

REESTRUCTURACION DEL SISTEMA DE SALUD DE LAS FUERZAS MILITARES Y LA POLICIA NACIONAL – Finalidad / CONVENCION COLECTIVA – Trabajadores oficiales / ACUERDO COLECTIVA – Empleado público / EMPLEADO PUBLICO – Imposibilidad de presentar pliegos de peticiones y suscribir convenciones colectivas

Mediante la Ley 352 de 1.997, se reestructuró el Sistema de Salud y se dictaron otras disposiciones en materia de Seguridad Social para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. Por el Decreto número 3062 de 1.997 se ordenó la liquidación del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares. En el Capítulo II (art 2º) reguló las garantías laborales y se estableció que los empleados públicos y trabajadores oficiales que estuvieran prestando sus servicios en el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares se incorporarían a la Planta de Salud del Ministerio de Defensa Nacional o al Hospital Militar Central según el caso, respetando los derechos adquiridos conforme al artículo 54 de la Ley 352 de 1997. La misma norma estableció además en su artículo 3º, que la incorporación de los empleados públicos y trabajadores oficiales de que trata el artículo 2º ibídem se haría sin desmejorar las condiciones laborales y salariales de los empleados públicos y los trabajadores oficiales que prestaban sus servicios en el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y que se incorporaran en las Plantas de Personal de Salud que se crearan en el Ministerio de Defensa Nacional o en el Hospital Militar Central (num. 2º) y que al mismo personal se le aplicará el régimen salarial que rigiera para los empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional (art. 3º, num. 6º). Los dos mecanismos se encuentran protegidos por la Carta Política de 1991 –que le concedió rango constitucional- y desde antes, el país ya había incorporado a la legislación interna, mediante la Ley 27 de 1976, el Convenio 98 de la OIT *“relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva”*, en el cual *“se hace un especial énfasis en la libertad legislativa para adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales que propendan efectivamente a facilitar la expansión y creación de organizaciones de empleadores y trabajadores que utilicen la negociación colectiva”*. Sin embargo, en cuanto a su eficacia hay enormes diferencias. Respecto de los trabajadores oficiales y de los empleados particulares dado el vínculo contractual, la negociación se cristaliza en un contrato colectivo o convención colectiva; y a los empleados públicos, por su vinculación legal y reglamentaria, en un acuerdo colectivo. De manera que, el Acuerdo Colectivo es fruto de una petición de las organizaciones sindicales de empleados públicos respecto de sus relaciones laborales que tiene como límite la imposibilidad de presentar pliegos de peticiones y suscribir convenciones colectivas, pero que si obliga a la administración desde el punto de vista político, ético y jurídico, a instrumentalizarlo.

ACTA DE ACUERDO – Suscrita / ACTAS DE ACUERDO – Contiene convenio dispares / NIVELACION SALARIAL – No puede ser producto de un acuerdo colectivo

Ahora bien, en el *sub lite*, no se adjuntó el estudio realizado por el Comité de Seguimiento, que sería la base para la nivelación de los empleados representados por ASEMIL, y que daría lugar a instrumentalizar el Acuerdo. Tampoco, según afirma el demandado en la contestación del libelo, se obtuvo la viabilidad presupuestal del Ministerio de Hacienda, de manera que la condición suspensiva contemplada en las Actas, no pudo cumplirse, ya que los recursos dependían de la Cartera señalada, lo que sin duda impidió el cumplimiento total del Acuerdo. También observa la Sala, que las dos Actas que sirven de soporte a los actos demandados contienen convenios dispares. Mientras en el Acuerdo de 6 de mayo de 1.997 se determinó que la nivelación salarial se realizaría tomando como parámetro los toques máximos de los Decretos 194 y 031 de 1.997, el Acta Final del Comité de Seguimiento de 25 de junio de 1.997 consignó un aserto diferente, según el cual, el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares (o quien lo sustituyera), que fue uno de los organismos que suscribió el Acuerdo, se comprometía a pagar la nivelación salarial aplicando los toques máximos del Decreto 194 de 1.997, lo cual no puede entenderse como una modificación del Acuerdo, porque no intervinieron las mismas autoridades que lo suscribieron y dentro de las funciones del Comité no estaba la de cambiar o interpretar los términos del mismo, pues ellas se concretaban a: realizar un seguimiento del cumplimiento de los acuerdos suscritos; discutir aspectos pendientes sobre el derecho de asociación; analizar el tema de disponibilidad y prestaciones económicas no cumplidas, presentadas a partir de agosto de 1.996 y la incorporación de dos (2) trabajadores designados por “ASEMIL” al grupo de trabajo creado por el Instituto para estudiar y proponer la estructura de las nuevas plantas de personal. 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 como ya se dijo, que se cuente con las apropiaciones presupuestales correspondientes, o las autorizaciones previas del Confis cuando se requiere comprometer vigencias futuras (art. 71 del Decreto 111 de 1996) y el respeto por las competencias en materia salarial y prestacional de las autoridades competentes.

