER PEREIRA, Luis Carlos. Política y gestión pública. Caracas: Centro Latinoamericano de Administración Para El Desarrollo Humano, 2004. p. 29.

CALVO GARCÍA, Manuel. Transformación del Estado y del Derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 6. (19, febrero, 1945). Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo. Diario Oficial. Bogotá, 1945. No. 25.790 de 19 de febrero de 1945.

----- Ley 90. (26, diciembre, 1946). Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Segur Sociales. Diario Oficial. Bogotá, 1946. No. 26.322 de 7 de enero de 1947.

----- Ley 12. (11, febrero, 1977). Por la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para determina la estructura, régimen y organización de los Seguros Sociales obligatorios y de las entidades que los administran. Diario Oficial. Bogotá, 1977. No. 34.722 de 11 de febrero de 1977.

----- Ley 27. (27, febrero, 1976). Por la cual se aprueba el Convenio Internacional del Trabajo, relativo a la aplicación de los principios del Derecho de Sindicación y de Negociación colectiva, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (Ginebra 1949). Diario Oficial. Bogotá, 1976. No. 34.642 de 27 de febrero de 1976.

----- Ley 28. (7, octubre, 1976). Por la cual se autoriza al Gobierno Nacional para formalizar unos acuerdos laborales. Diario Oficial. Bogotá, 1976. No. 34.659 de 21 de octubre de 1976.

-----Ley 100. (23, diciembre, 1993). Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, 1993. No. 41.148 de 23 de diciembre de 1993.

----- Ley 489. (29, diciembre, 1998). Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, 1998. No. 43.464 de 29 de diciembre de 1998.

----- Ley 715. (21, diciembre, 2001). Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras

disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros. Diario Oficial. Bogotá, 2001. No. 44.654 de 21 de diciembre de 2001.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Expediente 11001-03-25-000-2006-00024-00, de 16 de agosto de 2007. C. P. Jaime Moreno García.

----- Sección Segunda. Expediente 11001-03-25-000-2005-00175-01, de 8 de mayo de 2008. C. P. Alfonso Vargas Rincón.

----- Sección Segunda. Expediente 50001-23-31-000-1999-06958-01, de 15 de mayo de 2008. C. P. Jesús María Lemos Bustamante.

----- Sección Segunda. Expediente 25000-23-25-000-2005-10890-01, de 1 de octubre de 2009. C. P. Gerardo Arenas Monsalve.

----- Sección Segunda. Expediente 25000-23-25-000-2004-04425-02, de 21 de octubre de 2009. C. P. Alfonso Vargas Rincón.

----- Sección Segunda. Expediente 11001-03-25-000-2004-00191-00, de 11 de marzo de 2010. C. P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

----- Sección Segunda. Expediente 47001-2331-000-1998-05741-01, de 12 de agosto de 2010. C. P. Gerardo Arenas Monsalve.

----- Sección Segunda. Expediente 25000-23-25-000-2002-04952-01 (1594-2008), de 20 de enero de 2011. C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

----- Sección Segunda. Expediente 25000-23-25-000-2004-07982-01, de 20 de enero de 2011. C. P. Alfonso Vargas Rincón.

-----Sala Plena. Expediente 11001-03-15-000-2010-01055-00, de 15 de febrero de 2011. C. P. Enrique Gil Botero.

-----Sección Segunda. Expediente 05001-23-31-000-2001-03109-01, de 31 de mayo de 2011. C. P. Luis Rafael Vergara Quintero.

-----Sección Segunda. Expediente 41001-23-31-000-2002-0053-01(2177-09), de 9 de junio de 2011. C. P. Gerardo Arenas Monsalve.

-----Sección Segunda. Expediente 68001-23-15-000-2005-01756-02, de 23 de junio de 2011. C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

-----Sección Segunda. Expediente 25000-23-25-000-2005-05285-01, de 31 de mayo de 2012. Bogotá C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

-----Sección Segunda. Expediente 05001-23-31-000-2001-03109-01, de 26 de septiembre de 2012. C. P. Luis Rafael Vergara Quintero.

