



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Augusto Hernández Becerra

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil doce (2012)

Radicación interna: 2104

Número Único: 11001-03-06-000-2012-00039-00

Referencia: Jornada laboral del personal de salud del Ministerio de Defensa Nacional. Obligatoriedad de la jornada laboral de ocho (8) horas diarias. Exigir su cumplimiento al personal que laboral una jornada inferior y devenga la totalidad del sueldo básico no constituye violación de derecho adquirido. Promover acción disciplinaria por incumplimiento de la jornada laboral de ocho (8) horas diarias, luego de formal requerimiento, no constituye acoso laboral

El Ministro de Defensa Nacional formula a la Sala una consulta acerca del cumplimiento de la jornada laboral de ocho (8) horas diarias por parte del personal civil no uniformado del Ministerio de Defensa Nacional al servicio de la Sanidad Militar y Policial, y la iniciación de nuevas acciones disciplinarias contra quienes no cumplan dicha jornada.

I. ANTECEDENTES

Los antecedentes de orden fáctico y legal que relaciona el señor Ministro se pueden resumir en la siguiente forma:

1. La Fuerza Pública, integrada por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, conforme lo establece el artículo 216 de la Constitución, cuenta con un Sistema de Salud para la atención del servicio integral de salud a sus miembros y sus beneficiarios.

2. Para la prestación del servicio de salud, el Ministerio de Defensa Nacional – Fuerzas Militares – Policía Nacional cuenta con una planta de personal de empleados públicos compuesta en su gran mayoría por médicos, odontólogos, psicólogos y otros profesionales de ciencias de la salud.

3. Señala el Ministro:

“Este personal fue nombrado en el pasado sin que en el acto administrativo de nombramiento, ni en el acta de posesión, se haya especificado su jornada laboral, lo que sumado a las limitaciones logísticas de aquella época, tales como el reducido número de consultorios y las instalaciones físicas inadecuadas, generó que dicho personal prestara sus servicios en jornadas inferiores a las ocho (8) horas diarias, esto es, durante cuatro (4) y seis (6) horas, a pesar de seguir devengando la totalidad del sueldo fijado para el grado en el cual fueron nombrados.

Ante el aumento de las necesidades del servicio y la generación de las condiciones logísticas necesarias para la prestación del servicio de sanidad, se procedió a requerir al personal de salud para el cumplimiento de la jornada completa de ocho (8) horas diarias, obteniendo como respuesta una clara manifestación de no cumplirlo, argumentando ser titulares de un derecho adquirido, por llevar un período de tiempo considerable, laborando en una jornada inferior a las ocho (8) horas y que tal circunstancia implica una vulneración de sus derechos.”

Alude el Ministro a que tales servidores públicos se amparan en un documento de 1997 suscrito por varios directivos del Ministerio de Defensa Nacional, el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y el Hospital Militar Central, en donde se acordó que los turnos presenciales, así como los turnos de llamada o no presenciales hacen parte de la jornada laboral.

4. La ley 269 de 1996, *“Por la cual se regula parcialmente el artículo 128 de la Constitución Política¹, en relación con quienes prestan servicios de salud en las entidades de derecho público”,* dispuso que el personal que presta servicios de salud puede desempeñar más de un empleo en entidades de derecho público y que su jornada laboral máxima puede ser de doce (12) horas diarias sin que exceda del límite de sesenta y seis (66) horas a la semana.

Así lo estableció el artículo 2° de la citada ley:

¹ El artículo 128 de la Constitución dispone:

“Artículo 128. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas”.

"Artículo 2°. Garantía de prestación del servicio público de salud. Corresponde al Estado garantizar la atención en salud como un servicio público esencial, y en tal carácter el acceso permanente de todas las personas a dicho servicio, razón por la cual el personal asistencial que preste directamente servicios de salud podrá desempeñar más de un empleo en entidades de derecho público.

La jornada de trabajo del personal que cumple funciones de carácter asistencial en las entidades prestadoras de servicios de salud podrá ser máximo de doce horas diarias sin que en la semana exceda de 66 horas, cualquiera que sea la modalidad de su vinculación".

5. La ley 352 de 1997, "Por la cual se reestructura el Sistema de Salud y se dictan otras disposiciones en materia de Seguridad Social para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional", estableció en sus tres primeros artículos la composición, el objeto y la definición del Sistema en esta forma:

"Artículo 1°. Composición del Sistema. El Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, SSMP, está constituido por el Ministerio de Defensa Nacional, el Consejo Superior de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, el Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, el Subsistema de Salud de la Policía Nacional y los afiliados y beneficiarios del Sistema. El Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares lo constituyen el Comando General de las Fuerzas Militares, la Dirección General de Sanidad Militar, el Ejército Nacional, la Armada Nacional, la Fuerza Aérea y el Hospital Militar Central. El Subsistema de Salud de la Policía Nacional lo constituyen la Policía Nacional y la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional".

"Artículo 2°. Objeto. El objeto del SSMP es prestar el servicio integral de salud en las áreas de promoción, prevención, protección, recuperación y rehabilitación del personal afiliado y sus beneficiarios y el servicio de sanidad inherentes a las operaciones militares y policiales"².

"Artículo 3°. Definición. Para los efectos de la presente Ley se define la sanidad como un servicio público esencial de la logística militar y policial, inherente a su organización y funcionamiento, orientada al servicio del personal activo, retirado, pensionado y beneficiarios".

