

INSTITUTO DE SALUD DE LAS FUERZAS MILITARES - Supresión / HOSPITAL MILITAR CENTRAL - Creación / HOSPITAL MILITAR CENTRAL - Vinculación empleados públicos o trabajadores oficiales / REGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL - Hospital Militar Central / NIVELACION SALARIAL - Ministerio de Defensa Nacional

En primer lugar conviene precisar que de conformidad con la ley 352 del 17 de enero de 1997 que derogó el Decreto 1301 de 1994, "Por la cual se reestructura el Sistema de Salud y se dictan otras disposiciones en materia de Seguridad Social para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional" se dispuso la supresión del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, así como la creación del Hospital Militar Central como un establecimiento público del orden nacional adscrito al Ministerio de Defensa, con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa. Así mismo, dicha normatividad estableció que las personas vinculadas al Hospital Militar Central tendrían el carácter de empleados públicos o trabajadores oficiales, y que aquellas que laboraban al servicio de la Unidad Prestadora de Servicios Hospital Militar Central, debían ser incorporadas al establecimiento público del orden nacional previsto en el citado artículo 40, es decir, al Hospital Militar Central. Atendiendo lo dispuesto en la norma que transformó el Hospital Militar Central y en razón a que el Gobierno Nacional no ha expedido régimen especial en materia de salarios para los funcionarios al servicio de la entidad, se deduce que, en materia salarial y prestacional, se les aplican las normas generales que regulan la materia, como son las contenidas en el Decreto 1042 de 1978 aplicable a los empleos del sector central y descentralizado del orden nacional. Con ocasión de la jornada de protesta de los funcionarios de salud del Ministerio de Defensa, adelantado entre el 18 de abril y el 6 de mayo de 1997, representantes del Ministerio de Defensa Nacional, Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, Hospital Militar Central y la Asociación de Servidores Públicos del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares "ASEMIL", suscribieron un Acuerdo el 6 de mayo de 1.997, referido entre otros aspectos, a la constitución de un grupo de trabajo que estudiara la nivelación salarial de los funcionarios que pertenecían a la Planta de Personal del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, que fue incorporado en la Planta de Salud del Ministerio de Defensa Nacional. Si bien el Ministerio de Defensa, se comprometió a estudiar la viabilidad de la nivelación salarial a todos sus trabajadores, a partir de noviembre 1º de 1997, el Ministerio no podía ordenar directamente esa nivelación y no tenía la competencia para ello, porque de acuerdo a lo establecido en la Ley 4ª de 1992, es al Gobierno Nacional, en cabeza del Presidente de la República, a quien le corresponde fijar el régimen salarial de los empleados públicos de la rama ejecutiva del orden nacional.

MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - Nivelación salarial / ACUERDO DE NIVELACION SALARIAL - Está supeditado a un acuerdo condicionado / NIVELACION SALARIAL - Debe ser expedido por el Presidente de la República / DERECHO DE NEGOCIACION COLECTIVA - No vulnerado

El compromiso del Ministerio de Defensa en el acta de acuerdo de mayo 6, numeral 3º, fue establecer un grupo de trabajo que estudie la nivelación salarial, teniendo como parámetros los topes máximos establecidos en el Decreto 194 de 1997 y el decreto 031 de 1997 y gestionar la obtención de recursos para éste propósito. El acta final de éste acuerdo se firmó el 25 de junio de 1997 y en cuanto a la nivelación, en el numeral 1º, se acordó que el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares o quien lo sustituya se compromete a pagar la nivelación salarial a todos sus trabajadores aplicando los topes máximos del decreto 194 de 1997 a partir del 1º de noviembre de 1997 hasta dos meses máximo dependiendo de los recursos que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público asigne para ésta vigencia

y que sean adicionales a los señalados en la ley de excedentes. Se evidencia en el expediente que el Ministerio de Defensa insistió ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para obtener los recursos para la nivelación salarial, sin embargo la respuesta a su solicitud fue negada aduciendo que el sistema de salud de las fuerzas militares, acorde a lo establecido en la ley 352 de 1997, debía autofinanciarse. El principal argumento es el desconocimiento de las actas que contienen declaraciones de voluntad o compromisos, que eventualmente puede hablarse de incumplidas, pero que en la realidad, y como se lee en las mismas, se trataba de acuerdos condicionados, sometidos en primer lugar a aprobaciones presupuestales por parte del Ministerio de Hacienda y en segundo lugar a otros factores que no dependen de la exclusiva liberalidad de quien suscribió las actas, como lo es en éste caso, decretar nivelación salariales sin la competencia para ello. En gracia de discusión y en el supuesto que hubiera existido la apropiación presupuestal para asumir el pago de esas nivelaciones, el Ministerio no podía ordenar la nivelación salarial y prestacional, menos disponer su pago, porque para ello hubiera sido necesario un acto administrativo expedido por el Presidente de la República de acuerdo a lo establecido en la Ley 4ª de 1992.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de abril de dos mil doce (2012).