CARGO PUBLICO - Para ejercerlo debe estar creado / REINCORPORACION - No hubo desmejoramiento del cargo / TRATADOS DE LA OIT NO RATIFICADOS - No tienen carácter vinculante

En efecto, para ejercer un cargo público se requiere que se encuentre creado, es decir, que haga parte de la planta de personal, que tenga funciones definidas, que haya ingresado por concurso o por nombramiento discrecional o por contrato de trabajo y que se haya posesionado conforme a los requisitos de ley (artículos 6, 122 y 123 de la Carta Política). El actor había sido incorporado a la planta global del Instituto de Salud mediante la Resolución 0013 de 1 de marzo de 1996, en el cargo de profesional especializado 3010-15. Posteriormente, fue reincorporado en la Planta de Personal del Ministerio de Defensa Nacional, en el grado 17, código 3010, mediante Resolución 00036 de 15 de enero de 1998 (fl. 50-57); lo que implicó que no hubo desmejoramiento en su reincorporación, por el contrario, es posible que como le fueron aumentados dos grados, su salario hubiese sido incrementado. En conclusión, no hubo desmejoramiento en su reincorporación, siempre ha sido un profesional especializado tal y como se registra en los actos administrativos precedentemente señalados y por el contrario, se le dio cumplimiento a lo consagrado en el artículo 54 de la Ley 352 de 1997 y al Decreto 3062 de diciembre 23 de 1997 artículo 2. Finalmente, debe reiterarse como lo ha señalado insistentemente la Corte Constitucional, que las recomendaciones que como en el caso particular hace la O.I.T., no tienen carácter vinculante, son sugerencias para mejorar los climas laborales internos y más aún, cuando se trata de la fijación de salarios y prestaciones sociales, dada la competencia concurrente que existe en nuestra legislación; contrario es, cuando se trata de convenios y tratados ratificados por nuestro país, que sin son vinculantes porque pasan a hacer parte del bloque de constitucionalidad.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN "A"

CONSEJERO PONENTE: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., veinte (20) de enero de dos mil once (2011)

Radicación número: 25000 2325 000 2002 04952 01 (1594-2008)

Actor: MAURICIO MALAGÓN ROJAS

Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia del 7 de Febrero de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “D” dentro del proceso promovido por Mauricio Malagón Rojas contra la Nación Ministerio de Defensa Nacional, que declaró no probadas las excepciones propuestas y negó las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

Por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., el demandante solicitó al Tribunal la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. 94893 CGFM-DGSM-DL- 730 de 5 de diciembre de 2001, por el cual la Nación – Ministerio de Defensa Nacional- le negó el derecho a la nivelación salarial.

A título de restablecimiento del derecho, pidió que se ordene a la demandada, el reconocimiento y pago de la diferencia salarial, más la

incidencia prestacional, asignadas entre el código 3010 grado 17 y la que corresponde por las funciones desempeñadas que equivalen al código 3085 grado 19, de conformidad con los Decretos 031 de 1997, 040 de 1998, 035 de 1999, sentencia C- 1433 de octubre 23 de 2000, proferida por la Corte Constitucional y el Decreto 1460 de 2001. Que se de cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

Como ***fundamentos de hecho***, el actor afirmó que en ejercicio de las facultades extraordinarias consagradas en el numeral 6° del artículo 248 de la Ley 100 de 1993, el Presidente de la República expidió el Decreto Ley 1301 de 1994, por el cual 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 el de la Policía Nacional.

Dicho Decreto, creó el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares como establecimiento público de orden nacional, al cual fueron incorporados los servidores públicos del Ministerio de Defensa Nacional, a partir del 1 marzo de 1996, dentro los cuales estuvo el actor.

El demandante, era beneficiario del régimen salarial y prestacional consagrado en el Decreto 1214 de 1990, y al ser incorporado a Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, sus derechos se restringieron exclusivamente a lo consagrado en el título VI del mencionado Decreto.

Al realizar la incorporación, los derechos salariales y prestacionales que devengaba el actor como consecuencia de la aplicación exclusiva de Título VI, ibídem, fueron integrados al salario de acuerdo a

código y grado como empleados públicos del orden nacional, por tanto, eran inferiores a los devengados por los servidores públicos que provenían del Hospital Militar Central.