6. El decreto ley 1792 de 2000, "Por el cual se modifica el estatuto que regula el régimen de administración del personal civil del Ministerio de Defensa Nacional, se establece la carrera administrativa especial", de acuerdo con el artículo 114 rige desde su publicación, que se efectuó el 14 de septiembre de 2000 (Diario Oficial No. 44.161), y en el Título II, referente a la administración de personal,

² El artículo 2° de la ley 352 de 1997 fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 089 del 8 de marzo de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

dentro del Capítulo VI *"Otras disposiciones de administración de personal"*, el artículo 54 establece la jornada laboral en los siguientes términos:

*"Artículo 54. Jornada de trabajo. Los servidores públicos deben prestar sus servicios dentro de la jornada legal de ocho (8) horas o la reglamentaria de la respectiva repartición, unidad o dependencia, sin perjuicio de la permanente disponibilidad"*³.

Cabe señalar que los artículos 57 a 102 del decreto ley 1792 de 2000, referentes a la creación, organización y administración de la carrera administrativa especial para los servidores públicos civiles del Ministerio de Defensa Nacional, fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-757 del 17 de julio de 2001, por cuanto al establecer un régimen de carrera especial y conferir el carácter de libre nombramiento y remoción a algunos cargos, el Gobierno entró a reformar no el decreto ley 1214 de 1990, respecto del cual había facultades extraordinarias, sino la ley 443 de 1998, respecto de la cual no las había, siendo esta última la norma vigente que regulaba el régimen de carrera administrativa y la facultad de libre nombramiento y remoción aplicable al personal civil de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

7. En vista de lo anterior, algunos años más tarde, la ley 1033 de 2006, *"Por la cual se establece la carrera administrativa especial para los empleados públicos no uniformados al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, de las Fuerzas Militares, de la Policía nacional y de sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas al sector defensa, se derogan y modifican unas disposiciones de la ley 909 de 2004 y se conceden unas facultades conforme al numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política"*, estableció en el artículo 14 el régimen de carrera administrativa especial para los empleados públicos civiles no uniformados de tales organismos y entidades.

8. El decreto ley 91 de 2007, *"Por el cual se regula el sistema especial de carrera del sector defensa y se dictan unas disposiciones en materia de administración de personal"*, contiene las normas por medio de las cuales se regula dicha carrera, la cual se aplica a los empleados públicos civiles no uniformados al servicio del sector defensa, el cual está integrado por el Ministerio de Defensa Nacional, sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional (artículos 1º, 2º y 3º primer inciso). El artículo 92 de este decreto ley sobre su vigencia dispone que *"deja vigentes las normas especiales*

³ La Corte Constitucional, por medio de la sentencia C-757 del 17 de julio de 2001, declaró exequibles, entre otros, los artículos 54 y 114 del decreto ley 1792 de 2000, por los cargos analizados, consistentes en la presunta no conformación de la comisión especial del Congreso para asesorar al Gobierno en el ejercicio de las facultades extraordinarias y el presunto exceso en dicho ejercicio (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

contenidas en el decreto ley 1792 de 2000", lo cual significa que el artículo 54 de este, referente a la jornada laboral, mantiene su vigencia.

9. El decreto 4783 de 2008, "*Por el cual se aprueba el ajuste y la modificación a la planta de personal de empleados públicos del Ministerio de Defensa Nacional – Dirección General de Sanidad Militar y se dictan otras disposiciones*", estableció la planta de personal de empleados públicos de dicha Dirección General.

10. El decreto 1049 de 2011, "*Por el cual se fijan las escalas de asignación básica de los empleos públicos de los empleados civiles no uniformados del Ministerio de Defensa Nacional, de sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional*", dispone que las asignaciones básicas mensuales fijadas en el artículo 2° se reconocen por una jornada laboral de tiempo completo. Dice así el parágrafo 2° de este artículo:

"Parágrafo 2. Las asignaciones básicas mensuales de las escalas señaladas en el presente artículo corresponden a empleos de carácter permanente y de tiempo completo.

Se podrán crear empleos de medio tiempo los cuales se remunerarán en forma proporcional al tiempo trabajado y con relación a la asignación básica que les corresponda.

Se entiende, para efectos de este decreto, por empleos de medio tiempo los que tienen jornada diaria de cuatro (4) horas".

11. El Ministro indica que la Asociación de Servidores Públicos del Ministerio de Defensa y de las Instituciones que conforman el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional - Asemil, considera que exigir el cumplimiento de la jornada laboral de ocho (8) horas diarias al personal civil no uniformado del Ministerio de Defensa al servicio de la salud que desde su vinculación ha venido laborando cuatro (4) y seis (6) horas diarias, constituye una conducta de acoso laboral, por cuanto estima que es una jornada laboral superior a la pactada y no se puede anunciar la iniciación de investigaciones disciplinarias a quienes no cumplan tal jornada. Asemil presenta en apoyo de su punto de vista, los siguientes fundamentos:

a. El artículo 33 del decreto ley 1042 de 1978, referente al sistema de nomenclatura de los ministerios, departamentos administrativos, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales, que faculta al jefe del organismo a fijar el horario de trabajo dentro del límite máximo de 44 o 66 horas a la semana, en este último caso si se trata de actividades discontinuas con un límite de 12 horas por día.

b. La sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 13 de abril de 1999 según la cual "si las partes han convenido una jornada ordinaria de trabajo no es viable al

empleador aumentarla sin su consentimiento, pues si lo hace estaría frente a un trabajo suplementario. La jornada ordinaria de trabajo es la que convienen las partes, que es distinta a la máxima legal, (...) de manera que cuando el empleador exige la prestación de servicios a continuación de la jornada ordinaria convenida está disponiendo de un trabajo suplementario”.

c. El Acta de Acuerdo suscrita el 6 de mayo de 1997 entre ASEMIL y algunos directivos del Ministerio de Defensa, el Instituto de Salud para las Fuerzas Militares y el Hospital Militar Central, en la cual se indicó que los turnos presenciales así como los turnos de llamada (no presenciales o de disponibilidad) hacen parte de la jornada laboral, lo cual en su opinión constituye un derecho adquirido.