Radicación número: 08001-23-31-000-2002-01064-01(0889-10)

Actor: FERNANDO IGNACIO GARCIA HURTADO

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 13 de mayo de 2009 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda interpuesta por FERNANDO IGNACIO GARCIA HURTADO, en procura de obtener la reclasificación del código y grado en el cargo que ocupaba dentro de la planta del personal de salud del Ministerio de Defensa Nacional.

I. ANTECEDENTES

1. LA ACCIÓN

El actor por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, demandó ante el a quo la nulidad contenida en el Oficio No 94893/ CGFM-DGSM-DL-730 de 5 de diciembre de 2001, suscrito por el Director General de Sanidad Militar, del Ministerio de Defensa, que niega la reclasificación en el Código 3120 Grado 22 y le mantienen la asignación salarial determinada para el Código 3010 Grado 17.

2. PRETENSIONES

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condene a la entidad demandada a pagar la diferencia salarial más las prestaciones correspondientes al código y grado en que solicita sea reclasificado de acuerdo con los Decretos 031 de 1997, 040 de 1998, 035 de 1999, 1460 de 2001 y que se le reconozca y paguen los ajustes de valor sobre estas sumas conforme al índice de precios al consumidor como lo autoriza el artículo 177 del C.C.A.

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Manifestó el demandante que, el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades otorgadas en el artículo 248 de la Ley 100 de 1993, expidió el Decreto Ley No 1301 de 1994, que creó el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares, de la Policía Nacional y del personal no uniformado de la Policía Nacional, así como el de sus entidades descentralizadas, el cual se divide en el subsistema de salud de las Fuerzas Militares y en el subsistema de salud de la Policía Nacional.

El Decreto 1301 de 1994, estableció el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares como establecimiento público del orden nacional al cual fueron incorporados los servidores públicos del Hospital Militar Central, a partir del 1º de marzo de 1996 y dentro de los cuales se encuentra el actor.

Mediante la Ley 352 de 1997 (artículo 53) se suprimió el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y se ordenó en su artículo 54, que las personas que prestaban sus servicios en la unidad prestadora de servicios del Hospital Militar Central, serían incorporados a éste establecimiento público, creado en la misma ley que se cita.

El día 6 de mayo de 1997 y para efectos de la incorporación de los empleados del Instituto, se suscribió un acta entre varios representantes del Ministerio de Defensa, del Instituto que se liquidaba, del Hospital Militar Central y miembros de ASEMIL en la que se pactó la nivelación salarial a todos los trabajadores del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares aplicando los topes máximos del Decreto 194 de 1997.

La planta de personal del Hospital Militar se estableció por Decreto No 04 de enero 2 de 1998 con 1632 cargos que no fueron objeto de nivelación salarial y la asignación de cargos de los servidores públicos provenientes del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares se realizó mediante la incorporación con los códigos y grados que tenían en dicho Instituto, situación dentro de la cual está incluido el demandante.

Afirmó el demandante, que con la expedición de ese decreto se niveló a más del 70% de los trabajadores del Hospital Militar Central y se dejó por fuera del grupo a los servidores públicos incorporados a la planta del personal de salud del Ministerio de Defensa, donde se encontraba el actor. Considera, que se le discrimina frente a los servidores públicos del Hospital Militar Central que tiene funciones idénticas o similares.

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Constitución Nacional Artículos 4, 13, 25, 39, 53, 55 y 90; Decretos 031 y 194 de 1997; Ley 352 de 1997; Decreto Ley 1214 de 1990; Decreto Ley 1301 de 1994; Decretos 1792 y 1795 del 2000; Código Contencioso Administrativo artículos 85, 177 y 178; e Informe 322 OIT estudio 2015 de junio de 2000.