El 17 de enero de 1997 el Congreso de la República expidió la Ley 352 de 1997. En su artículo 53, suprimió el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y ordenó en el artículo 54, que las personas que prestaban sus servicios en el Instituto fueran incorporadas a la planta de Salud del Ministerio de Defensa, dentro de las cuales se encuentra el demandante, con excepción de los que prestaban sus servicios en la unidad prestadora de servicios del Hospital Militar Central.

Para efectos de la incorporación se suscribió un acta de acuerdo entre varios actores, en la que se dispuso entre otros tópicos, constituir un grupo de trabajo que estudiara la nivelación salarial, teniendo como parámetro los toques máximos del Decreto 194 de 1997. Este grupo de trabajo expidió un acta final en la que acordaron entre otros temas, la nivelación.

En cumplimiento del Acuerdo anterior, en concordancia con los Decretos 031 y 194 de 1997, fue expedido el Decreto 04 de enero 2 de 1998, que aprobó el Acuerdo 007 de la Junta Directiva del Hospital Militar Central, el número de cargos y el código y grado salarial para los servidores públicos provenientes de Instituto de salud de las Fuerzas Militares al Hospital Militar Central, nivelando a más de 70% de los trabajadores del Hospital, quienes se encontraban por debajo del promedio salarial de los demás trabajadores del sector salud, sin embargo, los servidores públicos incorporados a la planta de personal del Ministerio de Defensa, no fueron nivelados y entre ellos se encuentra el demandante.

Asegura, que las funciones que desempeña el actor no son las que establecieron los Decretos 031 y 194 de 1997, las cuales clasificó el Ministerio de manera irregular y discriminatoria. ASEMIL, ha solicitado el reconocimiento y pago de la nivelación salarial, con respuesta negativa del Ministerio.

En concreto, mediante Decreto 2839 del 26 de noviembre de 1997, se aprobó el Acuerdo 015 de 26 de noviembre del mismo año, que se haría la nivelación del año 1997, conforme a los topes dispuestos en el Decretos 194 de 1997 y 031 del mismo año.

La planta de personal de salud del Ministerio de Defensa Nacional, se estableció mediante Decreto 05 de enero 2 de 1998, con 1632 cargos. Los empleados públicos provenientes del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, se incorporaron con los códigos y grados salariales que tenían en dicho Instituto y de ese grupo hace parte el accionante.

La Oficina de la OIT estudió la queja de ASEMIL contra el Gobierno de Colombia, e hizo unas recomendaciones para que se respetara en cada una de sus partes el Acuerdo del 16 de mayo de 1997.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Consideró violados los artículos 4, 13, 25, 39, 53, 55 y 90 de la Carta Política. Decretos 031 y 194 de 1997; Decreto Ley 1214 de 1990; Decreto Ley 1301 de 1994 y Ley 352 de 1997; Decretos 1792 y 1795 de 2000, Código Contencioso Administrativo, arts. 85, 177 y 178; Informe 332 de

la OIT, Estudio 2015 de junio de 2000 y demás normas concordantes y reglamentarias.

Estimó, que se viola el derecho fundamental a la igualdad y a la ley y además se causa agravio injustificado al actor, porque 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 que realizan las mismas funciones. También se viola el mandato del artículo 53 C.P., porque desacata el mandato de otorgar al demandante un salario proporcional a la cantidad y calidad de trabajo que desempeña. De la misma manera se viola 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.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Por su parte, la entidad accionada se opuso a las pretensiones. Argumentó que el Acuerdo de 6 de mayo de 1997, tuvo su origen en el cese de actividades realizado por funcionarios pertenecientes a ASEMIL, entre el 18 de abril y 6 de mayo de 1997. Que de tal acuerdo se hizo un informe para la nivelación salarial pero no tuvo aprobación por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Señala, que el Acto Administrativo demandado es legal porque se ajusta a las disposiciones de carrera administrativa, pero que no se ha podido hacer concurso por la inexequibilidad declarada en la sentencia C-372

de 1999, sobre la existencia de la Comisión Nacional de Servicio Civil; por eso, desde 1998, no se ha efectuado la nivelación salarial o reclasificación de empleos. Aceptar las pretensiones del demandante sería realizar modificaciones en las denominaciones y nomenclaturas de los empleos que actualmente desempeñan los funcionarios interesados, violando el procedimiento señalado para tal fin, además sería contrario a las normas presupuestales.

Propone la excepción de inconstitucionalidad y la inaplicabilidad del Acuerdo de mayo 7 de 1997 y de los compromisos plasmados en el acta final del comité de seguimiento del 25 de junio de 1998, en materia de nivelación salarial, por violación manifiesta a la Constitución.