12. El Ministerio de Defensa Nacional, por su parte, manifiesta que el personal civil al servicio de ese Ministerio se encuentra en la categoría de empleados públicos, cuya calidad se adquiere a partir de una vinculación legal y reglamentaria con el Estado, en la cual las condiciones laborales, salariales y prestacionales están previamente establecidas en la ley o reglamento, y hace las siguientes precisiones:

a. La jornada laboral hace parte del régimen de administración de personal, conforme lo han determinado la jurisprudencia del Consejo de Estado⁴ y la doctrina de la Sala de Consulta⁵, de manera que la jornada laboral es una de las condiciones de la relación laboral y, por tanto, se encuentra sometida a lo que disponga la ley, ya que hace parte del ejercicio de la función pública y corresponde a una de las características de la relación legal y reglamentaria.

b. En la actualidad, el régimen de administración del personal civil y no uniformado del Ministerio de Defensa Nacional está contenido en los decretos leyes 1792 de 2000 y 91 de 2007, el primero de los cuales mantiene su vigencia por disposición del artículo 92 del segundo, y dispone en su artículo 54 que la jornada laboral para dicho personal es de ocho (8) horas diarias.

c. Con base en el Concepto No. 1254 de 2000 de la Sala de Consulta, el Ministerio expresa que, en el caso del personal médico, la normatividad faculta a la Administración para flexibilizar los horarios o jornadas laborales, siempre teniendo en cuenta las necesidades del servicio. Señala que eso fue lo que sucedió, dado que en el pasado no se requería de una jornada laboral de ocho (8) horas diarias, pero que ahora las necesidades del servicio de salud sí la ameritan,

⁴ Sentencia de 30 de agosto de 2007, Rad. No. 05001-23-31-000-1998-02435 (9987-05) de la Sección Segunda, Subsección B, C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado.

⁵ Concepto No. 1254 del 9 de marzo de 2000 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, C.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

1) El artículo 33 del decreto ley 1042 de 1978 sobre la jornada laboral no es aplicable al Ministerio de Defensa Nacional, pero si se aplica por analogía conforme al desarrollo jurisprudencial, se debe interpretar en concordancia con la ley 269 de 1996. Desde esa perspectiva, se observa que tal norma flexibiliza la jornada laboral facultando a los nominadores para efectuar movimientos en las plantas de personal, ajustando el horario o jornada laboral a las necesidades del servicio de acuerdo con la ley, pudiendo aumentarla o disminuirla según tales necesidades, sin que en ningún caso ello implique el abandono del límite de la jornada laboral ordinaria de la respectiva entidad, conforme lo señaló la Sala de Consulta y Servicio Civil en el Concepto No. 1254 de 2000.

2) La sentencia de la Corte Suprema de Justicia que se ha invocado tiene aplicabilidad para el sector privado, no para el caso de los empleados públicos que están vinculados mediante una relación legal y reglamentaria en la cual las condiciones laborales están determinadas por la ley o el reglamento.

3) El Acta del 6 de mayo de 1997 no da origen a un derecho adquirido, dado que no tiene poder vinculante por cuanto el único competente para expedir el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos es el Gobierno Nacional, como se precisó en el Concepto No. 1254 de 2000 de la Sala de Consulta y Servicio Civil.

e. En relación con los procesos disciplinarios contra servidores públicos de la salud del Ministerio de Defensa Nacional, por incumplimiento de la jornada laboral de ocho (8) horas diarias, culminados con decisiones de archivo basadas en la citada Acta de 1997, el Ministerio señala que no las comparte por la falta de poder vinculante de dicha Acta, y considera que es procedente adelantar nuevos procesos contra quienes persisten en incumplir dicha jornada, pues vienen a ser hechos nuevos, sin que se trate de acoso laboral.

A partir de estas consideraciones jurídicas el Ministro formula las siguientes

PREGUNTAS:

"1. Puede el nominador sin que se considere violación de derecho adquirido alguno, exigir el cumplimiento de la jornada laboral de ocho (8) horas diarias al personal de la salud del Ministerio de Defensa Nacional que desde su vinculación vienen prestando una jornada laboral inferior a ocho (8) horas diarias y devengan totalidad del sueldo básico fijado por el Gobierno Nacional, para los empleos de los cuales son titulares, con fundamento en las necesidades del servicio?"

diarias y devengan totalidad del sueldo básico fijado por el Gobierno Nacional, para los empleos de los cuales son titulares, con fundamento en las necesidades del servicio?