El acto administrativo es acusado de contrario a la Constitución Nacional, porque se viola el derecho a la igualdad consagrado en los artículos 13 y 53 de la Constitución, en la medida en que el actor está prestando un servicio en la planta de personal de salud del Ministerio de Defensa Nacional, cuya remuneración es inferior a la que tienen asignada los servidores públicos del Hospital Militar Central. Igualmente se desconoce el artículo 25, ya que el Ministerio de Defensa está obligado a proteger y garantizar el trabajo de sus servidores públicos y viola el artículo 53 en cuanto desacata el mandato de otorgar al actor un salario proporcional a la cantidad y calidad de trabajo que desempeña.

Son vulnerados de igual forma los artículos 39 y 55 de la Constitución Nacional por cuanto desconocen el derecho de asociación sindical.

Por último señala que el Decreto Ley 1214 de 1990, por medio del cual se reforma el Estatuto y el Régimen Prestacional Civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional, está siendo desconocido en su integridad.

5. CONTESTACIÓN DEMANDA

La demandada señaló, que el Hospital Militar Central incorporó a la planta de personal del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, a los 89 profesionales relacionados en el acto administrativo demandado, en los códigos y grados referidos en las Resoluciones 00036, 00037 y 0038 de 1998 de conformidad con lo previsto en el artículo 54 de la Ley 352 de 1997; garantizando a todo el personal las condiciones salariales y prestacionales que gobernaban sus respectivos empleos.

Frente al acuerdo suscrito el 6 de mayo de 1997, señaló que éste tuvo su origen en el cese de actividades realizado por empleados pertenecientes a la Asociación Sindical de Servidores Públicos del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares - ASEMIL- , entre el 18 de abril y el 6 de mayo de 1997. Entre los puntos que fueron acordados, se acordó la designación un grupo de trabajo que estudiara la nivelación salarial, teniendo como parámetros los topes máximos establecidos en el Decreto 194 de 1997, y el Decreto 031 de 1997 y que gestionara la obtención de recursos para éste propósito. La etapa de estudio debería terminarse en un plazo máximo de 45 días calendario a partir de la fecha. El acta final de éste acuerdo se firmó el 25 de junio de 1997 y estableció en cuanto a la nivelación, que el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares o quien lo sustituyera se comprometía a pagar la nivelación salarial a todos sus trabajadores aplicando los topes máximos del Decreto 194 de 1997 a partir del 1º de noviembre de 1997 o hasta máximo dos meses dependiendo de los recursos que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público asignara para ésta vigencia y que fueran adicionales a los señalados en la ley de excedentes. El Comité rindió el respectivo informe para la nivelación salarial, sin embargo, no obtuvo aprobación por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Propuso la excepción de inconstitucionalidad argumentando dos tesis: la primera que corresponde al Gobierno Nacional establecer directamente los salarios y prestaciones sociales de todos los empleados públicos, entre ellos, las de los miembros de la fuerza pública, de conformidad con la Ley 4ª de 1992 y el artículo 193 de la Ley 100 de 1993, que hace referencia específicamente a los trabajadores y profesionales de la salud. La nivelación salarial conllevaría además realizar modificaciones en las denominaciones y nomenclaturas de empleos que actualmente desempeñan el funcionario interesado, lo que necesariamente implica modificaciones en la planta de personal y ascensos en los empleos, procedimiento que se encuentra prohibido al tenor del artículo 125 de la Constitución Nacional. La segunda: la inaplicabilidad de las actas suscritas en mayo 6 y junio 25 de 1997, entre ASEMIL y el Ministerio de Defensa, en cuanto modifican sin competencia el régimen salarial de los empleados públicos y resultan a la vez ineficaces en cuanto que el Congreso, ni el Gobierno, de conformidad con la Constitución y la Ley han materializado esos convenios.

6. SENTENCIA APELADA

El Tribunal negó las pretensiones elevadas por el actor. (fls. 280-294). El A quo señaló, que el demandante pretende que se declare la nulidad del oficio Nro 94893 de diciembre 5 de diciembre 5 de 2002, en razón principalmente porque con la negativa a la nivelación salarial solicitada, se desconoce el derecho de asociación sindical y la concertación que se llevó a cabo entre la Organización Sindical ASEMIL y el Ministerio de Defensa Nacional y Hospital Militar Central, con fundamento en las actas de Acuerdo de mayo 7 y junio 25 de 1997.