Sustenta la excepción propuesta, en que las actas convenio suscritas entre ASEMIL y el Ministerio de Defensa poseen naturaleza atípica, no se tratan de actos administrativos en sentido estricto, ni de convenciones colectivas por expresa prohibición legal y que no tenían la competencia para fijar unilateralmente las condiciones de trabajo y los emolumentos de los empleados públicos, porque son de competencia del Congreso y el Gobierno y las Asambleas Departamentales y Concejos Municipales.

Sobre las recomendaciones de la OIT indicó que no tienen obligatoriedad.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "D", declaró no probadas las excepciones propuestas y negó las súplicas de la demanda.

Aseveró, que la administración pública en todos sus órdenes y niveles debe actuar conforme a la Constitución y las Leyes. Que de acuerdo con los artículos 6, 121 y 122 de la C.P. no puede haber empleo que no tenga sus funciones en la ley o reglamento, y que los servidores públicos serán responsables por violación de la ley o extralimitación en las funciones que les corresponden.

Los salarios y demás prestaciones sociales que reciba cada funcionario, son los que se encuentran previamente establecidos en la norma, de acuerdo con el cargo que desempeñe. Las funciones de los empleos públicos se encuentran establecidas en las reglas que para tal efecto expide cada entidad, que no pueden ser asignadas de manera discrecional, ni tienen variaciones a elección de la autoridad pública para la cual se presten sus servicios.

Afirmó, que en el sub lite el demandante alegó que a pesar de haber sido incorporado en la planta de personal de salud del Ministerio de Defensa Nacional en el cargo de especializado código 3010 grado 17, el desempeña las funciones de un profesional especializado 3085 grado 19, pero tal afirmación no se encuentra probada en el plenario, porque no se demostraron las funciones que manifestó cumplir, por tanto, no se desvirtuó la violación al derecho a la igualdad, pues este se predica de personas que

se encuentren en las mismas circunstancias. Apoya este análisis en decisiones proferidas por esta Corporación¹ sobre la nivelación salarial.

Sobre lo anterior concluye, que la asignación básica de los servidores públicos se determina de acuerdo con el nivel, denominación y grado de cada empleo, elementos que varían dependiendo del mayor o menor grado de responsabilidad, de los requisitos exigidos, especialidad de las funciones, etc.

Sobre los Acuerdos suscritos entre la Asociación de Servidores Públicos del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares “ASEMIL”, el Ministerio de Defensa Nacional y demás autoridades del sector salud de las Fuerzas Militares, indicó la Sala de decisión, que las obligaciones allí acordadas deben ser materializadas a través de una norma previo cumplimiento de los requisitos para tal fin, teniendo en cuenta la competencia concurrente del Congreso, Gobierno, Asambleas Departamentales y Concejos Municipales².

De otro lado señaló, que las recomendaciones que haga la Organización Internacional del Trabajo O.I.T. no tienen carácter vinculante para los Estados y más en temas de salarios y demás prestaciones sociales de servidores públicos.

APELACIÓN

¹ Sentencia proferida el 29 de abril de 2004, Expediente 99-6078. M.P. Ana Margarita Olaya Forero

² C.377 de 1998

En su debida oportunidad procesal, la parte demandante interpuso recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia.

Reitera los argumentos de la demanda que descansan sobre tres puntos fundamentales: *Primero*, que la nivelación se solicita en virtud de la negociación celebrada entre ASEMIL, el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y el Ministerio de Defensa Nacional, contenida en el Acuerdo de 6 de mayo de 1997. *Segundo*, que el acto administrativo acusado, genera discriminación en consideración a que los servidores públicos del Hospital Militar Central si fueron nivelados en sus salarios de conformidad con el Decreto 194 de 1977. *Tercero*, que dentro del proceso está demostrado que el actor ejerce las funciones de Médico Especialista.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Se concreta en definir, si el actor tiene derecho a la nivelación salarial para incluirlo en el código 3085 grado 19 y no en el código 3010 grado 17 que viene desempeñando, en virtud de la negociación celebrada entre ASEMIL, el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y el Ministerio de Defensa Nacional, contenida en el Acuerdo de 6 de mayo de 1997, que dio origen al Acta Final del Comité de Seguimiento del Acuerdo citado.

Para resolverlo, se revisará la naturaleza jurídica y el alcance de las actas de negociación de los empleados públicos y el caso concreto.

