

Cartagena de Indias D.T y C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-007-2016-00227-02
Demandante	DELCY VELÁSQUEZ JIMÉNEZ
Demandado	ESE HOSPITAL LOCAL DE CARTAGENA
Tema	<i>Prestaciones sociales de empleados transferidos- Convención colectiva de trabajador oficial</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante¹, contra la sentencia proferida el diez (10) de junio de 2019², por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. La demanda³.

3.1.1 Pretensiones⁴

“PRIMERO: Que se derogue o revoque el acto administrativo denominado oficio calendarado 11 de abril del 2016, en respuesta a la petición fundamental radicada con el número No 0429-16, proferido por la Coordinadora Jurídica de la ESE LOCAL DE CARTAGENA DE INDIAS, donde niega el pago y reconocimiento de los derechos consagrados en la Sentencia C-241 del 2014, a cada uno de los peticionarios relacionados en dicha petición.

SEGUNDO: Como consecuencia de las anteriores declaraciones se ordene a la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE CARTAGENA DE INDIAS, el reconocimiento y pago de los siguientes derechos económicos con ocasión del respeto del tipo de vínculo laboral en el sector salud del Departamento de Bolívar, así;

- *prima de vacaciones de 20 días.*
- *vacaciones disfrute de días adicionales según el tiempo de servicio*
- *subsidio de transporte para un devengo máximo de tres salarios mínimos legales mensuales vigentes*

¹ fols. 213-214 cdno 2 (doc.21-22 exp. Digital)

² fols. 200-207 cdno 2 (doc. 1-15 exp. Digital)

³ fols. 1-14 cdno 1 (doc.1 exp. Digital)

⁴ fols. 1-2 cdno 1 (doc.2-3 exp. Digital)

13-001-33-33-007-2016-00227-02

- *auxilio de alimentación para un devengo máximo de tres salarios mínimos legales mensuales vigentes.*
- *prima de navidad de 35 días*
- *prima de servicios de 20 días*
- *bonificación por antigüedad en porcentaje del salario devengado de acuerdo al tiempo de servicio*
- *dotación de uniformes y calzado*

TERCERO: Que los pagos de las condenas se profieran con base en artículo 192 y subsiguientes de la Ley 1437 del 2011."

3.1.2 Hechos⁵

La parte demandante desarrolló los argumentos fácticos, que se ha de sintetizar así:

La organización sindical ANTHOC, en fecha de 29 de mayo de 2012, solicitó a la gerente de la ESE, el reconocimiento y pago de derechos laborales adquiridos, en favor de todos aquellos servidores que habían sido transferidos en el proceso de reorganización del sector salud en el Departamento de Bolívar, de donde fueron transferidos del Servicio Seccional de Salud de Bolívar al Distrito de Cartagena.

El 16 de febrero de 1991, entre el Departamento de Bolívar y el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena, suscribieron un Convenio Interadministrativo donde establecieron, con base en la Ley 10 de 1990 y el Decreto Ley 1399 de 1990, entre otros derechos, el respeto por los derechos laborales que traían todos los servidores públicos transferidos del Servicio Seccional de Bolívar al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias.

El Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, creó varias empresas Sociales del Estado, para la prestación de los servicios de Salud, entre las que estuvieron la ESE HOSPITAL LOCAL DE CARTAGENA DE INDIAS, ESE LOCAL LA ESPERANZA, entre otras

La ESE Hospital Local La Esperanza en fecha de 29 de agosto de 2.000, suscribió Acta de entrega del personal adscrito a los centros de atención permanente, centros y puestos de salud que conforman la ESE Hospital Local de la Esperanza. Además, servidores públicos, que habían pasado del Servicio Seccional de Salud de Bolívar al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, que habían sido incorporados en empresas Sociales del Estado distintas, en el año

⁵ fols. 2-3cdno 1 (doc. 2-3 exp. Digital)

13-001-33-33-007-2016-00227-02

2.000, pasaron sin solución de continuidad a la ESE Hospital Local de Cartagena de Indias.

Mediante Decreto No. 626 del 14 de agosto de 1.991, se incorporó la accionada como empleada de la Gobernación de Bolívar- Servicio Seccional de Salud de Bolívar, al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias - Fondo Distrital de Salud.

Se realizó un consolidado de los servidores públicos que fueron incorporados al Distrito de Cartagena en el proceso de transferencia.

Mediante Resolución No. 2217 de 1991, se les reconoció a todos los servidores públicos transferidos del Servidor Seccional de Bolívar al Distrito de Cartagena, por medio del Decreto No. 626 de 1991, vacaciones, prima de vacaciones en 20 días, subsidio de transporte superior al establecido para la época, auxilio de alimentación, superior al establecido para la época, 20 días de prima servicios, prima de navidad en treinta y cinco y treinta y tres días, según la asignación salarial.

Mediante Resolución No. 447 de marzo de 1992, se le reconoció un beneficio laboral al personal transferido al Distrito de Cartagena, consistente en una bonificación por antigüedad.

Afirma el apoderado de la parte accionante que las prestaciones y conceptos laborales fueron reconocidas conforme al derecho jurídico laboral, a nivel salarial y prestacional; asevera que la ley 10 de 1990 estableció el respeto de las condiciones de ser trabajador con derechos convencionales.

La accionante instauró derecho de petición de derecho fundamental a la petición y a la conciliación prejudicial ante la entidad accionada, y su respuesta fue negativa.

3.1.3 Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante afirmó que el acto acusado violó Artículos 1, 3, 4 y 5 del Decreto Ley 1399 de 1990.

La entidad demandada, por el cargo de desviación de poder, dando apariencia de legalidad en las respuestas que profirió a la petición fundamental formulada, dejó de reconocer y aplicar los artículos 3 y 4 del Decreto Ley 1399 de 1990, al no respetar la forma de vinculación del demandante y los derechos salariales y prestacionales que tenía y fueron cedidos por el Servicio Seccional de Salud de Bolívar, en el proceso de descentralización y organización del sector salud en el Departamento de Bolívar, desconociéndose el orden jurídico

13-001-33-33-007-2016-00227-02

laboral de los trabajadores del sector salud a la luz del precedente judicial obligatorio de la Sentencia C-241 del 2014, la cual se profirió en aplicación de la Sentencia de Control de Constitucionalidad, la C-539 DEL 2011.

Manifestó que la entidad demandada, desconoció los artículos 3 y 4 del Decreto Ley 1399 de 1990, al no querer reconocerle los derechos económicos laborales, reconocidos en la Resolución No 0276 del 20 de marzo de 1990, Resolución No 001 del 1 de octubre del 2001, las actas de entrega del personal adscrito a los centros de salud. Resolución No 447 del 18 de marzo de 1992, Decreto No 626 del 14 de agosto de 1991, Convenio Interadministrativo firmado entre el Distrito de Cartagena y el Servicio Seccional de Bolívar, Acuerdo Laboral firmado el 28 de diciembre de 1989, adoptado por la Resolución No 0276 del 20 de marzo de 1990, que trajo consigo en el proceso de descentralización en el sector salud el reconocimiento de sus derechos laborales y en donde aparejó derechos en su relación laboral, que solo fenecen con la terminación abrupta o legal de la relación laboral.