-----Sección Segunda. Expediente 17001-23-31-000-2009-001149-01, de 14 de febrero de 2013. C. P. Gerardo Arenas Monsalve.

-----Sección Segunda. Expediente 11001-08-001-23-31-000-2005-02508-02, de 27 de febrero de 2013. C. P. Gerardo Arenas Monsalve.

COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA. (20, julio, 1991). Gaceta Constitucional No. 116 del 20 de julio de 1991.

COLOMBIA. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. CGR-CDSS agosto de 2000, consolidado de auditoría gubernamental con enfoque integral, Instituto de Seguros

Sociales, Empresa Promotora de Salud e Instituciones Prestadoras de Servicios. Bogotá: La Contraloría, 1999.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406 de 5 de junio de 1992. Expediente: T-778. M. P. Ciro Angarita Barón.

----- Sentencia T-426 de 24 de junio de 1992. Expediente T-824. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

----- Sentencia C-013 de 21 de enero de 1993. Expedientes D-054 y D-073. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

----- Sentencia C-112 de 25 de marzo de 1993. Expediente D-088. M. P. Hernando Herrera Vergara.

----- Sentencia C-593 de 14 de diciembre de 1993. Expediente D-342. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

----- Sentencia C-009 de 20 de enero de 1994. Expediente D-347. M. P. Antonio Barrera Carbonell.

----- Sentencia C-071 de 23 de febrero de 1994. Demanda No. D-380. M. S. Alejandro Martínez Caballero.

----- Sentencia C-110 de 10 de marzo de 1994. Expediente D-407. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

----- Sentencia C-527 de 18 de noviembre de 1994. Expediente D-613. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

----- Sentencia C-168 de 20 de abril de 1995. Expediente D-686. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

----- Sentencia C-579 de 30 de octubre de 1996. Expediente D-1183. M. P. Hernando Herrera Vergara.

----- Sentencia C-147 de 19 de marzo de 1997. Expediente D-1351. M. P. Antonio Barrera Carbonell.

----- Sentencia C-209 de 24 de abril de 1997. Expediente D-1440. M. P. Hernando Herrera Vergara.

----- Sentencia T-068 de 5 de marzo de 1998. Expedientes T-144.670, T-146.357 T-146.730, T-149.307 y T-149.514 (acumulados). M. P. Alejandro Martínez Caballero.

----- Sentencia C-377 de 27 de julio de 1998. Expediente LAT-112. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

----- Sentencia C-SU-047 de 29 de enero de 1999. Expediente T-180.650. M. P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

----- Sentencia C-561 de 4 de agosto de 1999. Expediente D-2376. M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

----- Sentencia T-568 de 10 de agosto de 1999. Expediente 206.360. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

-----, Sentencia C-161 de 23 de febrero de 2000. Expediente LAT-159. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

-----, Sentencia C-431 de 12 de septiembre de 2000. Expediente D-2589. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

-----, Sentencia C-619 de 14 de junio de 2001. Expediente D-3291. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

-----, Sentencia C-1050 de 4 de octubre de 2001. Expediente D-3394. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

-----, Sentencia C-181 de 12 de marzo de 2002. Expediente D-3676. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

-----, Sentencia C-201 de 19 de marzo de 2002. Expediente D-3692. M. P. Jaime Araujo Rentería.

-----, Sentencia C-434 de 27 de mayo de 2003. Expediente D-4417. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

-----, Sentencia C-902 de 7 de octubre de 2003. Expediente D-4602. M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

-----, Sentencia C-306 de 30 de marzo de 2004. Expediente D-4828. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

-----, Sentencia C-314 de 1 de abril de 2004. Expediente D-4842. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

-----, Sentencia C-349 de 20 de abril de 2004. Expediente D-4844. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

-----, Sentencia C-559 de 1 de junio de 2004. Expediente D-4850. M. P. Álvaro Tafur Galvis y Alfredo Beltrán Sierra.