Acta de Acuerdo y normas aplicables

Mediante la Ley 352 de 1.997, se reestructuró el Sistema de Salud y se dictaron otras disposiciones en materia de Seguridad Social para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, en su artículo 54 dispuso en lo pertinente:

“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” .*

Por el Decreto número 3062 de 1.997 se ordenó la liquidación del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares. En el Capítulo II (art 2º) reguló las garantías laborales y se estableció que los empleados públicos y trabajadores oficiales que estuvieran prestando sus servicios en el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares se incorporarían a la Planta de Salud del Ministerio de Defensa Nacional o al Hospital Militar Central según el caso, respetando los derechos adquiridos conforme al artículo 54 de la Ley 352 de 1997.

La misma norma estableció además en su artículo 3º, que la incorporación de los empleados públicos y trabajadores oficiales de que trata el artículo 2º ibídem se haría sin desmejorar las condiciones laborales y salariales de los empleados públicos y los trabajadores oficiales que prestaban sus servicios en el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y que

se incorporaran en las Plantas de Personal de Salud que se crearan en el Ministerio de Defensa Nacional o en el Hospital Militar Central (num. 2°) y que al mismo personal se le aplicará el régimen salarial que rigiera para los empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional (art. 3°, num. 6°).

Con ocasión de la jornada de protesta de los funcionarios de salud del Ministerio de las Fuerzas Militares, 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. Textualmente se acordó:

“SALARIOS: *Las partes acuerdan aplicar los Decretos que en desarrollo del numeral 1.1. del acuerdo estatal del 18 de febrero del 97, expida el Gobierno Nacional. Así mismo se constituirá un grupo de trabajo que estudie la nivelación salarial teniendo como parámetro los topes máximos del Decreto 194 del 97 y el Decreto 031 del 97 y gestione la obtención de los recursos requeridos para este propósito, buscando en todos los casos la máxima retroactividad posible. La etapa de estudio deberá terminarse en un plazo máximo de 45 días calendario, a partir de la fecha. El grupo de trabajo estará conformado por dos representantes de cada una de las partes”.* (fls. 41 -44 del cdno ppal). (Resaltado fuera del texto)

El Acta Final del Comité de Seguimiento del precitado Acuerdo suscrita el 25 de junio de 1.997, registró sobre la nivelación lo siguiente:

“NIVELACIÓN: *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 1.997. La nivelación del año 1997 se adelantará hasta máximo dos meses de la fecha mencionada anteriormente dependiendo de los recursos que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público asigne para esta vigencia y que sean adicionales a los señalados en la ley de excedentes. La nivelación se aplicará simultáneamente con la liquidación de la planta del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y la creación de las plantas de salud del Hospital Militar Central y de las Fuerzas Militares quedando las plantas creadas con los nuevos grados de los empleados. (fls. 45-48 cdno ppal). (resaltado y subraya fuera del texto)*

Del Acta de Acuerdo y de la normatividad transcrita se puede concluir que:

El “*acta de acuerdo*”, es el compromiso que concluye en un “*acuerdo colectivo*”, que para algunos doctrinantes³ se entiende como el derecho de negociación colectiva “*es así el género, el medio, la forma, el procedimiento, el mecanismo, lo adjetivo, el instrumento, en tanto, sus resultantes o especies 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*

³ *Jairo Villegas Arbelaez*, Empleados públicos y derecho de negociación colectiva. Universidad Externado de Colombia. 2001.

⁴ *Pleno* en la contratación colectiva y *limitado* en el acuerdo colectivo, según se desprende de la sentencia C-377/98 de la Corte Constitucional.

acuerdo colectivo, instrumentable por la autoridad constitucional para su eficacia jurídica.

Los dos mecanismos se encuentran protegidos por la Carta Política de 1991 –que le concedió rango constitucional- y desde antes, el país ya había incorporado a la legislación interna, mediante la Ley 27 de 1976, el Convenio 98 de la OIT *“relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva”*, en el cual *“se hace un especial énfasis en la libertad legislativa para adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales que propendan efectivamente a facilitar la expansión y creación de organizaciones de empleadores y trabajadores que utilicen la negociación colectiva”*.

Sin embargo, en cuanto a su eficacia hay enormes diferencias. Respecto de los trabajadores oficiales y de los empleados particulares dado el vínculo contractual, la negociación se cristaliza en un contrato colectivo o convención colectiva; y a los empleados públicos, por su vinculación legal y reglamentaria, en un acuerdo colectivo.

De manera que, el Acuerdo Colectivo es fruto de una petición de las organizaciones sindicales de empleados públicos respecto de sus relaciones laborales que tiene como límite la imposibilidad de presentar pliegos de peticiones y suscribir convenciones colectivas, pero que si obliga a la administración desde el punto de vista político, ético y jurídico, a instrumentalizarlo⁵.