3.2 CONTESTACIÓN⁶

Manifestó que se opone a cada una de las pretensiones. Argumentó que se encuentran prescritas y que lo que se pretende es improcedente, puesto que no se realizó petición alguna a favor de la demandante, como tampoco que se determinen montos a reconocer y pagar, presentó excepciones de inepta demanda, falta de poder y de cumplimiento del requisito previo de intento de conciliación, además prescripción extintiva.

Explicó que la accionante no cuantificó debidamente las pretensiones, y en consecuencia se imposibilita determinar el monto que pretende, los extremos de tiempo y la razón de lo solicitado. Adujo que la entidad ha cumplido con el reconocimiento y pago de los derechos laborales de la actora, recibiendo las contraprestaciones producto del vínculo laboral con la E.S.E Hospital Local Cartagena de Indias, por consiguiente, los actos expedidos gozan de legalidad, validez y eficacia, puesto que en su contra no se interpusieron recursos ni demandas judiciales.

Declara que la petición de la accionante carece de causa, puesto que no concretó pretensiones, ni tampoco las cuantificó razonablemente, en forma individual.

Finalmente alegó en la contestación de la demanda que se opone a las pruebas que pide la demandante, puesto que la actora no ha pedido administrativamente copia de estos actos, y resalta que la entidad ha cumplido

⁶ fols. 121-132 cdno 1 (doc. 123-137 exp. digital)

13-001-33-33-007-2016-00227-02

con las obligaciones derivadas de la relación laboral con esta. Concluyó que el acto administrativo es ajeno a cualquier interés público, venganza personal, motivación política, interés de un tercero o del propio funcionario.

3.3 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁷

Por medio de providencia del 10 de junio de 2019, el Juez Séptimo Administrativo del Circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, denegando las pretensiones de la demanda así:

“PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas

(...).”

Como sustento de su decisión, indicó que según consta en la certificación de fecha junio 01 de 2018 expedida por la entidad demandada obrante reverso folio 194, que la Sra. Delcy del Carmen Velásquez Jiménez laboró bajo el cargo de Auxiliar Área Salud - Código 412 Grado 13, fue nombrada en el Distrito Integrado de Salud desde abril 12 de 1984 hasta el día 31 de julio de 1991. En fecha del 01 de agosto de 1991 fue transferida al Departamento Administrativo Distrital de Salud "DADIS" trabajando en esa entidad hasta el 31 de agosto de 2000. Fue transferida a la E.S.E Hospital Local de San Fernando con fecha de 01 de septiembre de 2000 hasta agosto 30 de 2001. Finalmente fue incorporada a la ESE Hospital Local Cartagena de indias con fecha 01 de octubre de 2001 y efectos fiscales desde el 01 de septiembre de 2001 sin solución de continuidad.

Indicó que, a la demandante se le han reconocido los conceptos de asignación básica mensual, bonificación por recreación, bonificación de servicios, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad conforme a la certificación expedida por la ESE Hospital Local de Cartagena de Indias, en cumplimiento del reconocimiento y pago de los derechos convencionales mientras estuvieran vinculados con la ESE como empleada pública, reiterando que las personas vinculadas a la Empresa Social del Estado tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del capítulo IV de la Ley 10 de 1990, por lo tanto tiene derechos adquiridos a raíz de su historia laboral y la especial protección en el momento de la restructuración del sistema.

Pese a lo anterior, adujo que la parte actora no demostró la desmejora de las prestaciones o de los salarios que venían devengado de conformidad con la ley y sólo deben ser respetados los derechos adquiridos con justo título con arreglo a la Constitución y a la ley por lo que no pueden calificarse como tales

⁷ doc. 200-207 cdno 2 (doc. 1-15 exp. Digital)

13-001-33-33-007-2016-00227-02

unos supuestos derechos derivados de convenciones colectivas o convenios interadministrativos, ya que la competencia para fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, en todos los órdenes de la administración, recae de manera concurrente en el Congreso de la República, a través de una ley marco, y del Gobierno Nacional. Por lo tanto, las prestaciones sociales y salariales reclamadas no podían ser concedidas, puesto que las mismas no fueron adquiridas conforme a la ley, presupuesto esencial para configurar un derecho adquirido.

De acuerdo con lo probado en el proceso y del análisis jurisprudencial realizado, y en especial la posición adoptada por la Corte Constitucional en la referida sentencia C-402 de 2013, concluyó que el régimen contenido en el Decreto 1042 de 1978, le es exclusivamente aplicable a los empleados públicos que desempeñen las distintas categorías de empleos de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Unidades Especiales del Orden Nacional, no siendo por tanto extensivo a los empleados del orden territorial con el argumento de la violación al derecho a la igualdad.

3.4 RECURSO DE APELACIÓN⁸

La parte demandante indicó como motivos de inconformidad que, el sustento de su demanda es la aplicación del Decreto 1399 de 1990, que como el Decreto 1042 de 1978 tiene rango de ley, aunque sean distintos, puesto que el último de ellos es el resultado del paro cívico Nacional de Finales de los años 70, mientras que el primero es reglamentario de los artículos 16 y 17 de la Ley 90 de 1990, y desarrolla el proceso de reorganización del sector salud.

En el caso concreto, el servicio seccional de salud de Bolívar, pasó a hacer parte sin solución de continuidad de la planta de personal del Distrito de Cartagena y/o a la planta de personal de lo que finalmente se creó como ESE, siendo avalada por la sentencia C-241 del 2014.

3.5 ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda en comento, fue repartida a este Tribunal el 09 de octubre de 2019⁹, por lo que el 27 de febrero de 2020 se procedió a admitirla¹⁰, ordenándose correr traslado para alegar a las partes por proveído del 11 de marzo de 2020¹¹.

⁸fols. 213-214 cdno 2 (doc.21-22 exp. Digital)

⁹ fols. 3 cdno 2 (doc.3 exp. Digital)

¹⁰ fol. 5 cdno 2 (doc. 5-6 exp. Digital)

¹¹ fol. 9 cdno 2 (doc. 12 exp. Digital)

3.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.6.1. Parte demandante: Presentó escrito de alegatos, indicando que si fue aplicada la prescripción a la que hace referencia la demandada en su recurso de alzada, y que la demanda cumplió con todos los requisitos establecidos por la norma.

3.6.2. Parte demandada: No presentó escrito de alegatos.

3.6.3. Ministerio Público: No presentó el concepto de su competencia.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

5.2 Problema jurídico

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que se debe determinar si:

¿Si a la demandante, en su condición de servidora del nivel territorial, le asiste derecho a que le sean reconocidas y pagadas las acreencias laborales reclamadas, en virtud de los servicios que como auxiliar de salud, prestó a la entidad demandada, conforme la certificación expedida por el Jefe de Talento Humano que adjunta a la demanda y en caso afirmativo, deberá establecerse a partir de cuándo le asiste derecho y si ha operado la prescripción respecto de dichas prestaciones?