-----, Sentencia C-574 de 8 de junio de 2004. Expediente D-4943. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

-----, Sentencia C-177 de 1 de marzo de 2005. Expediente D-5025. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

-----, Sentencia C-401 de 14 de abril de 2005. Expedientes D-5310 y D-5321. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

-----, Sentencia C-1234 de 29 de noviembre de 2005. Expediente D-5828. M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

-----, Sentencia C-280 de 18 de abril de 2007. Expediente D-6478. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

-----, Sentencia C-466 de 14 de mayo de 2008. Expediente: D-7041. M. P. Jaime Araujo Rentería.

-----, Sentencia T-1166 de 26 de noviembre de 2008. Expedientes acumulados: T-1972922, T-198150308 y T-2014902. M. P. Jaime Araújo Rentería.

----- Sentencia T-1238 de 11 de diciembre de 2008. Expedientes acumulados: T-1'952.506, T-1'987.754, T-1'987.759, T-1'994.038. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

----- Sentencia T-1239 de 11 de diciembre de 2008. Expedientes acumulados T-1'968.373 y T-1'923.927. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

----- Sentencia SU-897 de 31 de octubre de 2012. Expediente T-2016510, T-2022905, T-2026223, T-2069461, T-2118006, T-2151811, T-2178492, T-2198113, T-2244180, T-2814987. M. P. Alexei Julio Estrada.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral. Expediente: 36416 del 3 de marzo de 2010. M. P. Luis Javier Osorio López.

----- Sala Laboral. Expediente: 38303 del 15 de febrero de 2011. M. P. Francisco Javier Ricaurte Gómez.

----- Sala Laboral. Radicación: 16788 del 5 de junio de 2001. M. P. Germán G. Valdés Sánchez.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2350. (1944). Por el cual se dictan algunas disposiciones de trabajo, asociaciones conflictos colectivos.

----- Decreto 2127. (28, agosto, 1945). Diario Oficial. Bogotá, 1945. No 25.933 de 11 de septiembre de 1945.

Decreto ley 2663. (5, agosto, 1950). Sobre Código Sustantivo del Trabajo. Diario Oficial. Bogotá, 1950. No. 27.407 de 9 de septiembre de 1950.

----- Decreto 1050. (5, julio, 1968). Por el cual se dictan normas generales para la reorganización y el funcionamiento de la administración nacional. Diario Oficial. Bogotá, 1968. No. 35.552 de 17 de julio de 1968.

----- Decreto ley 3130. (26, diciembre, 1968). Por el cual se dicta el estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional. Diario Oficial. Bogotá, 1968. No. 32.687 de 26 de diciembre de 1968.

----- Decreto 3135. (26, diciembre, 1968). Diario Oficial. Bogotá, 1968. No. 32.689 de 20 de enero de 1969. Art. 5.

----- Decreto 56. (15, enero, 1975). Por el cual se sustituye el Decreto-ley número 654 de 1974 y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, 1975. No. 34.260 de 19 de febrero de 1975.

----- Decreto 1650. (18, julio, 1977). Por el cual se determinan el régimen y la administración de los seguros sociales obligatorios, y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, 1977. No. 34.840 de 5 de agosto de 1977.

----- Decreto 1651. (18, julio, 1977). Por el cual se dictan normas sobre administración de personal en el Instituto de Seguros Sociales. Diario Oficial. Bogotá, 1977. No. 34.840 de 5 de agosto de 1977.

----- Decreto 1653. (18, julio, 1977). Por el cual se establece el régimen especial de prestaciones sociales de los funcionarios de seguridad social que prestan sus servicios al Instituto de Seguros Sociales. Diario Oficial. Bogotá, 1977. No. 34.840 de 5 de agosto de 1977.

----- Decreto 2148. (30, diciembre, 1992). Por el cual se reorganiza el Instituto de Seguros Sociales, ISS. Diario Oficial. Bogotá, 1992. No. 40.706 de 2 de enero de 1993.