⁵ Jairo Villegas Arbelaez, Empleados públicos y derecho de negociación colectiva. Universidad Externado de Colombia. Segunda edición, 2007

Ahora bien, en el *sub lite*, no se adjuntó el estudio realizado por el Comité de Seguimiento, que sería la base para la nivelación de los empleados representados por ASEMIL, y que daría lugar a instrumentalizar el Acuerdo. Tampoco, según afirma el demandado en la contestación del libelo, se obtuvo la viabilidad presupuestal del Ministerio de Hacienda, de manera que la condición suspensiva contemplada en las Actas, no pudo cumplirse, ya que los recursos dependían de la Cartera señalada, lo que sin duda impidió el cumplimiento total del Acuerdo.

También observa la Sala, que las dos Actas que sirven de soporte a los actos demandados contienen convenios dispares. Mientras en el Acuerdo de 6 de mayo de 1.997 se determinó que la nivelación salarial se realizaría tomando como parámetro los topes máximos de los Decretos 194 y 031 de 1.997, el Acta Final del Comité de Seguimiento de 25 de junio de 1.997 consignó un aserto diferente, según el cual, el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares (o quien lo sustituyera), que fue uno de los organismos que suscribió el Acuerdo, se comprometía a pagar la nivelación salarial aplicando los topes máximos del Decreto 194 de 1.997, lo cual no puede entenderse como una modificación del Acuerdo, porque no intervinieron las mismas autoridades que lo suscribieron y dentro de las funciones del Comité no estaba la de cambiar o interpretar los términos del mismo, pues ellas se concretaban a: realizar un seguimiento del cumplimiento de los acuerdos suscritos; discutir aspectos pendientes sobre el derecho de asociación; analizar el tema de disponibilidad y prestaciones económicas no cumplidas, presentadas a partir de agosto de 1.996 y la incorporación de dos (2) trabajadores designados por “ASEMIL” al grupo de trabajo creado por el Instituto para estudiar y proponer la estructura de las nuevas plantas de personal (fl. 43).

Por otro lado, ninguna entidad y no se excepciona la demandada, puede realizar una modificación a la planta de personal, llámese ajuste o nivelación, sin que previamente existan los estudios correspondientes y el respectivo soporte presupuestal. Una actitud distinta de la administración sería contraria a las normas laborales y presupuestales y una absoluta irresponsabilidad de los ordenadores del gasto, comprometiendo su responsabilidad penal, disciplinaria y fiscal.

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 como ya se dijo, que se cuente con las apropiaciones presupuestales correspondientes, o las autorizaciones previas del Confis cuando se requiere comprometer vigencias futuras (art. 71 del Decreto 111 de 1996) y el respeto por las competencias en materia salarial y prestacional de las autoridades competentes.

La Corte Constitucional en su función de realizar un control integral, previo y automático sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben, específicamente sobre el *“Convenio 151 sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública”*, adoptado en la 64ª reunión de la conferencia general de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 1978, y por la Ley N° 411 de 1997, *“por medio de la cual se aprueba dicho convenio”*, señaló sobre

los Acuerdos de los Empleados públicos que para el *sub iudice* es pertinente, lo siguiente:

“La Corte encuentra que esa armonización es posible, por cuanto la facultad de las autoridades de fijar unilateralmente las condiciones de trabajo y los emolumentos de los empleados públicos en manera alguna excluye que existan procesos de consulta entre las autoridades y los trabajadores sobre esta materia, y que en caso de conflicto, se busquen, hasta donde sea posible, soluciones concertadas, tal y como lo establece el artículo 55 superior. Esto significa que nada en la Carta se opone a que los empleados públicos formulen peticiones a las autoridades sobre sus condiciones de empleo y las discutan con ellas con el fin de lograr un acuerdo en la materia, lo cual implica que el derecho de negociación colectiva no tiene por qué considerarse anulado. Sin embargo, y a diferencia de lo que sucede con los trabajadores oficiales, que tienen un derecho de negociación pleno, la búsqueda de soluciones concertadas y negociadas no puede llegar a afectar la facultad que la Carta confiere a las autoridades de fijar unilateralmente las condiciones de empleo. Esto significa que la creación de mecanismos que permitan a los empleados públicos, o sus representantes, participar en la determinación de sus condiciones de empleo es válida, siempre y cuando se entienda que en última instancia la decisión final corresponde a las autoridades señaladas en la Constitución, esto es, al Congreso y al Presidente en el plano nacional, y a las asambleas, a los concejos, a los gobernadores y a los alcaldes en los distintos órdenes territoriales, que para el efecto obran autónomamente. Con esa misma restricción, es igualmente legítimo que se desarrollen instancias para alcanzar una solución negociada y concertada entre las partes en caso de conflicto entre los empleados públicos y las autoridades.