5.3 Tesis de la Sala

La Sala confirmará la sentencia apelada, debido a que, conforme al marco normativo aplicable, es posible determinar que el acto administrativo acusado se encuentra ajustado a derecho, debido a que la ESE Hospital Local de

13-001-33-33-007-2016-00227-02

Cartagena de Indias cumplió con el pago de las prestaciones sociales que en concordancia con la normatividad aplicable, le correspondían a la actora.

Asimismo, tal y como se abordará, la demandante, en su calidad de empleada pública, no puede beneficiarse de convenciones colectivas. También es preciso señalar, que el Alcalde Mayor de Cartagena NO tiene facultades para fijar el régimen prestacional y salarial de los servidores públicos, luego entonces resulta desatinado que por medio de las Resoluciones No. 2217 de 1991 y 447 de 1992 “mantuviera” o “concediera” reconocimientos salariales de contenido económico a los trabajadores de la ESE HLCl, cuando en realidad son nuevas prestaciones laborales que el legislador no ordenó al momento de reorganizar el sector salud. De modo que, la Sala de oficio declarará probada la excepción de ilegalidad respecto de la Resoluciones 2217 de 1991 y 447 de 1992, que reconocieron beneficios o prestaciones extralegales, contrariando lo dispuesto por el artículo 4 de la Constitución Política.

5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1. De la naturaleza de la ESE Hospital Local de Cartagena de Indias.

El Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias según Acuerdo No 043 del 24 de diciembre de 1999, emanado del Honorable Concejo Distrital creó tres (3) Empresas Sociales del Estado del primer nivel de atención. Estas empresas se denominaron: *ESE Hospital Local de Canapote*, *ESE Hospital Local de San Fernando* y *ESE Hospital Local de La Esperanza*, cuyo objeto social es la Prestación de Servicios de Salud, entendidos como servicio público a cargo del Estado y como parte integrante del Sistema Local de Seguridad Social en Salud.

Mediante estudio técnico realizado por el Departamento Administrativo Distrital de Salud, se arrojó como resultado que la existencia de estas tres (3) empresas ocasionaban mayores costos administrativos que una (1) sola ESE, ya que la creación de una nueva y única Empresa Social del Estado del primer nivel de atención permitiría un ajuste en el gasto de conformidad con los lineamientos establecidos en la Ley 617 de 2000, y también implementar un solo Sistema de Información que hiciera la aplicación unificada de los Registros Individuales de Prestación de Servicios- RIPS-; e igualmente, la obtención ágil y oportuna de la información para la toma de decisiones tanto en la Empresa Social del Estado como para el Distrito en la formulación y/o adecuación de políticas dentro del sector salud.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Alcalde Mayor del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, mediante el Decreto 0421 del 29 de junio de 2001, fusionó las Empresas Sociales del Estado creadas mediante el Acuerdo 043 del 24 de diciembre de 1999 y creó una nueva empresa denominada “EMPRESA

13-001-33-33-007-2016-00227-02

SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL LOCAL CARTAGENA DE INDIAS”, la cual era llamada anteriormente Hospital Local de la Esperanza.

Como se indica en el sitio web de la entidad, la “ESE Hospital Local Cartagena de Indias constituye una categoría especial de entidad de derecho público, descentralizada, del orden Distrital, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, adscrita al Departamento Administrativo Distrital de Salud –DADIS- e integrante del Sistema General de Seguridad Social y sometida al régimen jurídico de la Ley 100, del Capítulo III, artículos 194, 195 y 196 y demás normatividad que los modifique, adicionen, reformen, reglamenten o sustituyan. Se determinó que esta nueva empresa sería la cabecera de la ESE y todas las demás Instituciones Prestadoras de Servicios del primer nivel de atención de derecho público continuarían denominándose Unidades Periféricas Asistenciales UPA”¹².

5.4.2. De la competencia para fijar el régimen salarial de los empleados públicos.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 150 de la Constitución Política, corresponde al Congreso hacer las leyes, y por medio de ellas dictar las normas generales, fijando los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno, así como también, **fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos**, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.

Por su parte, el artículo 189 ibídem¹³, atribuyó al Presidente de la República la competencia para fijar los emolumentos de los cargos de la administración central, según la Ley.

En ejercicio de tal competencia, el Congreso de la República expidió la Ley 4ª de 1992¹⁴, estableciendo las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los **empleados públicos**, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales de

¹² <http://esecartagenadeindias.gov.co/nuestra-historia/>

¹³ Artículo 189, Constitución Política de Colombia.

“Corresponde al Presidente de la República como jefe de Estado, jefe del gobierno y suprema autoridad administrativa:

(...).

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

¹⁴ Ley 4ª de 1992 “Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política”.

13-001-33-33-007-2016-00227-02

conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.

El H. Consejo de estado, al respecto ha explicado que:

“En materia salarial y prestacional de los empleados públicos, existe una competencia compartida entre el Congreso y el Presidente de la República, en donde el órgano colegiado faculta al ejecutivo para fijar las dotaciones y emolumentos de los servidores públicos con base en las normas generales que establecen los objetivos y criterios para el efecto.

Conforme a lo anterior, el Congreso de la República, mediante la Ley 4ª de 1992, facultó al Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional, entre otros, de los empleados públicos del orden nacional cualquiera que sea su sector, denominación o régimen.

El artículo 10 ibídem determinó que todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la referida ley o en los decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos.

*En este orden de ideas, el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos es legal y reglamentario razón por la cual debe ser fijado por las autoridades competentes **y no en convenciones colectivas**”¹⁵ (Se destaca)*

En lo que se refiere a los empleados territoriales, la Corte Constitucional¹⁶ ha establecido que la competencia frente a su régimen salarial y prestacional igualmente se encuentra radicada en el Congreso de la República como del Gobierno Nacional, veamos:

“Para la Corte resulta claro que la expedición de las normas que regulan el fenómeno de la función pública en el sector departamental y municipal, son de competencia exclusiva y excluyente de los órganos centrales, vale decir, del Congreso de la República y del Presidente de la República; ello ocurre en caso sub examine; en efecto, la determinación del régimen prestacional y salarial de los empleados departamentales y municipales se encuentra constitucionalmente establecido en el artículo 150 superior

En vigencia de la nueva Carta, el régimen de salarios y prestaciones sociales de los empleados públicos del orden territorial, es competencia concurrente del Presidente de la República, de acuerdo con los objetivos y criterios señalados por el legislador mediante normas de carácter general o leyes marco según lo dispone la función 19, literales e), f) del artículo en mención de la Carta de 1991”

5.4.3. Del régimen salarial y prestacional de los trabajadores y empleados del sector salud.

Sobre este particular, el Consejo de Estado, en providencia del día 25 de julio de 2013, señaló:

¹⁵ Sentencia 2007-00581 de diciembre 5 de 2013. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda - Subsección B. Ref.: Exp. 150012331000200700581 01. Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez (E)

¹⁶ Corte Constitucional, providencia C-054 de 1998



13-001-33-33-007-2016-00227-02

*"(...) la intención del legislador al expedir la Ley 10 de 1990 no fue otra que la de reformar el Sistema Nacional de Salud con miras de optimizar el proceso de descentralización en la prestación de los servicios de carácter asistencial, esto, mediante la participación activa de las entidades territoriales en el funcionamiento del nuevo Sistema Nacional de Salud"*¹⁷.