2. Pueden las autoridades disciplinarias, esto es la Procuraduría General de la Nación y la Oficina de Control Disciplinario Interno de este Ministerio, que en el pasado se han pronunciado respecto de hechos similares, ordenando el archivo de las investigaciones, iniciar nuevas actuaciones disciplinarias contra los mismos servidores públicos que a pesar de haber sido requeridos para el cumplimiento de la jornada laboral de ocho (8) horas diarias, con posterioridad a las decisiones de archivo antes citadas, dado que constituyen hechos nuevos sin que tal conducta por parte del nominador o del operador disciplinario constituya persecución o acoso laboral?"

II. CONSIDERACIONES

A. Obligatoriedad de la jornada laboral de ocho (8) horas diarias. Jornada de hecho o eventual, inferior a ocho horas diarias, no constituye derecho adquirido

Como se aprecia en los antecedentes expuestos, la situación consiste esencialmente en que hay empleados públicos del servicio de salud del Ministerio de Defensa Nacional quienes, desde su vinculación, han venido cumpliendo una jornada laboral inferior a ocho (8) horas pero devengan la totalidad del sueldo básico fijado por el Gobierno Nacional para los cargos de los cuales son titulares, y en la actualidad el nominador requiere, por necesidades del servicio, exigirles el cumplimiento de la jornada laboral de ocho (8) horas diarias, ante lo cual dichos empleados y el sindicato Asemil han expresado que dicha exigencia vulnera un derecho adquirido.⁶ Así lo han manifestado en ocasiones anteriores, cuando se les ha requerido para que cumplan esa jornada laboral, y también en algunos procesos disciplinarios que se les han adelantado por presunto incumplimiento de la misma.

⁶ La Corte Constitucional en diversas sentencias ha precisado la noción de derechos adquiridos, así por ejemplo, en la sentencia C-147 de 1997 sostuvo: "configuran derechos adquiridos las situaciones jurídicas individuales que han quedado definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente o pertenecen al patrimonio de una persona" y agregó: "la Constitución prohíbe el desconocimiento o modificación de las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de una ley, con ocasión de la expedición de nuevas regulaciones legales."

La primera pregunta de la consulta se refiere, pues, a si tal exigencia constituye o no violación de un derecho adquirido.

Al respecto se observa que la Sala se pronunció sobre una situación similar referente a la jornada laboral del personal médico y paramédico del Hospital Militar, mediante el Concepto No. 1254 del 9 de marzo de 2000, cuyo análisis conserva vigencia y resulta válido en relación con el personal del servicio de Sanidad Militar y Policial del Ministerio de Defensa Nacional.

Señaló la Sala en esa oportunidad:

“Por su parte, la jornada de trabajo es una de las condiciones de la relación laboral y, por tanto, está sometida a lo que en la materia disponga la ley, pues hace parte del ejercicio de la función pública. (...)

Límites de la jornada laboral

Sin detrimento del principio de inescindibilidad,⁷ pues las normas son concordantes finalística y cuantitativamente con las del decreto 1042, en el caso bajo examen la materia está especialmente regulada por la ley 269 de 1996, por la cual se reglamenta parcialmente el artículo 128⁸ de la Constitución Política, en relación con quienes prestan servicios en las entidades de derecho público, como lo es el Hospital Militar Central. En su artículo 2° se permite al personal asistencial que presta directamente servicios de salud, “desempeñar más de un empleo en entidades de derecho público”, con el fin de garantizar la atención de este servicio público esencial y el acceso permanente de todas las personas al mismo, y al efecto establece que:

“La jornada de trabajo del personal que cumple funciones de carácter asistencial en las entidades prestadoras de servicios de salud podrá ser máximo de doce horas diarias sin que en la semana exceda de 66 horas, cualquiera sea la modalidad de su vinculación”.⁹

La misma ley flexibiliza las condiciones laborales del personal asistencial que presta servicios de salud en las entidades de derecho público, al permitir más de una vinculación en el sector oficial, siempre que no exista cruce de horarios, en aras de garantizar el acceso permanente a la prestación del servicio público esencial de salud. En consecuencia, las entidades nominadoras pueden efectuar movimientos

⁷ Nota del Concepto 1254/00: El principio de inescindibilidad implica la aplicación Integra de un régimen o precepto, lo que supone la imposibilidad de acogerse a una parte de ellos despreciando la otra, o fundir normas o regímenes, para obtener uno nuevo, más favorable.

⁸ Nota del Concepto 1254/00: El artículo 128 de la C.P. prohíbe desempeñar simultáneamente más de un empleo público y recibir más de una asignación que provenga del tesoro público. La ley 269 establece una excepción a la prohibición.

⁹ Nota del Concepto 1254/00: El decreto 1042/78 establece una jornada ordinaria de 44 horas semanales y autoriza jornadas hasta de 12 horas diarias en las actividades que se ejecutan de manera discontinua o intermitente, para un máximo de 66 semanales.

justificados de las plantas, ajustando el horario o jornada a las necesidades del servicio, de acuerdo a la ley.

Al efecto dispone el artículo 5°:

“Adecuación jornada laboral. *Las instituciones prestadoras de servicios de salud podrán adecuar la relación laboral de los trabajadores oficiales y empleados públicos del sector, modificando las jornadas a las establecidas en la presente Ley, mediante el traslado horizontal a un cargo de igual grado, nivel y remuneración acorde con la jornada establecida, pudiendo disminuir o aumentar la intensidad horaria según el caso, siempre que las circunstancias del servicio lo permitan. Lo anterior no implica disolución de vínculo laboral, pérdida de antigüedad, ni cualquier otro derecho adquirido por el funcionario”.*

A términos del artículo 33 del decreto 1042 de 1978 en concordancia con las normas acabadas de citar, dentro de estos límites, el jefe del respectivo organismo puede señalar los horarios de trabajo y compensar la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor sin que, en ningún caso, dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras. El trabajo realizado en día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo cuando exceda la jornada máxima semanal. En este caso se aplicará lo dispuesto para las horas extras.