----- Decreto 1403. (10, julio, 1994). Por el cual se aprueba el Acuerdo No. 62 del 29 de junio de 1994 del Consejo Directivo del Instituto de seguros sociales que adopta la estructura interna y establecen las funciones de sus dependencias. Diario Oficial. Bogotá, 1994. No. 41418 de 1 de julio de 1994.

----- Decreto 1092. (24, mayo, 2012). Por el cual se reglamentan los artículos 7° y 8° de la Ley 411 de 1997 en lo relativo a los procedimientos de negociación y solución de controversias con las organizaciones de empleados públicos. Diario Oficial. Bogotá, 2012. No. 48.440 del 24 de mayo de 2012.

----- Decreto ley 1750. (26, junio, 2003). Por el cual se escinde el Instituto de seguros sociales y se crean unas Empresas Sociales del Estado. Diario Oficial. Bogotá, 2003. No. 45.230 de 26 de junio de 2003.

COLOMBIA. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Documento CONPES No. 3219. (31, marzo, 2003). Plan de modernización, Instituto de Seguros Sociales-Sector Salud. Bogotá: El Departamento, 2003.

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. Resolución No. 0043 (16, enero, 1996).

----- Resolución No. 1416 (31, julio, 1998).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. [En línea]. [Citado el 15 de junio de 2013]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_13_esp.pdf.

CUÉLLAR LÓPEZ, María Mercedes. Los sindicatos y la asignación del ingreso en Colombia. Un siglo de historia laboral en Colombia. Bogotá: Universidad de los Andes, 2009.

DE LAUBADERE, André. Manual de Derecho Administrativo. Bogotá: Temis, 1984.

GALVIS GAITÁN, Fernando. Manual de Ciencia Política. Bogotá: ESAP, Centro de Publicaciones, 1994.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo I y II. 8a ed. Madrid: Civitas, 1997.

GONZÁLEZ HERAZO, Edgardo Rafael. La difícil libertad sindical y las relaciones de conflicto en Colombia. Estudio de Derecho Comparado. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2010.

GONZÁLEZ SALAS, Édgar. El laberinto institucional colombiano 1974-1994. Fundamentos de administración pública. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1997.

----- . La política pública de salud y la fallida emergencia social: ¿hay soluciones? En: Política Colombiana. Abril-junio, 2010, no. 4, p. 103-121.

GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Parte general. Medellín: Biblioteca Jurídica DIKE, 1998.

HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto. El nuevo Código y la constitucionalización del Derecho Administrativo. En: Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo

Código. Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011. Bogotá: Consejo de Estado, 2012. p. 11-26.

HERRERA ROBLES, Aleskey. Los derechos adquiridos frente a la función administrativa. [En línea]. [Citado el 18 de julio de 2013]. Disponible en: <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/download/2977/2054>

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES. Guillermo Fino: Informe un año de gestión: julio de 2001-julio 2002. Bogotá: El Instituto, 2002.

----- ISS, 60 Años de Seguridad Social. Bogotá: El Instituto, 2006.

----- Plan indicativo de gestión 1996-1998. Bogotá: El Instituto, 1996.

JARAMILLO, Iván. El futuro de la salud en Colombia. La puesta en marcha de la Ley 100. 3a ed. Bogotá: Fundación Friedrich Ebert de Colombia (FESCOL), Fundación Corona, Fundación para la Educación Superior (FES) y Fundación Restrepo Barco, 2007.

JIMÉNEZ, William W. Eficiencia pública y legitimidad política. Consideraciones a propósito de la reforma del Estado. En: Administración y Desarrollo. ESAP. Bogotá D.C., Diciembre, 2002, Revista No.38, p. 31-32.

JUVINAO, Mario y BERNAL, Reinaldo. Reflexiones de la administración pública. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2002.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional. Análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales. Teoría del Derecho Judicial. 4a ed. Bogotá: LEGIS, UNIANDES, 2002.

MENDOZA PALOMINO, Álvaro. Teoría y sinopsis de la Constitución de 1991. Santafé de Bogotá: Doctrina y Ley, 1992.

MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto. Transformación de la función administrativa. Evolución de la administración pública. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005. (Serie Colección Profesores; no. 37).

MUÑOZ SEGURA, Ana María. La reforma constitucional de 1936 y el camino hacia la construcción de la seguridad social.[En línea]. [Citado el 3 de agosto de 2013]. Disponible en:

www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/vniver/cont/120/cnt/cnt5.pdf.

NÁJERA, Fernando. Irresponsabilidad individual: ¿consecuencia no intencionada del estado benefactor?[En línea]. [Citado el 15 de junio de 2013]. Disponible en: http://www.eleutheria.ufm.edu/ArticulosPDF/090621_fernando_najera.pdf.

NIÑO PÉREZ, Rocío y RODRÍGUEZ GARRETA, Jaime. El derecho de asociación sindical como un derecho fundamental. Bogotá: Universidad La Gran Colombia, 2009.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Constitución de la Organización Internacional del Trabajo. [En línea]. [Citado el 6 de agosto de 2013]. Disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/leg/download/constitucion.pdf>.

----- Convenio 087 del 9 de julio de 1948: Sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación. [En línea]. [Citado el 8 de julio de 2013].

Disponible en:

www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312232:NO.

-----, Convenio 098 del 1 de julio de 1949: Sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva. [En línea]. [Citado el 20 de junio de 2013]. Disponible en: www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C098.

-----, Promoción de la negociación colectiva convenio No. 154. [En línea]. [Citado el 22 de junio de 2013]. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/documents/publication/wcms172300.pdf.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. Declaración Universal de los Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948. [En línea]. [Citado el 8 de julio de 2013]. Disponible en:

http://www.sedbogota.edu.co/archivos/Destacados/2013/simonu/1_Declaracion_Universal_DH.pdf.

-----, Las Naciones Unidas. [En línea]. [Citado el 8 de julio de 2013]. Disponible en: <https://www.un.org/es/aboutun/>.

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. La Organización Panamericana de la Salud y el Estado colombiano: cien años de historia 1902-2002. [En línea]. [Citado el 18 de junio de 2013]. Disponible en: http://www.col.ops-oms.org/centenario/libro/OPSeestado100_print.htm.

UNIÓN TRANVIARIOS AUTOMOTOR. Sindicato en el mundo. [En línea]. [Citado el 15 de agosto de 2013]. Disponible en: <http://www.utaweb.org.ar/view/enelmundo.aspx>.

PENAGOS, Gustavo. Empresas estatales. Proyección al Siglo XXI. Bogotá: Doctrina y Ley, 2000.

RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto. Retos y perspectivas del Derecho Administrativo. Segunda parte. Bogotá: Universidad del Rosario, 2009.

RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto et al. Globalización del Derecho Administrativo colombiano. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010.

RODRÍGUEZ, César. La globalización del Estado de Derecho. Bogotá: Universidad del Rosario, 2009.

RODRÍGUEZ, Julio Armando. El nuevo derecho del trabajo. Bogotá: LEYER, 1997.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo general y colombiano. 5a ed. Bogotá: TEMIS, 1989.

SILVA ROMERO, Marcel. Flujos y reflujos. Proyección de un siglo de Derecho Laboral colectivo en Colombia. 3a ed. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2005.

SUÁREZ MORIONES, Guillermo. Manual de Derecho Civil. Parte general. Bogotá: Fundación Universitaria Autónoma De Colombia, 1990.

YUNES MORENO, Diego. Panorama de las reformas del Estado y de la administración pública. Bogotá: Universidad del Rosario, 2004.

VALERO RODRÍGUEZ, Jorge Humberto. Derechos adquiridos en el Derecho Laboral. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2012.

VILLEGAS ARBELÁEZ, Jairo. Derecho Administrativo Laboral. Tomos I y II. 6a ed. Bogotá D. C.: Legis, 2004.