En lo que toca concretamente con el proceso de reorganización del Sistema de Salud, debe decirse que, el artículo 16 de la Ley 10 de 1990 le confiere a la Nación y a sus entidades descentralizadas la posibilidad de ceder a las entidades territoriales los bienes, elementos e instalaciones destinados a la prestación de los servicios de salud. De igual forma, la referida norma, contempla la posibilidad de que el Presidente de la República liquidara los programas e instituciones que a esa fecha no pudieran seguir prestando los servicios de carácter asistencial.

La posibilidad antes descrita, esto es, de liquidar entidades y programas del sector salud trajo consigo la necesidad de definir la situación laboral del personal que venía prestando sus servicios en ellas, en relación con lo cual, advierte la sala, el artículo 17 ibídem preceptuó lo siguiente:

"Artículo 17. Derechos laborales. Las personas vinculadas a las entidades que se liquiden, conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, serán nombradas o contratadas, según el caso, por las entidades territoriales o descentralizadas, a las cuales, se hayan cedido los bienes, elementos o instalaciones para la prestación de servicios de salud, sin perder la condición específica de su forma de vinculación. **A los empleados y trabajadores, se les aplicará el régimen salarial y prestacional, propio de la respectiva entidad, sin que se puedan disminuir los niveles de orden salarial y prestacional de que gozaban en la entidad liquidada.** Cuando se trate de empleados de carrera administrativa, o que hayan desempeñado cargos de carrera, sin pertenecer a ella, se les reconocerá continuidad en la carrera o el derecho de ingresar a ella, respectivamente. En lo relativo a los cargos que sean suprimidos se aplicarán en materia laboral las mismas normas pre-vistas en el Decreto 77 de 1987 y sus decretos reglamentarios, en cuanto sean compatibles, y se garantizará, igualmente, la continuidad en la carrera administrativa o su derecho a ingresar a ella. Parágrafo. La Nación responderá por el pago de las prestaciones adecuadas a la fecha de la liquidación o supresión de que trata el artículo anterior a las personas vinculadas a las entidades, dependencias o programas que se liquiden o supriman, según el caso, y cuya naturaleza jurídica sea del nivel nacional." (Se destaca)

De acuerdo con la norma transcrita, debe decirse, que el legislador garantizó la posibilidad de que el personal que venía vinculado a las entidades prestadoras de los servicios de salud liquidadas en virtud de lo dispuesto en el artículo 16, contarán con la posibilidad de ser incorporados en las instituciones creadas para tal fin, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 10 de 1990,

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección "B". Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Bogotá, D.C., veinticinco (25) de julio de dos mil trece (2013). Expediente: 150012331000200800126 01. Referencia: 2286-2011

13-001-33-33-007-2016-00227-02

precisando que: i) a éstas se les debía aplicar el régimen propio de la nueva entidad; ii) sin disminuir “los niveles de orden salarial y prestacional de que venían gozando”.

No obstante, lo anterior, la referida normativa en su artículo 30 hizo algunas precisiones en relación con el régimen salarial y prestacional de los trabajadores oficiales y **empleados públicos del sector salud** en los siguientes términos:

*“Artículo 30. Régimen de los trabajadores oficiales y de los empleados públicos. Las entidades públicas de cualquier nivel administrativo que presten servicios de salud, **aplicarán a sus trabajadores oficiales, en cuanto sean compatibles, los principios y reglas propios del régimen de carrera administrativa, y les reconocerán, como mínimo, el régimen prestacional previsto en el Decreto 3135 de 1968, todo, sin perjuicio de lo que contemplen las convenciones colectivas de trabajo. A los empleados públicos del sector de la salud de las ENTIDADES TERRITORIALES y de sus entes descentralizados, se les aplicará el mismo régimen prestacional de los empleados públicos del orden nacional, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 17 de la presente Ley.**”.*

Precisó el referido artículo 30 que sin importar el nivel administrativo al cual pertenecieran las entidades públicas que prestaran los servicios de salud, se debían aplicar a sus trabajadores oficiales, en cuanto fueran compatibles, los principios y reglas propios del régimen de carrera administrativa, así como el régimen prestacional previsto en el **Decreto 3135 de 1968**, para el orden nacional, sin perjuicio de las disposiciones convencionales existentes.

De igual forma, se sostuvo que tratándose de **empleados públicos** a éstos se les debía aplicar el mismo régimen prestacional de los empleados públicos del orden nacional, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 17 ibídem el que, como ya quedó visto, hace alusión a la posibilidad de incorporar los trabajadores y empleados que vinieran prestando sus servicios al sector salud en las nuevas instituciones creadas a partir de la entrada en vigencia de la Ley 10 de 1990.

Ahora bien, con la expedición de la Ley 100 de 1993¹⁸ se ordenó la transformación o reestructuración de todas las entidades prestadoras de los servicios de salud en Empresas Sociales del Estado, cuyo personal tendría el carácter de **empleados públicos** o trabajadores oficiales, conforme las reglas previstas en el Capítulo IV de la Ley 10 de 1990¹⁹.

¹⁸ “ARTÍCULO 196. EMPRESAS SOCIALES DE SALUD DE CARACTER NACIONAL. Transfórmense todas las entidades descentralizadas del orden nacional cuyo objeto sea la prestación de servicios de salud, en empresas sociales de salud.

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

¹⁹ “ARTÍCULO 195. RÉGIMEN JURÍDICO. Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico: (...)

5.4.4. De los derechos convencionales frente al cambio de naturaleza de la vinculación laboral del personal adscrito al sector salud.

Teniendo en cuenta que el artículo 16 de la Ley 10 de 1990 dispone que las instituciones prestadoras de los servicios de salud pueden ser liquidadas y que su personal debe ser incorporado en las nuevas entidades, creadas a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993²⁰, no resulta extraño, para la Sala, que en ese proceso de liquidación e incorporación la naturaleza del vínculo laboral de quienes vienen prestando sus servicios en el sector salud experimente transformaciones, que inciden en el disfrute de sus derechos de naturaleza prestacional y salarial.