Ahora bien, teniendo en cuenta la finalidad de la ley 269 de 1996 - establecer una excepción a la prohibición de recibir más de una asignación proveniente del tesoro público -, la ampliación de la jornada a un máximo de 12 horas diarias y 66 semanales, no significa necesariamente que se haya abandonado el límite legal de la jornada ordinaria con la misma entidad pública. De este modo, es posible que un determinado servidor preste sus servicios por fuera de la jornada ordinaria de 44 horas (art. 33 del decreto 1042 de 1978), en la misma o en otra entidad pública.

Lo anterior no implica que la vinculación con la administración deba ser necesariamente por jornadas de 44 horas semanales, pues ello dependerá de las necesidades del servicio. En estos casos, la jornada ordinaria - inferior a la máxima legal - será la señalada por la administración en el acto de nombramiento o en el contrato de prestación de servicios, si fuere éste procedente”.

El Ministerio señala que lo indicado en precedencia fue lo que sucedió en el pasado debido a que, por las necesidades del servicio, no se requería en ese momento que todo el personal de salud cumpliera la jornada laboral de ocho (8) horas diarias, de manera que había personal médico y paramédico que prestaba una jornada de cuatro (4) horas diarias presenciales y cuatro (4) horas de disponibilidad, pero luego las circunstancias cambiaron por el incremento del pie de fuerza y de las operaciones de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, siendo necesaria la prestación del servicio de ocho (8) horas diarias presenciales más la disponibilidad permanente.

Cuando a varios médicos y paramédicos se les requirió en el sentido de que laboraran las ocho (8) horas diarias de servicio, respondieron que no podían acceder, por cuanto consideraron que tenían un derecho adquirido sobre su jornada laboral de cuatro (4) horas presenciales y sobre la disponibilidad, pues así se había pactado con ellos y se había convenido en el Acta Final del Comité de Seguimiento del Acuerdo del 6 de mayo de 1997, que en lo pertinente señala: *"los turnos presenciales así como los turnos de llamada (no presenciales) hacen parte de la jornada laboral"*.

Resulta oportuno mencionar que la Sala, en el citado Concepto No. 1254 de 2000, se refirió también a los turnos de disponibilidad del personal de salud, en esa ocasión del Hospital Militar, con razones que resultan aplicables al caso presente. Explicó la Sala lo siguiente:

"(...) Los turnos de disponibilidad no están expresamente reglamentados en la ley. Por aplicación de las normas generales - decreto 1042 de 1978 - y partiendo de la noción de jornada de trabajo, se concluye que si el servidor está cumpliendo la jornada asignada y el turno de disponibilidad está comprendido en ella y se prestan servicios durante la disponibilidad, ellos se reconocerán atendiendo las condiciones específicas en que se prestaron (jornada nocturna, dominical, etc.), en proporción a los servicios efectivamente prestados, cuantificados en horas.

Si el empleado está cumpliendo la jornada asignada, el turno de disponibilidad hace parte de la misma y no se presta servicio alguno por cuanto no se efectuó llamada, conforme a la normatividad vigente, sólo se tendrá derecho a la asignación básica.

En el primer caso puede presentarse, además, la posibilidad de trabajo suplementario, el que será remunerado como ya quedó expuesto.

En consecuencia, en estos eventos la entidad nominadora, al designar el personal médico, señalará el número de horas que deben ser cumplidas y, al asignar el horario, determinará las modalidades de prestación del servicio, las jornadas respectivas y los turnos de disponibilidad. Las consecuencias salariales se derivarán de dichas condiciones laborales."

Ahora bien, respecto del Acta de Acuerdo suscrita entre el Ministerio de Defensa Nacional, el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, el Director del Hospital Militar Central y el sindicato Asemil, que este último presenta como fundamento del pretendido derecho adquirido, la Sala en el citado Concepto No. 1254 desvirtuó tal pretensión por las siguientes razones:

"En relación con la validez de los compromisos adquiridos en el acta suscrita el 6 de mayo de 1997, por los funcionarios mencionados y miembros de la Organización sindical Asemil, para reglamentar el reconocimiento y pago del tiempo de disponibilidad, mediante turnos presenciales y de llamada, ellos no tienen poder vinculante, por cuanto el único competente para expedir el régimen en materia salarial y prestacional para las personas vinculadas al Hospital Militar Central, luego

de la expedición de la ley 4a de 1992 y de la ley 352 de 1997, es el Gobierno Nacional”.

El argumento expuesto es aplicable también en el caso del personal de Sanidad Militar y Policial del Ministerio de Defensa Nacional, pues efectivamente la Constitución confiere de manera exclusiva al Presidente de la República la facultad de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, entre otros servidores públicos, siendo la jornada laboral un componente de dicho régimen, en la medida en que, según que el empleo sea de tiempo completo o de medio tiempo, se devenga la totalidad o la mitad de la asignación básica.

En efecto, la Constitución prevé en su artículo 150 numeral 19:

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

(...)

19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:

(...)

e. Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública;

(...)”.