Ahora bien, las anteriores precisiones en manera alguna implican que la Corte debe condicionar el alcance de los artículos 7º y 8º del convenio bajo revisión en relación con los empleados públicos, por cuanto esas normas autorizan a tomar en cuenta las especificidades de las situaciones nacionales. Así, el artículo 7º no consagra un derecho de negociación colectiva pleno para todos los servidores públicos sino que establece que los Estados deben adoptar “medidas adecuadas a las condiciones nacionales” que estimulen la negociación entre las autoridades públicas y las organizaciones de servidores públicos, lo cual es compatible con la Carta. Además, esa misma disposición prevé la posibilidad de que se establezcan “cualesquiera otros métodos” que permitan a los representantes de los servidores estatales “participar en la determinación de dichas condiciones”, lo cual es armónico con la posibilidad

de que existan consultas y peticiones de los empleados públicos a las autoridades, sin perjuicio de las competencias constitucionales de determinados órganos de fijar unilateralmente el salario y las condiciones de trabajo de estos empleados. Igualmente, el artículo 8º reconoce que los procedimientos conciliados de solución de las controversias deben ser apropiados a las condiciones nacionales, por lo cual la Corte entiende que esa disposición se ajusta a la Carta, pues no desconoce la facultad de las autoridades de, una vez agotados estos intentos de concertación, expedir unilateralmente los actos jurídicos que fijan las funciones y los emolumentos de los empleados públicos. En tal entendido, la Corte declarará la exequibilidad de esas disposiciones”.

Lo dicho se enmarca dentro de las obligaciones fijadas para el Ministerio de Defensa Nacional, lo mismo que para todos los entes públicos, por la Constitución y la ley, para adoptar el sistema de nomenclatura y clasificación de los cargos, así como el respeto por las competencias concurrentes para fijar el régimen salarial.

En efecto, para ejercer un cargo público se requiere que se encuentre creado, es decir, que haga parte de la planta de personal, que tenga funciones definidas, que haya ingresado por concurso o por nombramiento discrecional o por contrato de trabajo y que se haya posesionado conforme a los requisitos de ley (artículos 6, 122 y 123 de la Carta Política).

En el caso concreto, la Junta Liquidadora del Instituto de Salud de las fuerzas Militares, mediante Acuerdo No. 015 de 26 de noviembre de 1997, modificó la planta global de la entidad en cumplimiento de los acuerdos celebrados entre ASEMIL y conforme a los Decretos 439 de 1995 y 194 de 1997, que establecieron el régimen salarial especial y el programa gradual de nivelación de salarios para los empleos de la salud del orden territorial en un periodo de 4 años; aplicó las equivalencias salariales establecidas en el

Decreto 031 de 10 de enero de 1997, que fijó las escalas de asignación básica de los empleos de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, Acuerdo que fue aprobado por el Ministerio de Defensa Nacional mediante Decreto 2839 de 1997 (fl. 30-33). Este Acuerdo se aplicó a los funcionarios del Hospital Militar dado que ellos se encontraban con salarios más bajos, que los empleados del sector salud. Ahora bien, algunos funcionarios antes de ser incorporados al Instituto de Salud estaban regidos por el Decreto 1214 de 1990, el cual establecía salarios superiores a los consagrados para los empleados públicos del orden nacional, lo cual según denota la alzada, la aplicación del Decreto 194 de 1997, resultó inocuo en su salario (fls. 213-222).

El actor había sido incorporado a la planta global del Instituto de Salud mediante la Resolución 0013 de 1 de marzo de 1996, en el cargo de profesional especializado 3010-15. Posteriormente, fue reincorporado en la Planta de Personal del Ministerio de Defensa Nacional, en el grado 17, código 3010, mediante Resolución 00036 de 15 de enero de 1998 (fl. 50-57); lo que implicó que no hubo desmejoramiento en su reincorporación, por el contrario, es posible que como le fueron aumentados dos grados, su salario hubiese sido incrementado.

En conclusión, no hubo desmejoramiento en su reincorporación, siempre ha sido un profesional especializado tal y como se registra en los actos administrativos precedentemente señalados y por el contrario, se le dio cumplimiento a lo consagrado en el artículo 54 de la Ley 352 de 1997 y al Decreto 3062 de diciembre 23 de 1997 artículo 2.