Sobre este particular, la Corte Constitucional en sentencias C-314 y C-349 de 1 y 20 de abril de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, respectivamente, sostuvo que frente a la transformación de la relación jurídico laboral de los servidores con el Estado, esto es, en el evento en que se pase de trabajador oficial a empleado público, no es posible menoscabar o desconocer los derechos adquiridos bajo la figura de la convención colectiva en tanto estos mantengan su vigencia.

Sobre este mismo particular, el Consejo de Estado²¹ ha sostenido que tratándose de empleados públicos que antes ostentaron la condición de trabajadores oficiales, debe respetárseles las garantías y derechos adquiridos mediante acuerdo convencional, siempre que éste se encuentre **vigente**.

Finalmente, debe decirse que, en esta última providencia se señaló que *“en punto de la solicitud de la prórroga automática de la convención colectiva, prevista en el artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo, los empleados públicos que en el pasado hubieran tenido la connotación de trabajadores oficiales, no pueden solicitarla en la medida en que la naturaleza de su nueva vinculación laboral no permite aplicar las disposiciones propias del derecho colectivo del trabajo”*²². (Se destaca)

Lo anterior se expresó en los siguientes términos:

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

²⁰ Ley 100 de 1993 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección “B”. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Bogotá, D.C., veinticinco (25) de julio de dos mil trece (2013). Expediente: 150012331000200800126 01. Referencia: 2286-2011

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección “B”. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Bogotá, D.C., veinticinco (25) de julio de dos mil trece (2013). Expediente: 150012331000200800126 01. Referencia: 2286-2011

13-001-33-33-007-2016-00227-02

“(…) al mutar la naturaleza jurídica de los trabajadores a empleados públicos y pasar a ser parte de la planta de personal de una empresa social del Estado, no le siguen siendo aplicables las disposiciones del derecho colectivo del trabajo y, por tanto, no pueden válidamente invocar la prórroga automática de la convención a que hace mención el artículo 478 C.S.T., que prevé que si dentro de los 60 días anteriores al vencimiento de su término de expiración las partes o una de ellas no hubiere manifestado por escrito su voluntad de darla por terminada, la convención se entiende prorrogada por períodos sucesivos de seis meses en seis meses; ni mucho menos pueden acudir a la denuncia de la convención por ser empleados públicos y estar vinculados a una entidad pública diferente a la que suscribió la convención colectiva que pretende siga siendo aplicable.”.

Bajo las consideraciones que anteceden, estima la Sala que tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional han prohijado la tesis del respeto por los derechos adquiridos derivados de acuerdos convencionales a favor de los trabajadores oficiales que mutaron su vínculo al de empleados públicos, con ocasión a la reorganización del servicio de salud, durante el término de vigencia de los referidos acuerdos, sin que ellos *per se* les habilite para solicitar su prórroga en las condiciones previstas en el artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo.

5.4.5. De la excepción de inconstitucionalidad.

La excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción tiene su fundamento en el artículo 4º de la Constitución Política, según el cual *“La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales (...)”*, y consiste, **en la posibilidad que tiene cualquier autoridad de inaplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución.**

Así mismo, partiendo de la premisa de que cualquier autoridad debe dar aplicación prevalente a las normas constitucionales sobre cualesquiera otras que resulten contrarias a ellas, **de igual manera puede y debe inaplicar disposiciones contenidas en actos administrativos de cualquier índole, cuando contradicen a aquellas otras que les son superiores jerárquicamente.**

La Corte Constitucional²³, dejó en claro que el nuestro es un sistema de control de constitucionalidad calificado doctrinalmente como “mixto”, ya que combina un control concentrado, ejercido por la Corte Constitucional, y difuso, en el que cualquier autoridad puede dejar de aplicar la disposición, por ser contraria a la Constitución. Incluso se ha dicho que constituye, más que un deber, una obligación de la autoridad correspondiente hacer uso de esta figura cuando así lo evidencie.

²³ Sentencia T-808 de 2007

13-001-33-33-007-2016-00227-02

Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional²⁴ ha definido que la excepción de inconstitucionalidad, es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política.

5.5 CASO CONCRETO

5.5.1 Hechos relevantes probados:

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

- Certificado suscrito por la ESE Hospital Local de Cartagena, en el que acredita que la demandante labora en el cargo de auxiliar área salud, código 412, grado 13, indicando lo siguiente²⁵:

“Fue nombrada en el Distrito Integrado de Salud desde Abril 12 de 1984 y laboró en esta entidad hasta el día 31 de Julio de 1991. El día 01 de Agosto de 1991 fue transferida al Departamento Administrativo de Salud "DADIS" laborando en ésta entidad hasta el día 31 de Agosto de 2000.- A partir del 01 de Septiembre de 2000 fue transferida a la antigua E.S.E. Hospital Local San Fernando laborando en esta entidad hasta Agosto 30 de 2001.- Finalmente fue Incorporada a la ESE Hospital Local Cartagena de Indias con fecha 01 de Octubre de 2001 y efectos fiscales desde el 01 Septiembre de 2001 sin solución de continuidad.- Este empleado es nombrado por Intermedio de una resolución de nombramiento y se posesiona a través de un acta de posesión sin fecha definida para su terminación, la empleada antes mencionada tiene el carácter de empleado público y en la actualidad hace parte de la nómina de planta de esta entidad.”.

- Petición elevada por la demandante el 17 de febrero de 2016, en el que solicita a la demandada el pago de las prestaciones sociales²⁶.
- Respuesta negativa de la demandada, a la petición anterior²⁷.
- Solicitud de cumplimiento de los beneficios y derechos adquiridos radicado por ANTHOC BOLÍVAR ante la demandada el 31 de mayo de 2012²⁸.
- Acta de acuerdo laboral suscrito el 28 de diciembre de 1989 entre el Departamento de Bolívar y el sindicato de trabajadores de la salud²⁹.

²⁴ Sentencia SU-132/13

²⁵ fol. 16 cdno 1 (Doc.16 exp. digital)

²⁶ fol. 23-47 cdno 1 (Doc. 24 exp. digital)

²⁷ fol. 48-49 cdno 1 (Doc. 49-50 exp. digital)

²⁸ fols. 50-51 cdno 1 (Doc. 51- 52 exp. digital)

²⁹ fols. 55-67 cdno 1 (doc. 54-68 exp. digital)