La ley marco a que alude la norma transcrita es la ley 4a. de 1992, cuyo artículo 10 dispone claramente:

“Artículo 10. Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente 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 consecuencia, no se puede fundamentar la existencia de un derecho adquirido sobre la jornada laboral de determinados empleados públicos, en la citada Acta de Acuerdo, cuando el régimen salarial y prestacional, del cual hace parte la fijación de la jornada laboral, sólo puede ser determinado por el Gobierno Nacional en desarrollo de la ley marco 4a. de 1992.

Requisito fundamental para que un derecho adquirido se considere como tal, es que se obtenga *“con arreglo a las leyes civiles”*, como exige el artículo 58 de la Carta, de manera que su obtención deberá sujetarse sin excepciones a la normatividad constitucional, por supuesto, y a la ley.

Conforme se expuso en los antecedentes, la norma especial aplicable a los servidores públicos civiles del Ministerio de Defensa Nacional, en relación con la jornada de trabajo, es el artículo 54 del decreto ley 1792 de 2000, el cual

necesariamente a las disposiciones legales y reglamentarias, sin que sea admisible entrar a negociar las condiciones de su labor, como bien podría ocurrir cuando se trata de trabajadores oficiales vinculados por medio de un contrato de trabajo.

Adicionalmente se observa que los servidores de la salud del Ministerio de Defensa Nacional a que se ha hecho alusión, reciben la totalidad del sueldo fijado para el grado en el cual fueron nombrados, lo cual debe corresponder a la prestación del servicio de tiempo completo, es decir, de ocho (8) horas diarias. Y que si laboran únicamente cuatro (4) horas diarias se les debe remunerar "en forma proporcional al tiempo trabajado", conforme lo establece el parágrafo 2° del artículo 2° del decreto 1049 de 2011, dictado precisamente en desarrollo de las normas generales señaladas en la ley 4a. de 1992. El mencionado parágrafo 2° dispone claramente lo siguiente:

"Parágrafo 2. Las asignaciones básicas mensuales de las escalas señaladas en el presente artículo corresponden a empleos de carácter permanente y de tiempo completo.

Se podrán crear empleos de medio tiempo los cuales se remunerarán en forma proporcional al tiempo trabajado y con relación a la asignación básica que les corresponda.

Se entiende, para efectos de este decreto, por empleos de medio tiempo los que tienen jornada diaria de cuatro (4) horas".

Precisamente ante el caso de una empleada pública que desempeñó la profesión de odontóloga en un colegio distrital, inicialmente durante una jornada laboral de cuatro (4) horas diarias, a la cual se le pagó el salario en forma proporcional al tiempo trabajado y posteriormente se le requirió para el cumplimiento de la jornada diaria laboral de ocho horas y media (8 ½), por necesidades del servicio y porque en el nombramiento no se había especificado la duración de la jornada, debiéndose aplicar la establecida por la normatividad, el Consejo de Estado rechazó la alegación de un presunto derecho adquirido, así como también la pretensión de que se le pagara la remuneración como si hubiera servido de tiempo completo. Así lo sostuvo la Sección Segunda, Subsección B (C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila), en sentencia del 29 de abril de 2010, Exp. No. 25000232500030889702, No. interno 0478-2009, en la cual se expresó:

"(...) el artículo 1° del decreto No. 1647 de 1967, por el cual se reglamentaron los pagos a los servidores del Estado, estableció la correspondencia necesaria entre la prestación del servicio y el pago del salario.

(...) A juicio de la Sala, el concepto de relación laboral, como instrumento de regulación de las relaciones entre empleador y trabajador, contiene como uno de

Hernando Alvarado Ardila), en sentencia del 29 de abril de 2010, Exp. No. 25000232500030889702, No. interno 0478-2009, en la cual se expresó:

"(...) el artículo 1° del decreto No. 1647 de 1967, por el cual se reglamentaron los pagos a los servidores del Estado, estableció la correspondencia necesaria entre la prestación del servicio y el pago del salario.

(...) A juicio de la Sala, el concepto de relación laboral, como instrumento de regulación de las relaciones entre empleador y trabajador, contiene como uno de sus elementos constitutivos la jornada laboral, es decir el tiempo durante el cual el trabajador destina su energía, sus conocimientos y su actividad al servicio de la función o de la tarea que le corresponde cumplir en beneficio del empleador. La jornada laboral es determinante en el conjunto de esa relación, pues el salario, otra de sus categorías fundamentales, está determinado por la jornada laboral, es decir por el tiempo que el trabajador compromete en favor del empleador. La magnitud de la remuneración está entonces indisoluble y directamente asociada al tiempo de dedicación al trabajo, tanto, que habría detrimento patrimonial al reconocer salario a un empleado por un tiempo realmente no trabajado.

Así, el decreto No. 1647 de 5 de septiembre de 1967, por el cual se reglamentan los pagos a los servidores del Estado, dispone perentoriamente que toda remuneración que se pague debe obedecer a servicios efectivamente prestados. Dice así el artículo 1° del citado decreto:

'Los pagos por sueldos o cualquiera otra forma de remuneración a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales del orden nacional, departamental, intendencial, comisarial, distrital, municipal y de las empresas y establecimientos públicos, serán por servicios rendidos, los cuales deben comprobarse debidamente ante los respectivos funcionarios de la Contraloría General de la República y las demás Contralorías a quienes corresponde la vigilancia fiscal'.

(...)

Así las cosas el decreto No. 1647 de 1967 sería suficiente como instrumento normativo para impedir que la demandante reclamara un salario por un trabajo no ejecutado efectivamente.