Precisa, que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, artículo 85 del CCA, es aquella de la que puede hacer uso toda persona que se crea lesionada en su derecho amparado por una norma jurídica, cuando se entienda que el desmedro deviene con la expedición de un acto administrativo, en tanto el mismo se expidió violando las normas en que debía fundarse, cuando hubo de ser proferido por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia o de defensa, mediante la falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió. Sin embargo, el actor esgrime como elemento infractor de la norma acusada y por lo tanto la conculcación de su derecho

particular eventualmente desconocido, unas declaraciones de voluntades unilaterales celebradas entre la Asociación de Servidores Públicos - ASEMIL- y el Ministerio de Defensa, cuyo eventual incumplimiento no comporta una connotación que de por sí prospere como causal de nulidad del acto que negó los beneficios salariales, mucho menos trae como consecuencia el restablecimiento económico.

7. EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte actora inconforme con la decisión de primera instancia la apela dentro de la oportunidad correspondiente.

Afirma, que su apelación tiene fundamento en la negociación celebrada entre ASEMIL, el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y el Ministerio de Defensa Nacional contenida en el Acta de Acuerdo No 06 de mayo de 1997, que dió origen al acta final firmada en junio 25 del mismo año, en la que se determinó que el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares o quien lo sustituya se compromete a pagar la nivelación salarial a todos sus trabajadores aplicando los topes máximos del Decreto 194 de 1997 a partir del primero de noviembre de 1997.

Considera, que el acto acusado genera una discriminación porque los servidores del Hospital Militar si fueron nivelados en sus salarios de conformidad con el Decreto 194 de 1997, el cual establece los cargos y las asignaciones para el sector salud del orden territorial, cuya homologación está contenida en los Decretos 2839 de 1937 y Decreto 04 de 1997, en concordancia con la nivelación salarial pactada entre ASEMIL y el Ministerio de Defensa.

Asevera, que está demostrado dentro de la actuación procesal que en razón a las funciones que ejerce el actor, la nivelación de que fue objeto no corresponde a lo establecido en las actas de acuerdo suscritas. El cambio de grado salarial nunca significó un incremento de salario del mandante, pues la nivelación que reclamaba es muy superior a la que empezó a percibir como consecuencia del cambio de cargo y grado.

Señaló, que los convenios Nos 151 y 154 de la OIT se encuentran vigentes, porque así lo confirmó la Corte Constitucional mediante la sentencia C-123 de 2005. Respecto del derecho de negociación colectiva de los empleados públicos,

la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 416 del CST, en el entendido que si bien no puede presentar pliego de peticiones, ni celebrar convenciones colectivas, ello no les impedía ejercer el derecho de la negociación colectiva.

8. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Adujo, que el Ministerio de Defensa firmó un acuerdo con ASEMIL y el Instituto para la Salud de las Fuerzas Militares para que se estudiara la nivelación salarial, tuviera como parámetros los topes máximos de los decretos 194 y 031 de 1997, y para que gestionara la obtención de los recursos requeridos. Sin embargo, si bien se comprometió a pagar la nivelación salarial a todos sus trabajadores, a partir de noviembre 1º de 1997, el Ministerio no podía ordenar directamente esa nivelación, porque para ello se requería un acto administrativo del Presidente de la República, de acuerdo con lo establecido en la Ley 4ª de 1992; por lo tanto las actas del convenio por sí solas no hacen posible la nivelación como lo pretende el demandante, teniendo en cuenta que el régimen especial que regula a los empleados públicos exige el cumplimiento de unos requisitos que no pueden ser desconocidos.

De otra parte, cita sentencia proferida por ésta Sección, de 2 de octubre de 2008, en donde se afirma que las actas, convenios o acuerdos colectivos, no pueden ser aplicados, si existen disposiciones de nivel constitucional y legal que regulan la materia y que han sido expedidas por las autoridades competentes. La Corporación ha manifestado, que los empleados públicos no pueden ser favorecidos por los mismos beneficios pactados en las convenciones colectivas, bajo la premisa que ello supone un contrato de trabajo, circunstancia que se encuentra regida por un régimen legal distinto al aplicable a los empleados públicos.