13-001-33-33-007-2016-00227-02

- Resolución 0276 del 20 de marzo de 1990, por el cual el Servicio Seccional de Salud de Bolívar adopta un acuerdo laboral y ordena su cumplimiento³⁰.
- Resolución No. 0001 del 1 de octubre de 2001, por la cual se incorporan a unos empleados de las antiguas ESE la Esperanza, Canapote y San Fernando a la nueva ESE Hospital Local de Cartagena³¹.
- Acta de entrega del personal adscrito a los centros de atención permanente (CAP), centros y puestos de salud que conforman la ESE Hospital Local la Esperanza, suscrita el 29 de agosto de 2000 entre el Alcalde de Cartagena y el Gerente de la ESE Hospital Local de la Esperanza³².
- Resolución No. 447 de marzo 10 de 1992, por el cual la Alcaldía de Cartagena reconoce un beneficio laboral al personal transferido del Distrito Integrado de Salud e incorporado a la Alcaldía de Cartagena mediante Decreto 626/1991³³.
- Decreto 626 del 14 de agosto de 1991, por el cual se incorporan unos empleados del Departamento de Bolívar al Distrito de Cartagena³⁴.
- Resolución No. 2217 de 1991 expedido por la Alcaldía de Cartagena, por el cual se reconocen unos beneficios laborales al personal transferido del Distrito Integrado de Salud de Cartagena e incorporado a la planta de personal de la Alcaldía de Cartagena, mediante Decreto 626/1991³⁵.
- Convenio interadministrativo suscrito entre la Gobernación de Bolívar y el Distrito de Cartagena, el 6 de febrero de 1991³⁶.
- Certificado expedido por la ESE Hospital Local de Cartagena, donde se acredita la nómina del 1 de enero de 2015 al 31 de mayo de 2018³⁷

5.5.2 Análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

Como argumentos del recurso de alzada, la parte demandante indicó como motivos de inconformidad que, el sustento de su demanda es la aplicación del Decreto 1399 de 1990, que como el Decreto 1042 de 1978 tiene rango de ley, aunque sean distintos, puesto que el último de ellos es el resultado del paro cívico Nacional de Finales de los años 70, mientras que el primero es reglamentario de los artículos 16 y 17 de la Ley 90 de 1990, y desarrolla el proceso de reorganización del sector salud. En el caso concreto, el servicio seccional de salud de Bolívar, pasó a hacer parte sin solución de continuidad

³⁰ fols. 68 cdno 1 (doc. 69 exp. digital)

³¹ fols. 69-82 cdno 1 (doc. 70-83 exp. digital)

³² fols. 83- 90 cdno 1 (doc. 84-91 exp. digital)

³³ fols. 92-93 cdno 1 (doc. 92-94 exp. digital)

³⁴ fols. 94-99 cdno 1 (doc. 95-100 exp. digital)

³⁵ fols. 100- 101 cdno 1 (doc. 103-105 exp. digital)

³⁶ fols 102- 103 cdno 1 (doc. 101-102 exp. digital)

³⁷ fol. 198 y rev. cdno 1 (doc. 214 exp. digital)

13-001-33-33-007-2016-00227-02

de la planta de personal del Distrito de Cartagena y/o a la planta de personal de lo que finalmente se creó como ESE, siendo avalada por la sentencia C-241 del 2014.

En el presente asunto, la demanda se dirige concretamente a que se declare la nulidad del acto administrativo emitido por la ESE HUC el día 11 de abril de 2016, en respuesta a la petición radicada con el número No. 0429-16, proferido por la Coordinadora Jurídica de la ESE Hospital Local de Cartagena de Indias, donde se niega el reconocimiento y pago de los derechos consagrados en la sentencia C-241/2014, solicitados por la parte actora.

-De las prestaciones sociales pretendidas:

Procederá la Sala, por medio de un cuadro comparativo, a verificar cuáles de las prestaciones sociales pretendidas por la demandante se encuentran dentro de su régimen salarial aplicable, y por tanto, de ser necesario, le serán reconocidas.

PRESTACIONES PRETENDIDAS	NORMA APLICABLE
Prima de vacaciones de 20 días.	Decreto 3135 de 1968, artículo 8: Los empleados públicos o trabajadores oficiales tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones, por cada año de servicio
Vacaciones y disfrute de días adicionales según el tiempo de servicio.	Decreto 1045 de 1978, artículo 8: Los empleados públicos y trabajadores oficiales tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones por cada año de servicio, salvo lo que se disponga en normas o estipulaciones especiales. En los organismos cuya jornada semanal se desarrolle entre lunes y viernes, el sábado no se computará como día hábil para efecto de vacaciones.
Subsidio de transporte	Decreto 15 de 1959, artículo 2: Se establece a cargo de los patronos en los Municipios donde las, condiciones del transporte así lo requieran a juicio del Gobierno, el pago del transporte desde el sector de su residencias hasta el sitio de su trabajo, para todos y cada uno de los trabajadores cuya remuneración no exceda de un mil quinientos pesos (\$1.500.00) mensuales.
Auxilio de alimentación	Decreto 1042 de 1978, artículo 51: Se reconocerá y pagará a aquellos de sus empleados que tengan una asignación básica igual o inferior al doble del sueldo fijado para el grado 01 de la escala de nivel operativo, un subsidio de alimentación de cinco pesos diarios, siempre que trabajen en jornada continua. Dicho auxilio se pagará a través del Fondo Nacional de Bienestar Social. Cuando el organismo suministre la alimentación a sus empleados no habrá lugar al reconocimiento de este auxilio.
Prima de navidad de 35 días	Decreto 3135 de 1968, artículo 11; 1848 de 1969; Decreto 1945 de 1978, artículo 32 y 33: Todos los empleados públicos y los trabajadores oficiales, tendrán derecho a una Prima de Navidad equivalente a un (1) mes del sueldo que corresponda al cargo en treinta (30) de noviembre de cada año, prima que se pagará en la primera quincena del mes de diciembre.
Prima de servicios de 20 días	Decreto 1042 de 1978, artículo 58: Los funcionarios a quienes se les aplica la citada este Decreto, tendrán derecho a una prima de servicios anual equivalente a quince (15) días del mes de julio de cada año. Esta prima no se regirá para los funcionarios que con anterioridad tengan asignada esta contraprestación cualquiera que sea su nombre.
Incremento del salario por antigüedad	Decreto 1042/1978 artículo 49

13-001-33-33-007-2016-00227-02

<p>Dotación de uniformes y calzado.</p>	<p>Contemplado en la Ley 70 de 1988, artículo 1: Los empleados del sector oficial que trabajan al servicio de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos, unidades administrativas especiales, empresas industriales o comerciales de tipo oficial y sociedades de economía mixta, tendrán derecho a que la entidad con que laboran les suministre cada cuatro (4) meses, en forma gratuita, un par de zapatos y un (1) vestido de labor, siempre que su remuneración mensual sea inferior a dos (2) veces el salario mínimo legal vigente. Esta prestación se reconocerá al empleado oficial que haya cumplido más de tres (3) meses al servicio de la entidad empleadora.</p>
---	---

Por otro lado se tiene que, de acuerdo al Certificado de ingresos devengados **desde el 01 de enero de 2015 y 31 de mayo de 2018** de la señora Velásquez Jiménez, expedido por la Oficina de Talento Humano de la ESE HLCl, el día 01 de junio de 2018, la entidad nominadora realizó durante dichas vigencias, el pago por los siguientes conceptos: Salario básico, bonificación por recreación, bonificación por servicio, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad.³⁸

Igualmente, mediante certificación suscrita por la ESE Hospital Local de Cartagena³⁹, donde consta que la señora Delcy Velásquez Jiménez ingresó al Distrito Integrado de Salud el día 12 de abril de 1984, y laboró en esta entidad hasta el día 31 de julio de 1991. El día 01 de agosto de 1991, fue transferida al Departamento Administrativo Distrital de Salud "DADIS" laborando en esta entidad hasta el 31 de agosto de 2000. A partir del 01 de septiembre de 2000 fue transferida a la antigua ESE Hospital Local de San Fernando laborando en esta entidad hasta agosto 30 de 2001. Finalmente fue Incorporada a la ESE Hospital Local Cartagena de Indias con fecha 01 de octubre de 2001 y efectos fiscales desde el 01 septiembre de 2001 sin solución de continuidad. Este empleado es nombrado por Intermedio de una resolución de nombramiento y se posesiona a través de un acta de posesión sin fecha definida para su terminación, la empleada antes mencionada tiene el carácter de empleado público y en la actualidad hace parte de la nómina de planta de esta entidad.