(...)

El Consejo de Estado, mediante fallo del 30 de abril de 2009, sobre la jornada laboral en los establecimientos educativos oficiales, aseveró¹⁰

'Es importante anotar que el hecho de venir cumpliendo un horario en jornada inferior a la establecida por el legislador no puede constituirse, en manera alguna, en un derecho adquirido, pues lo normal es el ejercicio de las funciones dentro de los límites establecidos, si la autoridad considera la necesidad, se

¹⁰ Cita del fallo: Sentencia de 30 de abril de 2009. Radicado No. 1046. C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón.

menor al que indican las normas citadas, no genera un derecho adquirido, ni altera su relación con la administración, que en este caso es legal y reglamentaria y no de hecho”.

En síntesis, el Ministerio de Defensa Nacional debe requerir a los empleados públicos del servicio de Sanidad Militar y Policial que han venido prestando una jornada laboral de medio tiempo, es decir, de cuatro (4) horas diarias, pero que devengan la totalidad de la asignación básica mensual correspondiente a la jornada laboral de tiempo completo, esto es, de ocho (8) horas diarias, a que cumplan esta última sin que ello signifique la violación de un derecho adquirido.

B. Acción disciplinaria por incumplimiento de la jornada laboral de ocho (8) horas diarias, luego de formal requerimiento, no constituye acoso laboral

La Procuraduría Regional del Tolima, en el proceso radicado con el No. 078-3816-2003, resolvió archivar la investigación disciplinaria por incumplimiento de la jornada laboral, contra varios empleados públicos del servicio de salud del Ministerio de Defensa Nacional que estaban prestando una jornada laboral de cuatro (4) horas diarias, con fundamento en el Acta de Acuerdo del 6 de mayo de 1997, en la cual se convenía que los turnos de disponibilidad no presenciales se tendrían como jornada laboral. Dicha Acta de Acuerdo, según se ha indicado en precedencia, carece de poder vinculante conforme a la Constitución y la ley. Lo mismo hizo en el pasado, en varias acciones disciplinarias, la Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno del Ministerio de Defensa Nacional.

La segunda pregunta de la consulta se refiere a si el nominador o el operador disciplinario pueden adelantar nuevas acciones disciplinarias contra los mismos empleados públicos que, a pesar de ser requeridos para el cumplimiento de la jornada laboral de ocho (8) horas diarias, con posterioridad a las mencionadas decisiones de archivo, no la cumplan, sin que ello pueda interpretarse como acoso laboral.

Sobre el particular se observa que la ley 1010 del 23 de enero de 2006, “*Por medio de la cual se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo*”, señala en el artículo 1° su finalidad y alcance así:

“Artículo 1°. Objeto de la ley y bienes protegidos por ella. La presente ley tiene por objeto definir, prevenir, corregir y sancionar las diversas formas de agresión, maltrato, vejámenes, trato desconsiderado y ofensivo y en general todo ultraje a la dignidad humana que se ejercen sobre quienes realizan sus actividades económicas en el contexto de una relación laboral privada o pública.

Son bienes jurídicos protegidos por la presente ley: el trabajo en condiciones dignas y justas, la libertad, la intimidad, la honra y la salud mental de los trabajadores,

laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo”, señala en el artículo 1° su finalidad y alcance así:

“Artículo 1°. Objeto de la ley y bienes protegidos por ella. La presente ley tiene por objeto definir, prevenir, corregir y sancionar las diversas formas de agresión, maltrato, vejámenes, trato desconsiderado y ofensivo y en general todo ultraje a la dignidad humana que se ejercen sobre quienes realizan sus actividades económicas en el contexto de una relación laboral privada o pública.

Son bienes jurídicos protegidos por la presente ley: el trabajo en condiciones dignas y justas, la libertad, la intimidad, la honra y la salud mental de los trabajadores, empleados, la armonía entre quienes comparten un mismo ambiente laboral y el buen ambiente en la empresa.

Parágrafo. La presente ley no se aplicará en el ámbito de las relaciones civiles y/o comerciales derivadas de los contratos de prestación de servicios en los cuales no se presenta una relación de jerarquía o subordinación. Tampoco se aplica a la contratación administrativa”¹¹.

El artículo 2° de la ley 1010 define el acoso laboral y la modalidad de persecución laboral en los siguientes términos:

“Artículo 2°. Definición y modalidades de acoso laboral. Para efectos de la presente ley se entenderá por acoso laboral toda conducta persistente y demostrable, ejercida sobre un empleado, trabajador por parte de un empleador, un jefe o superior jerárquico inmediato o mediato, un compañero de trabajo o un subalterno, encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo. En el contexto del inciso primero de este artículo, el acoso laboral puede darse, entre otras, bajo las siguientes modalidades generales:

1. Maltrato laboral. Todo acto de violencia contra la integridad física o moral, la libertad física o sexual y los bienes de quien se desempeñe como empleado o trabajador; toda expresión verbal injuriosa o ultrajante que lesione la integridad moral o los derechos a la intimidad y al buen nombre de quienes participen en una relación de trabajo de tipo laboral o todo comportamiento tendiente a menoscabar la autoestima y la dignidad de quien participe en una relación de trabajo de tipo laboral.