Por último dice, que la Oficina Internacional del Trabajo - OIT - recomendó al Gobierno Nacional, entre otros asuntos, tomara las medidas necesarias para que garantizara el cumplimiento del acuerdo colectivo pactado en mayo de 1997 y ello solo podía estar referido al procedimiento que se tenía que adelantar para que el Presidente fijara la nueva escala salarial.

II. CONSIDERACIONES

El asunto se contrae a examinar la legalidad del Oficio No. 94893 de diciembre 5 de 2001, suscrito por el Director de Sanidad del Hospital Militar Central, que denegó la solicitud elevada por el actor, quien ingresó como médico especialista de la Armada Nacional en 1995, para el reconocimiento de una nivelación y pago de las diferencias salariales y prestacionales a que cree tener derecho por ese concepto. (Folios 70-75 Cdo. Ppal.).

Para lo cual se debe establecer en primer término, si está demostrado que en razón de las funciones del actor, la nivelación de que fue objeto no corresponde al acuerdo suscrito, como se afirma; en segundo lugar, debe dilucidarse si el Ministerio de Defensa está obligado a efectuar la nivelación salarial y prestacional que ruega el demandante, atendiendo el acta de acuerdo suscrito entre ASEMIL y el Instituto de Salud para las Fuerzas Militares; en caso afirmativo, precisado éste punto, establecer si el Ministerio de Defensa tiene competencia para ello y por último examinar si los convenios 151 y 154 de la OIT se aplican al caso en estudio.

1. PROBLEMA JURÍDICO

Establecer si legalmente le asiste o no el derecho al actor de ser reclasificado en el Código 3120 Grado 22 en la planta de personal de salud del Ministerio de Defensa, en virtud de la negociación celebrada entre ASEMIL, el Instituto de Salud para las Fuerzas Militares y el Ministerio de Defensa Nacional contenida en el Acuerdo de 6 de mayo de 1997, quedó origen al acta Final del Comité de Seguimiento del acuerdo citado.

2. MARCO JURÍDICO

En primer lugar conviene precisar que de conformidad con la ley 352 del 17 de enero de 1997 que derogó el Decreto 1301 de 1994, "Por la cual se reestructura el Sistema de Salud y se dictan otras disposiciones en materia de Seguridad Social para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional" se dispuso la supresión del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, así como la creación del Hospital Militar Central como un establecimiento público del orden nacional adscrito al Ministerio

de Defensa, con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa:

“ARTÍCULO 40. NATURALEZA JURÍDICA. *A partir de la presente Ley, la Unidad Prestadora de Servicios Hospital Militar Central se organizará como un establecimiento público del orden nacional adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, que se denominará Hospital Militar Central, con domicilio en la ciudad de Santa Fe de Bogotá, D.C.*

...

ARTÍCULO 53. SUPRESIÓN DE LOS ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS. *Ordenase la supresión y liquidación de los establecimientos públicos denominados Instituto de Salud de las Fuerzas Militares e Instituto para la Seguridad Social y bienestar de la Policía Nacional, creados mediante el Decreto 1301 del 22 de junio de 1994 y la Ley 62 del 12 de agosto de 1993, respectivamente, dentro de un plazo máximo de un año, contado a partir de la vigencia de la presente ley.*

PARÁGRAFO 1o. *Los institutos seguirán cumpliendo sus respectivas funciones hasta tanto las Fuerzas Militares y la Policía Nacional puedan asumir plenamente las funciones asignadas en el título I. Las actividades, estructura y planta de personal de los institutos se irán reduciendo progresivamente hasta desaparecer en el momento en que finalice su liquidación, garantizando la continuidad de la vinculación del personal en los términos del artículo siguiente.*

PARÁGRAFO 2o. *Durante el proceso de liquidación se aplicarán a los institutos en liquidación las normas contractuales, presupuestales y de personal propias de los establecimientos públicos.*

Así mismo, dicha normatividad estableció que las personas vinculadas al Hospital Militar Central tendrían el carácter de empleados públicos o trabajadores oficiales, y que aquellas que laboraban al servicio de la Unidad Prestadora de Servicios Hospital Militar Central, debían ser incorporadas al establecimiento público del orden nacional previsto en el citado artículo 40, es decir, al Hospital Militar Central:

“ARTICULO 46. REGIMEN DE PERSONAL. *Las personas vinculadas al Hospital Militar Central tendrán el carácter de empleados públicos o trabajadores oficiales conforme a las normas vigentes, **aunque en materia salarial y prestacional deberán regirse por el régimen especial establecido por el Gobierno Nacional.***

...