Así que, bajo ese contexto es posible determinar que a la demandante si le fueron reconocidas y pagadas las prestaciones sociales a las cuales, en su calidad de empleada pública tenía derecho, enlistadas a continuación:

- i. Vacaciones
- ii. Prima de servicios
- iii. Bonificación por servicios
- iv. Bonificación por recreación
- v. Prima de vacaciones
- vi. Prima de navidad
- vii. Auxilio de transporte

³⁸ fols. 198 rev cdno 1 (doc. 214 exp. digital)

³⁹ fols 16 cdno 1 (doc. 16 exp. digital)

viii. Auxilio alimenticio

Ahora bien, con respecto a la dotación de uniformes y calzado prevista en el artículo 1 de Ley 70 de 1988, esta Sala advertirá, que consiste en la entrega gratuita y material de un vestido y un calzado a cargo del empleador y para uso del servidor en las **labores propias del empleo que ejerce** y de conformidad con el artículo 2 del Decreto 1978 de 1989⁴⁰, la entrega de esta dotación para el trabajo no constituye salario ni se computará como factor del mismo en ningún caso. Razón por la cual, dicha prestación no puede ser reconocida o pagada en dinero, puesto que tal y como se encuentra probado, la señora Velásquez Jiménez **se encuentra activa como empleada Pública**⁴¹.

Con relación al incremento del salario por antigüedad, debe indicarse que la misma se contempló inicialmente en el Decreto 540 de 1977 y posteriormente en el Decreto 1042 de 1978, en el artículo 49 en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 49.- De los incrementos de salario por antigüedad. Las personas que a la fecha de expedición de este decreto estén recibiendo asignaciones correspondientes a la 3a. o 4a. columna salarial del Decreto 540 de 1977, por razón de los incrementos de antigüedad establecidos en disposiciones legales anteriores, continuarán recibiendo, hasta la fecha en la cual se produzca su retiro del respectivo organismo, la diferencia entre sueldo básico fijado para su empleo en la segunda columna de dicho decreto y el de la tercera o cuarta columna, según el caso.

Los incrementos salariales de que trata este artículo no se perderán cuando los funcionarios cambien de empleo dentro del mismo organismo, tratase de nuevo nombramiento, ascenso, traslado o encargo.

El retiro de un organismo oficial no implicará la pérdida de los incrementos salariales por antigüedad cuando el respectivo funcionario se vincule, sin solución de continuidad, a cualquiera de las entidades enumeradas en el artículo 1o. del presente Decreto.

Para efectos de lo dispuesto en el inciso anterior, se entenderá que no hay solución de continuidad si entre el retiro y la fecha de la nueva posesión no transcurrieren más de quince días hábiles.

Los funcionarios que perciban incrementos de remuneración por concepto de antigüedad deberán manifestar esta circunstancia al hacer su solicitud de empleo en otra entidad oficial”.

Respecto de la Prima de antigüedad contemplada en el Decreto 540 de 1977, y recogida en el Decreto 1042 de 1978, sólo la conservan los empleados públicos que percibían las asignaciones correspondientes a las columnas tres y cuatro de la escala salarial del Decreto 540, de conformidad con el artículo 49

⁴⁰ “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 70 de 1988”

⁴¹ fol. 198 rev cdno 1

13-001-33-33-007-2016-00227-02

del citado Decreto 1042 y continuarán recibéndola hasta la fecha en la cual se produzca su retiro del respectivo organismo.

En este orden de ideas, la prima de antigüedad quedó circunscrita a los antiguos empleados que a 7 de junio de 1978 estuvieran percibiendo asignaciones correspondientes a la tercera o cuarta columna salarial del Decreto 540 de 1977.

De esta forma, la Sala de Departamento Administrativo para la Función Pública⁴², precisó que la prima de antigüedad es un factor salarial el cual en concordancia con lo dispuesto en el artículo 49 de Decreto 1042 de 1978 y el Decreto 540 de 1977, a los incrementos de salario a que se refieren estos artículos **sólo tienen derecho quienes se hayan vinculado con anterioridad al 1 de abril de 1976.**

Así las cosas, no obra en el certificado plurimencionado que a fecha 01 de abril de 1976, la demandante haya estado vinculada con la entidad demandada, máxime si, ingresó al Distrito Integrado de Salud el día 12 de abril de 1984, esto es, con posterioridad a la fecha indicada en la norma.

5.5.4. De las prestaciones concedidas por convenciones colectivas

Sea lo primero en destacar, que si bien en el expediente obran diversas convenciones colectivas suscritas en beneficio de los trabajadores transferidos del Servicio Seccional de Bolívar al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, la demandante ostentó la condición de empleada pública desde su **vinculación**, tal como lo especificó en la Coordinadora del Área de Talento Humano de la ESE Hospital Local de Cartagena de Indias, el día 05 de julio de 2016⁴³, al certificar que:

*“Fue nombrada en el Distrito Integrado de Salud desde Abril 12 de 1984 y laboró en esta entidad hasta el día 31 de Julio de 1991. El día 01 de Agosto de 1991 fue transferida al Departamento Administrativo de Salud "DADIS" laborando en ésta entidad hasta el día 31 de Agosto de 2000.- A partir del 01 de Septiembre de 2000 fue transferida a la antigua E.S.E. Hospital Local San Fernando laborando en esta entidad hasta Agosto 30 de 2001.- Finalmente fue Incorporada a la ESE Hospital Local Cartagena de Indias con fecha 01 de Octubre de 2001 y efectos fiscales desde el 01 Septiembre de 2001 sin solución de continuidad.- **Este empleado es nombrado por Intermedio de una resolución de nombramiento y se posesiona a través de un acta de posesión sin fecha definida para su terminación, la empleada antes mencionada tiene el carácter de empleado público y en la actualidad hace parte de la nómina de planta de esta entidad.”.***

⁴² Concepto 190261 de 2016 Departamento Administrativo de la Función Pública

⁴³ fols. 16 cdno 1

13-001-33-33-007-2016-00227-02

Razón por la cual, de acuerdo al marco normativo, a la jurisprudencia aplicable del Consejo de Estado⁴⁴, y luego de realizar el análisis correspondiente, es posible determinar, que el régimen salarial y prestacional aplicable a la actora, en su calidad de empleada pública, es exclusivamente aquel fijado por el Congreso de la República y el Gobierno, de manera que no sería posible aplicarle derechos salariales y prestacionales reconocidos en convenciones colectivas, ni aquellas dispuestas en normas territoriales, puesto que, la naturaleza de su cargo indefectiblemente supone la inaplicación de estos reconocimientos.