*2. Persecución laboral: toda conducta cuyas características de reiteración o evidente arbitrariedad permitan inferir el propósito de inducir la renuncia del empleado o trabajador, mediante la descalificación, la carga excesiva de trabajo y cambios permanentes de horario que puedan producir desmotivación laboral.
(...)”.*

¹¹ La parte subrayada del párrafo fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-960 del 14 de noviembre de 2007 “en el entendido de que si en realidad existe una relación laboral, se aplicará la Ley 1010 de 2006”. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

En el caso analizado se observa que no se dan las hipótesis contempladas en la norma para que la iniciación de una nueva acción disciplinaria pudiera considerarse como un evento de acoso o persecución laboral.

El artículo 7° de la ley 1010 establece varios eventos de presunción de acoso laboral, entre los cuales se cita el caso de múltiples denuncias disciplinarias, así:

“Artículo 7°. Conductas que constituyen acoso laboral. Se presumirá que hay acoso laboral si se acredita la ocurrencia repetida y pública de cualquiera de las siguientes conductas:

(...)

e) Las múltiples denuncias disciplinarias de cualquiera de los sujetos activos del acoso, cuya temeridad quede demostrada por el resultado de los respectivos procesos disciplinarios;

(...)”.

En el caso examinado no se configura de manera alguna la causal anotada, pues no se trataría de varias denuncias o acciones, ni serían temerarias. La hipótesis es de una nueva acción disciplinaria, teniendo como fundamento hechos nuevos en la medida en que se argumenta que la mencionada Acta de Acuerdo carece de poder jurídico vinculante, y que la Administración hace un requerimiento formal, mediante acto administrativo motivado, a los empleados públicos a los que concierne la situación analizada, para que cumplan la jornada laboral de ocho (8) horas diarias, teniendo en cuenta las necesidades del servicio y la circunstancia muy importante de que están devengando la totalidad de la asignación básica correspondiente a los respectivos cargos, y aún así, algunos de ellos no cumplen dicha jornada en un espacio de tiempo que es actual y, por ende, diferente al de la primera acción disciplinaria.

Adicionalmente se encuentra que la misma ley 1010 dispone expresamente que el ejercicio legítimo de la facultad disciplinaria no constituye conducta de acoso laboral. Dice así el artículo 8° en la parte pertinente:

“Artículo 8°. Conductas que no constituyen acoso laboral. No constituyen acoso laboral bajo ninguna de sus modalidades:

(...)

b) Los actos destinados a ejercer la potestad disciplinaria que legalmente corresponde a los superiores jerárquicos sobre sus subalternos;

(...)”.

En síntesis, el adelantar nueva acción disciplinaria en la situación descrita no configura un evento de acoso o persecución laboral por parte del nominador o del

operador disciplinario y, por el contrario, obedece al cumplimiento de un deber legal.

III. LA SALA RESPONDE

"1. Puede el nominador sin que se considere violación de derecho adquirido alguno, exigir el cumplimiento de la jornada laboral de ocho (8) horas diarias al personal de la salud del Ministerio de Defensa Nacional que desde su vinculación vienen prestando una jornada laboral inferior a ocho (8) horas diarias y devengan totalidad del sueldo básico fijado por el Gobierno Nacional, para los empleos de los cuales son titulares, con fundamento en las necesidades del servicio?"

El nominador puede, sin que ello constituya violación de un derecho adquirido, exigir con fundamento en las necesidades del servicio, el cumplimiento de la jornada laboral de ocho (8) horas diarias, al personal de la salud del Ministerio de Defensa Nacional que de tiempo atrás, e incluso desde su vinculación, viene prestando una jornada laboral inferior a ocho (8) horas diarias, pero que está devengando la totalidad del sueldo básico fijado por el Gobierno para los respectivos empleos.

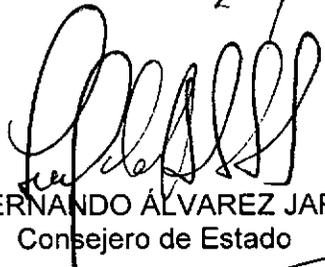
"2. Pueden las autoridades disciplinarias, esto es la Procuraduría General de la Nación y la Oficina de Control Disciplinario Interno de este Ministerio, que en el pasado se han pronunciado respecto de hechos similares, ordenando el archivo de las investigaciones, iniciar nuevas actuaciones disciplinarias contra los mismos servidores públicos que a pesar de haber sido requeridos para el cumplimiento de la jornada laboral de ocho (8) horas diarias, con posterioridad a las decisiones de archivo antes citadas, dado que constituyen hechos nuevos sin que tal conducta por parte del nominador o del operador disciplinario constituya persecución o acoso laboral?"

Las autoridades disciplinarias pueden iniciar nuevas actuaciones disciplinarias, sin que ello constituya un evento de acoso o persecución laboral, contra los servidores públicos a los que se les haya requerido formalmente mediante un acto administrativo motivado, que cumplan la jornada laboral de ocho (8) horas diarias, en razón de la normatividad legal y de la circunstancia de devengar la totalidad del sueldo básico de los respectivos cargos, que no cumplan dicha jornada, aunque antes de tal requerimiento se les hubiera ordenado el archivo de las investigaciones adelantadas por el hecho de prestar el servicio durante un tiempo inferior al de esa jornada.

Remítase al señor Ministro de Defensa Nacional y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.



AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA
Presidente de la Sala



LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO
Consejero de Estado



WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Consejero de Estado



OSCAR ALBERTO REYES REY
Secretario de la Sala

14 ENE. 2013

LEVANTAMIENTO DE RESERVA No. 130107 del 27 DE DICIEMBRE
DE ° 2012.