ARTÍCULO 54. PERSONAL. *Los empleados públicos y trabajadores oficiales que actualmente prestan sus servicios en el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y en el Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional, se incorporarán a las plantas de personal de salud del Ministerio de Defensa Nacional o de la Policía Nacional, según sea el caso, conforme a la reglamentación especial que al respecto expida el Gobierno Nacional, garantizando los derechos adquiridos y sin tener que presentar o cumplir ningún requisito adicional.*

PARÁGRAFO 1o. *Inicialmente, las personas incorporadas continuarán prestando sus servicios en las mismas unidades y establecimientos en que laboraban antes de la expedición de la presente ley.*

PARÁGRAFO 2o. *El personal que actualmente presta sus servicios en la unidad prestadora de servicios Hospital Militar Central, se incorporará al establecimiento público de orden nacional, previsto en el artículo [40](#) de la presente ley.”*

Atendiendo lo dispuesto en la norma que transformó el Hospital Militar Central y en razón a que el Gobierno Nacional no ha expedido régimen especial en materia de salarios para los funcionarios al servicio de la entidad, se deduce que, en materia salarial y prestacional, se les aplican las normas generales que regulan la materia, como son las contenidas en el Decreto 1042 de 1978 aplicable a los empleos del sector central y descentralizado del orden nacional.

Sobre el particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación manifestó mediante concepto del 9 de marzo de 2000, M.P. Dr. Flavio Rodríguez Arce, lo siguiente:

“Así las cosas, mientras se expide por el Gobierno Nacional el régimen especial en materia salarial para los empleados públicos y trabajadores oficiales vinculados al Hospital Militar, conforme el mandato del artículo 46 de la ley 352 de 1997, debe acudirse a la aplicación de las normas generales que regulan el asunto de la consulta, esto es, el decreto 1042 de 1978, expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias por la ley 5ª. De 1978, aplicable a los empleos del sector central y descentralizado del orden nacional”

En ese orden de ideas, el Presidente de la República expidió el Decreto 02 de 1998, mediante el cual se aprobó el Acuerdo No 6 de la junta directiva del Hospital Militar, en el cual se adoptaron sus propios estatutos y en su artículo 23, frente al

régimen salarial de sus empleados, consagró que les serán aplicables las disposiciones que establezca el Gobierno Nacional y como ya se ha expuesto, el Gobierno no ha expedido tales normas, por tanto debe acudir a las normas generales que regulan la materia, tales como las contenidas en el Decreto 1042 de 1978 aplicable a los empleos del sector central y descentralizado del orden nacional.

Con ocasión de la jornada de protesta de los funcionarios de salud del Ministerio de Defensa, adelantado entre el 18 de abril y el 6 de mayo de 1997, representantes del Ministerio de Defensa Nacional, Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, Hospital Militar Central y la Asociación de Servidores Públicos del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares "ASEMIL", suscribieron un Acuerdo el 6 de mayo de 1.997, referido entre otros aspectos, a la constitución de un grupo de trabajo que estudiara la nivelación salarial de los funcionarios que pertenecían a la Planta de Personal del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, que fue incorporado en la Planta de Salud del Ministerio de Defensa Nacional.

Si bien el Ministerio de Defensa, se comprometió a estudiar la viabilidad de la nivelación salarial a todos sus trabajadores, a partir de noviembre 1º de 1997, el Ministerio no podía ordenar directamente esa nivelación y no tenía la competencia para ello, porque de acuerdo a lo establecido en la Ley 4ª de 1992, es al Gobierno Nacional, en cabeza del Presidente de la República, a quien le corresponde fijar el régimen salarial de los empleados públicos de la rama ejecutiva del orden nacional.

Sin embargo, el demandante reclama su nivelación esgrimiendo como argumento principal el incumplimiento por parte del Ministerio de Defensa de lo pactado en las actas de mayo 6 y junio 25 de 1997. Indica que su nivelación salarial fue producto de un acuerdo de concertación que el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y el Ministerio de Defensa aceptaron; que la concertación se instrumentalizó mediante decretos expedidos por el Gobierno Nacional que posteriormente desconoció la entidad demandada.