El Consejo de Estado⁴⁵ ha sostenido que el régimen salarial, incluidos los empedados territoriales, está radicada en el Congreso de la República y Gobierno Nacional, sin que sea dable hallarlas en otras fuentes normativas como las convenciones colectivas o normas territoriales.

Con respecto a la normatividad que la señora Velásquez Jiménez solicita sea aplicada, es decir la Resolución 447 de 1992⁴⁶ y la Resolución 2217 de 1991⁴⁷, las cuales hicieron una regulación particular en cuanto a los beneficios o prestaciones extralegales, de las que se beneficiarían los trabajadores transferidos del Servicio Seccional de Bolívar al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias. Este Tribunal advertirá, que el Órgano Supremo de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, en múltiples pronunciamientos ha explicado que desde la antigua Constitución de 1886 la competencia para fijar el **régimen prestacional y salarial de los empleados públicos es concurrente entre el legislativo y el ejecutivo**, luego resulta desatinado que el Alcalde Mayor de Cartagena de Indias por medio de las **Resoluciones No. 2217 de 1991 y 447 de 1992** "mantuviera" o "concediera" reconocimientos salariales de contenido económico, cuando en realidad son nuevas prestaciones laborales que el legislador no ordenó al momento de reorganizar el sector salud. Diferente para el caso de trabajadores oficiales, quienes sí pueden beneficiarse de lo pactado en convenciones colectivas, e incluso guardan estos derechos en caso de transformación de su vínculo a empleado público, siempre y cuando la convención mantenga su vigencia o se den prorrogas automáticas.

De esa manera, la expedición de los actos distritales que desea le sea aplicables, implicaron para el ente territorial arrogarse una competencia que constitucionalmente y legalmente está reservada al legislador y al presidente de la República, esto es, la de fijar el régimen salarial y prestacional de los

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección "B". Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Bogotá, D.C., veinticinco (25) de julio de dos mil trece (2013).

⁴⁵ Ver Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, providencia del 18 de julio de 2002, radicado 1393

⁴⁶ Fols. 92-93 cdno 1 (doc. 92-94 exp. digital)

⁴⁷ Fols 100-101 cdno 1 (Doc. 103-105 exp. digital)

13-001-33-33-007-2016-00227-02

empleaos públicos, tal como se lee en el numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política y el artículo 12 de la Ley 4 de 1992.

En este punto, considera pertinente la Sala recordar que la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos en el ordenamiento jurídico colombiano está lejos de ser la consecuencia de una actividad puramente discrecional. En efecto, la definición de régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, en virtud a lo dispuesto por el legislador, en la Ley 4 de 1992⁴⁸, está sujeto a una serie de criterios y objetivos, entre ellos: “La modernización, tecnificación y eficiencia de la administración pública; La sujeción al marco general de la política macroeconómica y fiscal y La racionalización de los recursos públicos y su disponibilidad” lo que, se repite, excluye cualquier consideración de orden **discrecional**.

Las consideraciones que anteceden, a juicio de este Tribunal, resultan indispensables y suficientes para concluir que la ESE, Hospital Local de Cartagena de Indias, en efecto debía negarle a la señora demandante el pago de las prestaciones solicitadas extralegales solicitadas con fundamento las Resoluciones No. 2217 de 1991 y 447 de 1992, puesto que el Alcalde Mayor de Cartagena de Indias asumió una competencia, que no le correspondía, además que no es posible que se beneficie de convenciones colectivas de acuerdo a la naturaleza de su empleo. Los anteriores argumentos, se corresponden con la excepción de inconstitucionalidad estudiada en el marco normativo y jurisprudencial de este proveído, de modo que, respecto de tales resoluciones, debe declararse probada la excepción de inconstitucionalidad, dado que en el *sub judice*, se encontró probado que aquellos resultan incompatibles con las normas constitucionales.

Recordemos que, la supremacía constitucional que se deriva del artículo 4º de la Carta, y hace referencia a las normas constitucionales en juego en un caso concreto de una o varias personas, en el cual la aplicación de normas legales o de inferior jerarquía implicaría ir en contra de aquéllas constitucionales que también amparan a dicha persona o grupo de personas.

Así las cosas, contrario a lo afirmado en el escrito de la demanda, la negativa contenida en el acto administrativo denominado Oficio calendado 11 de abril del 2016, en repuesta a la petición radicada con el número No 0429-16, proferido por la Coordinadora Jurídica de la ESE Local de Cartagena de Indias,

⁴⁸ Ley 4ª de 1992 “Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política”.

13-001-33-33-007-2016-00227-02

se ajusta a las disposiciones constitucionales y legales, previamente citadas y transcritas.

En conclusión, de cara al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y luego de realizar el análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo, este Tribunal confirmará la decisión adoptada por el Juez de primera instancia, al encontrarse demostrado que a la actora, se le reconocieron y pagaron las prestaciones sociales a las cuales según la normatividad aplicable en calidad de empleada pública tenía derecho. Igualmente se probó que la accionante tuvo calidad de empleada pública desde su vinculación al servicio, motivo por el cual no puede beneficiarse de convenciones colectivas; así como tampoco a través de una norma territorial, es posible crear o conceder prestaciones, como quiera que ello es exclusivo del Presidente de la Nación y del Congreso, motivo suficiente para declarar probada la excepción de inconstitucionalidad de las Resoluciones No. 2217 de 1991 y 447 de 1992, como se expresó precedentemente.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia, conforme a lo expuesto con precedencia.

5.6. De la condena en costas.

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*. A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

Con base en las anteriores normas, se procederá a condenar en costas la parte demandante en esta instancia, por cuanto fue resuelto de manera desfavorable el recurso interpuesto por ella, las cuales deberán ser liquidadas de manera concentrada por el A-quo conforme lo indica el artículo 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI. FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia.



13-001-33-33-007-2016-00227-02

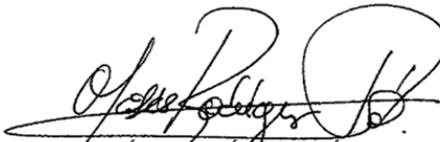
SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante en esta instancia, las cuales serán liquidadas por el juez de primera instancia de acuerdo con lo señalado en los artículos 365 y 366 del CGP.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 012 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS


JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