Finalmente, debe reiterarse como lo ha señalado insistentemente la Corte Constitucional, que las recomendaciones que como

en el caso particular hace la O.I.T., no tienen carácter vinculante, son sugerencias para mejorar los climas laborales internos y más aún, cuando se trata de la fijación de salarios y prestaciones sociales, dada la competencia concurrente que existe en nuestra legislación; contrario es, cuando se trata de convenios y tratados ratificados por nuestro país, que sin son vinculantes porque pasan a hacer parte del bloque de constitucionalidad.⁶

El otro punto sobre el cual pide restablecimiento el demandante, está referido a que su reincorporación ha debido hacerse en el cargo de profesional especializado 3085 grado 19 y no en el 3010 grado 17, dado que él ejercía las funciones del primero.

El a quo, negó tal pretensión porque el demandante se limitó a manifestar que las funciones ejercidas por él eran las del cargo de profesional especializado 3085 grado 19, sin probarlo.

En el recurso se insiste en que tal situación se encuentra probada.

Para verificar tal manifestación veamos

Lo probado

La planta global de personal del Instituto de de Salud de las Fuerzas Militares, establecida mediante Decreto 0181 de 24 de enero de 1996, que aprobó el Acuerdo No. 012 de 29 de junio de 1995 (fls. 3 a 5)

⁶ T- 067 de 2001 M.P. Alejandro Martínez Caballero

Las incorporaciones a la planta de personal realizadas por el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares mediante las Resoluciones No. 0013, 114, 115 de 1 de marzo de 1996 (fls. 6-16; 17-24; 25-29)

Decreto 2839 de 26 de Noviembre de 1997, que aprobó el Acuerdo No. 015 de 26 de Noviembre de 1997, que modificó la planta global de personal del Instituto de Salud de la Fuerzas Militares en liquidación (fls. 30-34)

Decreto 04 de 1998 por el cual el Ministerio de Defensa aprueba el Acuerdo No. 007 de la Junta Directiva del Hospital Militar Central (fls. 35-40)

Actas de 6 de mayo de 1997 y 25 de junio de 1997, suscritos entre otros, por miembros del Ministerio de Defensa Nacional, el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y ASEMIL (fls. 41-44 y 45-49).

Resolución No. 0036 de 15 de enero de 1998, mediante la cual se incorpora a la planta de personal de salud del Ministerio de Defensa Nacional al servicio del Ejército Nacional, entre otros, al actor en el cargo de profesional especializado 3010-17 (fls. 50-57)

Derecho de petición del actor y otros funcionarios sobre el reconocimiento de la diferencia salarial (fls. 68-70).

Hoja de vida del Dr. Mauricio Malagón Rojas, en donde consta su acta de grado como médico cirujano de la Universidad Nacional de Colombia (fl. 15 cdno # 3)

Resolución No. 13396 de 29 de Diciembre de 1994, en donde se nombra al actor, en la categoría de Especialista Jefe, en la Escuela de Artillería General “CARLOS JULIO GIL COLORADO” –Dispensario Sur- (fl. 29 cdno # 3).

Resolución No. 710 de 14 de agosto de 2003, expedida por el Director General de Sanidad Militar, “*Por la cual se establece el Manual de Funciones y Requisitos Mínimos para el desempeño de la Planta de Personal de Salud del Ministerio de Defensa Nacional*”, para los empleos que conforman la planta de personal de Salud del Ministerio de Defensa Nacional, fijada por el Decreto 02 del 2 de enero de 1998 y específicamente sobre el cargo de profesional especializado 3010 grado 17(fl. 98-100).

De lo anterior se puede colegir, que hay ausencia total de prueba en donde se demuestre que el actor ocupaba un cargo de especialista diferente a aquel para el cual fue incorporado, por lo tanto, esta pretensión tampoco habrá de prosperar.

También debe resaltarse, que no hay evidencia en el acervo probatorio que al Dr. Malagón Rojas, respecto de otros especialistas pertenecientes a la planta de personal de salud del Ministerio de Defensa Nacional que tienen el mismo grado del actor, es decir, que cumplen las mismas funciones, que les exigen los mismos requisitos, que efectúan la misma jornada laboral y con las mismas responsabilidades, se les hubiese hecho una nivelación salarial diferente que lo ponga en condiciones de inferioridad, por consiguiente, la sala debe concluir que no hay violación al derecho de igualdad.

En este contexto y dado que no se probó que los actos administrativos demandados fueran violatorios de la Constitución o la ley, la decisión será confirmatoria de la sentencia de primera instancia.

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 :

CONFÍRMESE la sentencia del 7 de febrero de 2008 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "D", dentro del proceso promovido por Mauricio Malagón Rojas, contra la Nación -Ministerio de Defensa Nacional- que declaro no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada y negó las pretensiones.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

El anterior proyecto fue leído y aprobado por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO

EXPEDIENTE N° 25000 2325 000 2002 04952 01 (1594- 2008)
ACTOR: MAURICIO MALAGÓN ROJAS