En efecto, la pretendida nivelación salarial no puede ser solamente producto de un Acuerdo Colectivo que como ya se expuso, es solo un documento que debe ser instrumentalizado. Es fundamental para su viabilidad, un estudio por parte de la

entidad en donde se definan los cargos que se requieren de acuerdo a las funciones, el equilibrio de las cargas, los perfiles, las competencias, los requisitos académicos y de experiencia y por supuesto que se cuente con las apropiaciones presupuestales correspondientes, o las autorizaciones previas, cuando se requiere comprometer vigencias futuras y el respeto por las competencias en materia salarial y prestacional de las autoridades competentes.

3. CASO CONCRETO

Dentro del expediente se verificó la siguiente prueba documental:

Copia Acta No 74 de abril 4 de 1995 (folio 27 cdno 3) donde el actor se posesionó como médico ginecólogo en la Armada Nacional Fuerzas Militares de Colombia.

Fotocopia autenticada del oficio No 94893 de diciembre 5 de 2001 donde se niega la reclasificación en código y grado al actor. (Folios72-75 cdno ppal)

Fotocopia de la Resolución No 114 de marzo 1º de 1996, por el cual se efectúan unas incorporaciones al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares (folio 17 cdno ppal).

Fotocopia del Decreto No 2839 de noviembre 26 de 1997, por el cual se modifica la planta global del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares en liquidación. (folio 30 cdno ppal).

Fotocopia del Decreto No 95 de enero 2 de 1998 (folios 39), por el cual se establece la planta de personal de salud del Hospital Militar Central.

Afirma el actor, que la nivelación de que fue objeto no corresponde al acuerdo suscrito. Al respecto se observa que fue nombrado como Especialista Jefe Médico Cirujano de la Armada Nacional mediante Resolución No 03121 de marzo de 28 de 1995 (folio 24 cdno 2) y se posesionó mediante acta no 74 de abril 4 de 1995. Ni en el acto de nombramiento, ni en el acta de posesión señalan su clasificación.

En marzo 1º de 1996 mediante acta No 2687 (folio 40 cdno 2) se incorpora a la planta global del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares como profesional especializado código 3010 grado16, con una asignación mensual de \$843.082.

Si bien no figura en el expediente copia de la Resolución No 114 de marzo 1 de 1996 mediante la cual se nombró al actor en la planta global del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, lo cierto es que ésta se deduce del contenido del acta de posesión No 2687 citada arriba.

Posteriormente y en virtud de la liquidación del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, el señor García Hurtado fue incorporado al cargo de profesional especializado 3010-17 de la planta de personal de salud del Ministerio de Defensa, de conformidad con la Resolución No 00037 de enero 15 de 1998.(folio 78 cdno 2).

En la apelación señala que hay discriminación, porque la nivelación de la que fue objeto el empleado no corresponde a lo establecido, sin embargo el demandante no demostró su afirmación, allegando el manual de funciones del empleo al que solicitaba ser nivelado, identificado con el código 3120 grado 22, a pesar de que le correspondía la carga de la prueba. Tampoco probó que el actor tuviera mejor derecho respecto del cargo al que solicita ser nivelado. Este principio fundamental se predica de aquellos empleados que se encuentran en idénticas circunstancias laborales, conforme a las funciones asignadas a cada empleo.

Argumenta que la función que cumple el actor resulta equiparable a las de otros empleos que se remuneran con mayor salario, para lo cual debe acreditar la identidad de funciones contra el manual de la entidad, pues la diferencia salarial real solo se fundamenta con éste. En el manual de funciones de la entidad se establecen las condiciones, las necesidades específicas para cada empleo, los deberes de carácter legal que tiene cada empleado en el cumplimiento del objeto de la entidad.

El manual de funciones contiene entonces de forma expresa y específica, el aporte que el empleado debe realizar para el cumplimiento del objeto de la entidad y en este orden, es el parámetro que define específicamente, la función que

acepta realizar un funcionario en el momento de someterse a las normas que lo regulan al tomar posesión de su cargo.

Así como no puede existir empleo público que carezca de funciones específicas, tampoco puede la administración exigir el cumplimiento de funciones diferentes a las señaladas en las normas reglamentarias de carácter funcional porque a diferencia del trabajador oficial, -que celebra un acuerdo con la administración-, el empleado público se somete a una condición laboral reglada en las normas.

El compromiso del Ministerio de Defensa en el acta de acuerdo de mayo 6 (folio 41), numeral 3º, fue establecer un grupo de trabajo que estudie la nivelación salarial, teniendo como parámetros los topes máximos establecidos en el Decreto 194 de 1997 y el decreto 031 de 1997 y gestionar la obtención de recursos para éste propósito. El acta final de éste acuerdo se firmó el 25 de junio de 1997 (folio 45) y en cuanto a la nivelación, en el numeral 1º, se acordó que el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares o quien lo sustituya se compromete a pagar la nivelación salarial a todos sus trabajadores aplicando los topes máximos del decreto 194 de 1997 a partir del 1º de noviembre de 1997 hasta dos meses máximo dependiendo de los recursos que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público asigne para ésta vigencia y que sean adicionales a los señalados en la ley de excedentes. Se evidencia en el expediente que el Ministerio de Defensa insistió ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para obtener los recursos para la nivelación salarial, sin embargo la respuesta a su solicitud fue negada aduciendo que el sistema de salud de las fuerzas militares, acorde a lo establecido en la ley 352 de 1997, debía autofinanciarse. (Folio 196 cdno ppal).

El principal argumento es el desconocimiento de las actas que contienen declaraciones de voluntad o compromisos, que eventualmente puede hablarse de incumplidas, pero que en la realidad, y como se lee en las mismas, se trataba de acuerdos condicionados, sometidos en primer lugar a aprobaciones presupuestales por parte del Ministerio de Hacienda y en segundo lugar a otros factores que no dependen de la exclusiva liberalidad de quien suscribió las actas, como lo es en éste caso, decretar nivelación salariales sin la competencia para ello. En gracia de discusión y en el supuesto que hubiera existido la apropiación presupuestal para asumir el pago de esas nivelaciones, el Ministerio no podía ordenar la nivelación salarial y prestacional, menos disponer su pago, porque para

ello hubiera sido necesario un acto administrativo expedido por el Presidente de la República de acuerdo a lo establecido en la Ley 4ª de 1992.

Para el caso jurídico que nos ocupa, el solo hecho del eventual incumplimiento de los compromisos pactados en las actas de mayo 6 y de junio 25 de 1997 no conlleva per se la nulidad de la actuación que negó las pretensiones del actor, como tampoco quedó demostrado el quebrantamiento de la normatividad invocada tal como lo afirmó el a-quo en su sentencia.

El Estado Colombiano se comprometió al suscribir e incorporar a la legislación interna los convenios 151 de 1978 y 154 de 1981 de la OIT, que los empleados se puedan organizar en sindicatos, y que, en tal virtud, gocen del derecho a la negociación colectiva, con el fin de lograr la solución concertada de los conflictos laborales que se presenten, pues estas organizaciones, tienen derecho a ser parte, según lo consagrado en la Constitución artículos 39 y 55, de las negociaciones y de participar en las decisiones que los afecten. En éste sentido, el sindicato de empleados públicos puede acudir a todos los mecanismos encaminados a lograr la concertación sobre sus condiciones de trabajo y salarios tal como lo señala la Corte Constitucional en sentencia C 1234 de 2005 ; sin embargo, reza en la misma sentencia, el ejercicio de éste derecho debe armonizarse con las restricciones propias de la condición de empleados públicos de los afiliados a estas organizaciones, es decir, que si bien pueden buscar la concertación, como sucedió en éste caso, también opera la decisión unilateral del Estado en cuanto a salarios y condiciones laborales. Por tanto, no se puede considerar vulnerado ningún derecho de negociación colectiva en el asunto bajo estudio; los acuerdos celebrados entre ASEMIL y el Ministerio de Defensa siempre estuvieron sujetos a condiciones que los podían hacer inviables, como es la decisión de Ministerio de Hacienda de negar la apropiación de los recursos para esa nivelación y exhortar al establecimiento público a autofinanciarse.

No habiéndose acreditado el quebrantamiento de la normatividad invocada ni de los derechos constitucionales fundamentales a la igualdad, al trabajo y a la prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades legales, y teniendo en cuenta que éste despacho falló un caso en similares circunstancias de hecho y de derecho, considera la Sala, que la sentencia proferida por el a quo amerita ser confirmada.

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

F A L L A

CONFIRMASE la sentencia de trece (13) de mayo de dos mil nueve (2009) proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, dentro del proceso promovido por FERNANDO IGNACIO GARCIA HURTADO contra la Nación-Ministerio de Defensa Nacional que negó las pretensiones de la demanda.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE,

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

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO