

**DERECHO QUE LES ASISTE A LOS FUNCIONARIOS DEL HOSPITAL
UNIVERSITARIO DEPARTAMENTAL DE NARIÑO E.S.E. EN RELACIÓN CON
EL PAGO DE LA DENOMINADA PRIMA DE ANTIGÜEDAD**
Ensayo

HÉCTOR FABIO QUIRÓZ ORDÓÑEZ

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SOCIO - JURÍDICOS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
PASTO
2007**

**DERECHO QUE LES ASISTE A LOS FUNCIONARIOS DEL HOSPITAL
UNIVERSITARIO DEPARTAMENTAL DE NARIÑO E.S.E. EN RELACIÓN CON
EL PAGO DE LA DENOMINADA PRIMA DE ANTIGÜEDAD
Ensayo**

HÉCTOR FABIO QUIRÓZ ORDÓÑEZ

**Trabajo presentado como requisito para optar el título de Especialista en
Derecho Administrativo**

**Doctora
MARÍA ANGÉLICA HERNÁNDEZ
Directora**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SOCIO - JURÍDICOS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
PASTO
2007**

“Las ideas y conclusiones aportadas en este trabajo de grado, son de responsabilidad exclusiva de su autor”

Artículo 1º del acuerdo No. 324 de octubre 11 de 1966 emanado del Honorable Consejo Directivo de la Universidad de Nariño.

NOTA DE ACEPTACIÓN

APROBADO

DR. ORLANDO CHAVES BRAVO
Firma del presidente del jurado

DRA. ATRIZ ROSERO MEJIA
Firma del Jurado

Pasto, Agosto de 2007

CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCIÓN	8
1. PRESENTACIÓN	10
2. DESCRIPCIÓN DE LA SITUACIÓN, NEGATIVA DE PAGO POR PARTE DEL HOSPITAL Y SU FUNDAMENTO JURÍDICO	15
CONCLUSIONES	19
BIBLIOGRAFÍA	21
ANEXOS	22

LISTA DE ANEXOS

	pág.
Anexo A. Encuesta a funcionarios del Hospital Departamental Universitario E.S.E.	22

ABSTRAC

By the year 1980, El Hospital Universitario Departamental de Nariño ESE was intended to be an entity attributed to the Health Sectional Service in order to fulfill the payment of the antiquity bonus which was created by the Health Sectional Service of Nariño, however, in the year 2002, the Manager of the hospital suspended such payment by stating that it was not legal.

The Ministry of Social Security and the Administrative Department of Public Activity referring to the article 17 of the Law 10, 1990 with regard to salary regulations of the staff working in territorial entities before the application of the Law 10, highlight that the article 30 in such law stated that the same regulations would be applied to all the public employees from territorial health entities without damage of what it had been foreseen in the article 17 of this Law. Finally, and even though this law only concerns public employees, it is necessary to highlight that the Decree 1919 in 2002 states that the minimum social regulations for the public workers would be applied to all those employees who are entailed in the Executive branch of the National order.

Likewise, they manifest that for those employees who had been working in the National Health System or the Public Section before Law 10 1990 and for those who are still working, the salary regulations were the ones established for the National section, bringing about then a special connotation of such employees, stating that in spite of the fact of being territorial employees, the applicable regulations regarding wages and social benefits would be those of the National level.

Therefore, it can be deduced in the sub-examine case that there was not a legal rule of the national order which had allowed the territorial entities or dependences to create the so-called Antiquity Bonus for the health service of any order. However, by that time, there was neither an authorization nor a rule which allowed such jurisdiction, as a result, the Health Sectional Service of Nariño created this bonus.

The public employees working in Hospital Universitario Departamental de Nariño ESE cannot plead acquired rights with relation to the ANTIQUITY BONUS, since the regulations strenuously states that all salary and social benefits policies which contradict either the Constitution, the Law or the National Government Decrees, lack of validity and will not obtain acquired rights.

Finally, it is also clear that the ANTIQUITY BONUS does not exist in the positive legal regulations in Colombia, but it is legal in the ***Wage Increase to Antiquity***, according to the articles 49 and 97 of the Decree in Law 1042, 1978 which takes part in the salary and it is constituted as wage factor in the social benefits liquidation. Therefore, those employees who have been working in Hospital Departamental Universitario de Nariño ESE before the validation of the Law 10, 1990 and those who have fulfilled the legal requirements established by the Decree 1042, 1978, would be entitled then to obtain the wage increase for antiquity and until they retire from the entity.

RESUMEN

El Hospital Departamental de Nariño ESE, para el año 1980 procedió por tratarse una entidad adscrita al Servicio Seccional de Salud a cumplir con el pago de la denominada prima de antigüedad creada mediante resolución por parte del servicio seccional de Salud de Nariño; sin embargo en el año 2002, el Gerente del ente hospitalario para esa época suspendió el pago, argumentando entre otras cosas, que se trataba de un pago de carácter ilegal.

El Ministerio de Protección Social y el Departamento Administrativo de la Función Pública hacen algunas precisiones con respecto al artículo 17 de la Ley 10 de 1990 en cuanto al régimen salarial y prestacional del personal de empleados públicos vinculados en entidades del orden territorial antes de entrada en vigencia de la Ley 10 de 1990; y al respecto dicen que el artículo 30 de la mencionada Ley estableció que 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 dicha Ley**. Por último y aún cuando este concepto cubre únicamente a los empleados públicos, se considera necesario precisar que el Decreto 1919 de 2002 establece que el régimen de prestaciones sociales mínimas aplicables a los trabajadores oficiales vinculados a las entidades de que trata este Decreto será el consagrado para los empleados públicos de la rama Ejecutiva del orden Nacional.

De la misma manera y en otro aparte, manifiestan que se concluye que para los servidores que laboraban antes de la ley 10 de 1990 en el Sistema Nacional de Salud, Subsector Oficial y que aún continúan activos, el régimen salarial y prestacional era el establecido para el sector Nacional, derivándose entonces, una connotación especial de dichos empleados, consistente en que a pesar de ser empleados del nivel territorial las normas aplicables en materia de salarios y prestaciones sociales eran las del nivel Nacional.

Se puede colegir efectivamente en el caso sub – examine, que no existía norma legal del orden nacional que haya autorizado a los entes territoriales o a las dependencias adscritas a éstos, el crear la denominada PRIMA DE ANTIGÜEDAD, para el servicio de la salud de cualquier orden. Sin embargo y no obstante no existía en su momento dicha autorización o norma que permitiera esa potestad, la Dirección del Servicio Seccional de Salud de Nariño, creó dicha prima.

Los empleados públicos al servicio del Hospital Departamental de Nariño ESE, no pueden alegar derechos adquiridos con relación a la denominada PRIMA DE ANTIGÜEDAD, puesto que la normatividad es contundente en establecer que todo régimen salarial y prestacional que contradiga la Constitución política, la Ley y los Decretos del Gobierno Nacional, carece de todo efecto y no creará derechos adquiridos.

Finalmente también es claro que la prestación social denominada PRIMA DE ANTIGÜEDAD, no tiene existencia dentro del ordenamiento positivo legal colombiano; pero si tiene existencia legal ***el incremento del salario por antigüedad***, de conformidad con los arts. 49 y 97 del Decreto – Ley 1042 de 1978 el cual hace parte integrante del salario y se constituye como factor salarial para la liquidación de prestaciones sociales. Tendrían derecho entonces a percibir los incrementos de salario por antigüedad y hasta que se retiren de la entidad, los empleados públicos al servicio del Hospital Departamental de Nariño ESE que se hayan vinculado antes de la entrada en vigencia de la Ley 10 de 1990 y que hubiesen cumplido los requisitos legales exigidos por el Decreto 1042 de 1978.

INTRODUCCIÓN

El problema materia del presente proceso investigativo, surge a partir del Acto administrativo mediante el cual se creó la denominada PRIMA DE ANTIGÜEDAD, en el Servicio Seccional de Salud de Nariño y en sus Instituciones adscritas y vinculadas; Acto Administrativo correspondiente a la Resolución No 0001 del día 2 de Enero de 1981, suscrita por el entonces Jefe Seccional del Servicio de Salud del Departamento de Nariño, la cual rigió con efectividad al día 1 de Enero de 1980 y cuya expedición cumplió con todos los trámites y procedimientos para su formación y por lo tanto presenta incorporados en el los principios de estabilidad, ejecutoriedad, ejecutividad, obligatoriedad y eficacia que deben acompañar a todo acto administrativo que se reputa de perfecto, para que tenga plenos efectos jurídicos.

En ese orden de ideas en primer lugar considero necesario enmarcar el campo de aplicación del trabajo investigativo, el cual se abordará desde la perspectiva de la administración de personal dentro del sector salud, y mas concretamente en el Hospital Universitario Departamental de Nariño ESE.

Teniendo en cuenta que se conoce la problemática por la que atraviesa un grupo considerable de funcionarios de esta institución prestadora de servicios de salud, el cual asciende a 231 funcionarios, como lo es el no pago de una PRIMA DE ANTIGÜEDAD, como consecuencia de la negativa de las directivas del ente hospitalario a la realización de dicho pago; argumentando entre otras cosas la ilegalidad del acto administrativo de reconocimiento de dicha prima; es importante y de suma trascendencia el análisis normativo dentro de un marco de tiempo en el cual surge a la vida jurídica el acto ya mencionado y con el cual los funcionarios gozaron de dicho pago desde la entrada en vigencia del acto administrativo que lo creó, y hasta el año 2002 y por ello considero conveniente a efectos de darle un orden a este trabajo tomar como período de estudio el comprendido entre los años de 1978 y 2004, en donde se hará un estudio detallado de la normatividad aplicable en la materia, teniendo en cuenta los argumentos jurisprudenciales y doctrinales.

De la misma manera y luego de un pormenorizado estudio, se pretende llegar a unas conclusiones básicas en las cuales se esbozarán los criterios y argumentos en que se basa la negativa de reconocimiento de dicho pago de la denominada PRIMA DE ANTIGÜEDAD, por parte de las directivas del Hospital Universitario Departamental de Nariño ESE, y además indicaré mi criterio al respecto, es decir tomaré posición de acuerdo al material recopilado y estudiado y de acuerdo con los parámetros legales sentaré dicha posición sobre el particular.

Finalmente es preciso mencionar que este trabajo de investigación será desarrollado en tres capítulos, en los cuales intentaré darle un orden lógico y cronológico a la situación planteada como tema de investigación; para lo cual en su primer capítulo (Presentación), adentraré a los lectores del trabajo de investigación en los hechos y pormenores del tema a tratar, desde cuando les fue creado el derecho a los trabajadores del hospital, y hasta cuando se produjo la negativa de pago de ese presunto derecho de los mismos. De igual manera y en su segundo capítulo pretendo describir la situación en concreto, es decir describir la negativa del pago de la PRIMA DE ANTIGÜEDAD, y determinar el fundamento jurídico en el cual se basaron las directivas del Hospital Universitario Departamental de Nariño ESE, para proceder de esa manera; y finalmente en un tercer capítulo, se concentraran las conclusiones derivadas del trabajo de investigación, y en el cual se esbozarán los argumentos jurídicos mediante los cuales se pretende demostrar quien tiene la razón, si las directivas del centro asistencial, o los funcionarios que solicitan se siga reconociendo el pago objeto de controversia. De la misma manera se tomará una posición al respecto y con argumentos jurídicos será defendida.

1. PRESENTACIÓN

La situación motivo de controversia y por ende base del presente trabajo de investigación surge a la vida jurídica el día dos (2) de Enero de 1981, mediante la expedición de la Resolución número 0001 de la misma fecha, emitida por parte del entonces Jefe Seccional del Servicio de Salud del Departamento de Nariño, Doctor CARLOS EFREN LOPEZ RUEDA; la cual en su artículo primero de la parte resolutive **crea la prima de antigüedad en el Servicio de Salud de Nariño y en Instituciones adscritas y vinculadas**; y en su artículo segundo ordena que los gastos causados por ese concepto se incluyan en el presupuesto de la respectiva Institución de salud.

Dicha Resolución fue expedida legalmente y cumpliendo todos los trámites y procedimientos para su formación y por lo tanto presenta incorporados a ella los principios de estabilidad, ejecutoriedad, ejecutividad, obligatoriedad y eficacia, los cuales deben acompañar a todo acto administrativo que se repute perfecto, para que tenga plenos efectos jurídicos.

El Hospital Departamental de Nariño ESE, para ese entonces procedió por tratarse una entidad adscrita al Servicio Seccional de Salud a cumplir con el pago de dicha prima de antigüedad; sin embargo en el año 2002, el Gerente para esa época suspendió el pago, argumentando entre otras cosas, que se trataba de un pago de carácter ilegal.

Así las cosas, comenzó un devenir jurídico entre el Hospital Universitario Departamental de Nariño ESE y los trabajadores que consideraban que el pago es legal y que tienen derecho al mismo. En ese orden de ideas procedieron a presentar derechos de petición al ente hospitalario a fin de que se le continúe pagando la denominada PRIMA DE ANTIGÜEDAD; a lo cual el Gerente del Hospital de la época, mediante oficio de fecha 2 de mayo de 2003 y dirigido al Doctor DIEGO PALACIO, en su calidad de Ministro de Protección Social, envió consulta para que se indiquen los parámetros jurídicos con los cuales el Hospital Departamental de Nariño debería dar aplicación al decreto 1919 de 2002, y además solicitó se le informara que factores salariales se deberían o no reconocer a los trabajadores y a partir de que fecha. Así las cosas y luego que el Ministerio de Protección Social diera traslado de la consulta al Departamento Administrativo de la Función Pública, la Doctora CLAUDIA PATRICIA HERNANDEZ LEON, Jefe de la Oficina Asesora de dicha Entidad, mediante oficio radicado bajo el número 12158 de fecha 18 de Septiembre de 2003, responde a la Gerencia del Hospital, manifestando que respecto al motivo de la consulta, su oficina en conjunto con la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Protección Social a cargo de la Doctora CLAUDIA JANETH WILCHES ROJAS, expidieron un concepto ínter administrativo

al respecto, el cual anexan y en el cual y en relación con el tema planteado manifiestan que el concepto se fundamenta en hacer precisiones sobre el régimen salarial y prestacional aplicable a los empleados públicos que se encontraban vinculados al subsector oficial del sistema nacional de salud (**Caso puntual del Hospital Departamental de Nariño ESE**), con anterioridad a la vigencia de la Ley 10 de 1990 y que además en virtud de los artículos 16 y 17 de dicha Ley, la cual ordenaba la liquidación de entidades del subsector , fueron nombrados en entidades territoriales sin que se les pudiera disminuir los niveles de orden salarial y prestacional de que gozaban en la entidad liquidada (***Servicio Seccional de salud de Nariño, para el caso que nos ocupa***). Negrillas, letra cursiva y paréntesis y míos.

En ese mismo orden de ideas manifiestan que se pretende en el concepto determinar que factores deberían tenerse en cuenta para la liquidación del régimen de prestaciones sociales previsto en el Decreto 1919 de 2002 y en la Circular 001 del 28 de Agosto del mismo año, la cual impartió orientaciones sobre su aplicación. Así las cosas y luego de aclarar algunos conceptos de prestación social y de salario y además que debe entenderse por factor para la liquidación de prestaciones sociales, proceden a explicar en quien recae la competencia para la creación de prestaciones sociales y factores para su liquidación y en ese orden de ideas manifiestan que la creación de las prestaciones sociales y de los factores establecidos como base para la liquidación, antes de la expedición de la Constitución Política de 1991, eran de competencia del legislador. De esta manera y por mandato del artículo 150, numeral 19 , literales e) y f) de la actual Constitución corresponde al Gobierno regular el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos con sujeción a las normas generales que dicte el Congreso de la República, señalando los objetivos y criterios para tal efecto y regular el régimen de prestaciones mínimas de los trabajadores oficiales.

Se tiene entonces que las prestaciones sociales y los factores expresamente establecidos para su liquidación, para los servidores de la rama ejecutiva del orden nacional se encuentran contenidos esencialmente en el Decreto 1045 de 1978 y en sus normas que lo han modificado, como por ejemplo lo relativo al régimen de pensiones. Por consiguiente son las únicas a que tienen derecho aquellos empleados públicos del subsector oficial del Sistema Nacional de salud, vinculados con anterioridad a la Ley 10 de 1990 y que de conformidad con lo señalado en su artículo 17, conservaron las prestaciones sociales de que gozaban en la entidad liquidada. De esta manera no pueden beneficiarse de prestaciones sociales diferentes y factores distintos a los consagrados en la Ley para su liquidación.

Añaden igualmente que el régimen de prestaciones sociales aplicable para la rama Ejecutiva del orden Nacional, continuó siendo aplicado para las entidades prestadoras de servicios de salud (Caso Concreto Hospital Departamental de Nariño ESE) de acuerdo con lo consagrado en el artículo 26 de la Ley 10 de 1990,

el artículo 195 de la Ley 100 de 1993 y los artículos 1 y 2 del decreto 1919 de 2002.

En otro orden de ideas, manifiestan en el concepto que si se tiene en cuenta que las Asambleas Departamentales y Concejos Municipales no han estado facultados para la creación de prestaciones sociales y no pueden arrojarse esa facultad, ***serían inaplicables a los empleados públicos las prestaciones sociales y los factores que hayan sido establecidos para su liquidación, por parte de esas corporaciones.*** De la misma forma serían inaplicables ***si han sido creadas por las Juntas o Consejos Directivos de las Entidades.***

Igualmente hacen algunas precisiones con respecto al artículo 17 de la Ley 10 de 1990 en cuanto al régimen salarial y prestacional del personal de empleados públicos vinculados en entidades del orden territorial antes de entrada en vigencia de la Ley 10 de 1990; y al respecto dicen que el artículo 30 de la mencionada Ley estableció que 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 dicha Ley.*** El citado artículo 17 previó que las personas *vinculadas a las entidades que se liquiden* serán nombradas o contratadas, según el caso por las entidades territoriales o descentralizadas a las cuales se les haya cedido los bienes sin perder la condición específica de su forma de vinculación y ***aplicando el régimen salarial y prestacional propio de la respectiva entidad, sin que se pueda disminuir los niveles del orden salarial y prestacional de que gozaban en la entidad liquidada.*** Lo dispuesto anteriormente por la Ley, está dado en el sentido en que no se puede disminuir al servidor en el “nivel salarial y prestacional” del que venía gozando; es decir que si la entidad de carácter nacional liquidada tenía un mejor nivel salarial dado, conforme a la Ley, se le garantiza que siga con este mismo régimen; pero si por el contrario, la entidad territorial, entidad cesionaria tenía un mejor régimen salarial, se aplica éste de manera completa, integral, es decir, que acorde con esta integralidad del régimen, se le respeta lo que traía del régimen nacional o se acoge al régimen territorial, pero no puede crearse un tercer régimen con la suma de los dos.

En consecuencia, para el caso de los servidores que venían vinculados con anterioridad a la vigencia de la ley 10 de 1990, al subsector Oficial del Sistema Nacional de Salud y que continuaron con el régimen salarial y prestacional de la entidad liquidada del orden nacional, los derechos en términos del régimen prestacional serán los consagrados esencialmente en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978 y las normas que los modifiquen o adicionen, y el régimen salarial será el establecido en el Decreto 1042 de 1978 y las normas que lo modifican o adicionan; por tanto estos serán los derechos que se deberán respetar para la aplicación del Decreto 1919 de 2002 y de la Circular 001 del 28 de Agosto del mismo año.

Por último y aún cuando este concepto cobija únicamente a los empleados públicos, se considera necesario precisar que el Decreto 1919 de 2002 establece que el régimen de prestaciones sociales mínimas aplicables a los trabajadores oficiales vinculados a las entidades de que trata este Decreto será el consagrado para los empleados públicos de la rama Ejecutiva del orden Nacional. Ello indica que a los trabajadores oficiales se les aplica además de este régimen, los beneficios pactados en las convenciones colectivas, sin que en ningún caso estos puedan hacerse extensivos a los empleados públicos.

Por otra parte y en otro concepto conjunto, firmado por los Doctores Libardo Bernal Herrera, en su calidad de Jefe de Oficina Asesora Jurídica y de Apoyo Legislativo del Ministerio de la Protección Social y Claudia Patricia Hernández León, en su calidad de Jefe Oficina Asesora Jurídica del Departamento Administrativo de la Función Pública, y cuyo título obedece a CONCEPTO TÉCNICO JURÍDICO SOBRE EL RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS SERVIDORES DEL SUBSECTOR OFICIAL DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD VINCULADOS CON ANTERIORIDAD A LA LEY 10 DE 1990, FRENTE A LA APLICACIÓN DEL DECRETO 1919 DE 2002 Y A LAS ORIENTACIONES DADAS EN LA CIRCULAR 001 DEL 28 DE AGOSTO DE 2002, se manifiesta que el Sistema Nacional de Salud se estructuró con un régimen jurídico propio; sin embargo posteriormente en virtud de la Ley 10 de 1990, se precisaron responsabilidades en la dirección y prestación del servicio de salud a los Municipios, Distritos, Departamentos, Intendencias y Comisarías de la época, para lo cual se suprimieron entidades y dependencias, lo que trajo como consecuencia la vinculación del personal de las entidades liquidadas a las entidades a las cuales se cedieron los bienes, respetando en todo caso los derechos laborales que ya traían. Así las cosas, los Servicios Seccionales de Salud tal como lo señalaban los Decretos que los reglamentaban, por carecer de personería jurídica no tenían autonomía plena para el ejercicio de todas sus actividades; sin embargo, el mismo contrato de integración y las Leyes de manejo fiscal delegaban en ellos algunas funciones. En tal virtud, su autonomía era relativa y por ello ***tales servicios no podían, entre otros aspectos, de manera autónoma, señalar asignaciones salariales ni prestaciones, ya que la competencia, para dichos efectos, estuvo siempre en cabeza del ente territorial y del Gobierno Nacional.*** (Negrillas y letra cursiva míos).

De la misma manera y en otro aparte, manifiestan que se concluye que para los servidores que laboraban antes de la ley 10 de 1990 en el Sistema Nacional de Salud, Subsector Oficial y que aún continúan activos, el régimen salarial y prestacional era el establecido para el sector Nacional, derivándose entonces, una connotación especial de dichos empleados, consistente en que a pesar de ser empleados del nivel territorial las normas aplicables en materia de salarios y prestaciones sociales eran las del nivel Nacional. Se concluye igualmente que a los funcionarios del Subsector Oficial del Sistema Nacional de Salud, vinculados antes de la expedición de la Ley 10 de 1990, a los cuales se les reconocieron

factores o elementos salariales, ***de acuerdo con las normas legales vigentes por la época,*** se les debe seguir respetando. Dichos factores correspondían a aquellos aplicables para los servidores del orden Nacional, esto es a los consagrados en el decreto 1042 de 1978 y normas que lo modifican y adicionan. (negrillas y letra cursiva míos).

2. DESCRIPCIÓN DE LA SITUACIÓN, NEGATIVA DE PAGO POR PARTE DEL HOSPITAL Y SU FUNDAMENTO JURÍDICO

Teniendo en cuenta lo descrito en el capítulo anterior, la Gerencia del Hospital respondió una serie de solicitudes de reconocimiento de pago de la denominada PRIMA DE ANTIGÜEDAD, negando dichas solicitudes y además procedió a solicitar un concepto jurídico a la oficina jurídica de la Institución, el cual fue emitido el día 14 de Octubre de 2003, por parte del Asesor de dicha sección y en el cual se argumentaba que para emitir el concepto jurídico se hizo necesario analizar el material normativo respectivo, luego de lo cual se consideró que a los empleados públicos al servicio de la salud, se les debe aplicar el régimen salarial y prestacional correspondiente a los empleados públicos del nivel Nacional, éste era el establecido por el Decreto – Ley 1042 de 1978, el cual estaba corroborado por las Leyes 10 de 1990 y 100 de 1993; y que con relación al servicio de salud prestado por las entidades territoriales y sus entes descentralizados, así lo corroboraba el decreto 1919 de 2002, en cuanto hace referencia a las prestaciones sociales de la Rama Ejecutiva del poder público del nivel Nacional, ya que el régimen salarial era del resorte de la autonomía administrativa de esos entes.

En ese orden de ideas exponía que no existía norma legal del orden nacional que haya autorizado a los entes territoriales o a las dependencias adscritas a éstos, el crear la denominada PRIMA DE ANTIGÜEDAD, para el servicio de la salud de cualquier orden. Sin embargo y no obstante no existía en su momento dicha autorización o norma que permitiera esa potestad, la Dirección del Servicio Seccional de Salud de Nariño, creó dicha prima.

Así las cosas, la prima creada tendría el carácter de extralegal, ya que mediante actos administrativos proferidos por las entidades territoriales o sus entes descentralizados, no era posible tanto en el régimen constitucional anterior a 1991, así como en el actual, regular prestaciones sociales, entre otras cosas porque se entraría en contradicción con la carta política de 1886 art. 76 numeral 9º, y en la actual Constitución Política en su art. 150 ordinal 19, literales e) y f); y también se entraría en contradicción con el art. 12 de la Ley 4ª de 1992; ya que sería competencia exclusiva del Gobierno Nacional regular dichas prestaciones, con fundamento en la correspondiente Ley marco.

Igualmente manifiesta que a las entidades territoriales y entes adscritos, les estaba prohibido constitucionalmente asumir competencias para establecer prestaciones sociales; porque era competencia exclusiva del Legislador y del Presidente de la República; pero que de igual manera y en material salarial la cosa era distinta, puesto que la carta constitucional en sus arts. 300-7, 302-7, 313-6 y

315-7, dio atribución a los Gobernadores, Asambleas, Alcaldías y Concejos Municipales, para fijar las escalas salariales de las distintas categorías de empleos y de fijar sus emolumentos.

De igual manera se refiere a la reclamación de derechos adquiridos cuando dice que la Ley 4ª de 1992 en su art. 10 es contundente en establecer que todo régimen salarial y prestacional que contradiga la Constitución Política, la Ley y los Decretos del Gobierno Nacional en desarrollo de las mismas, carece de todo efecto y no creará derechos adquiridos. Así mismo menciona que el decreto 1919 de 2002 en su art. 5º, estableció que como derechos adquiridos se consideraban aquellas situaciones jurídicas consolidadas a favor de los empleados públicos y trabajadores oficiales , que para efectos del mencionado Decreto se entienden como aquellas prestaciones sociales causadas, así como las que hayan ingresado al patrimonio del servidor; y agrega que en materia de Derecho Laboral Administrativo, deben entenderse por derechos adquiridos todos aquellos que el empleado público ha consolidado **legalmente** durante toda su relación laboral, y que tengan su origen en la Constitución o en la Ley, y no sobre expectativas o prolongación de situaciones irregulares o que no tienen una base jurídica ajustada al principio de legalidad. (Negrillas y letra cursiva míos).

Así las cosas y analizando el caso concreto, los empleados públicos del Hospital Departamental de Nariño ESE, no podrían alegar derechos adquiridos con fundamento en la Resolución No 0001 de enero 2 de 1981, ya que la misma reconoció un beneficio prestacional (PRIMA DE ANTIGÜEDAD) por fuera del ordenamiento constitucional y legal; es decir que se estableció una prestación social extralegal. Sin embargo aclara en su concepto que es necesario analizar la existencia de empleados públicos del Hospital vinculados a él antes de la entrada en vigencia de la Ley 10 de 1990, corroborando de ser el caso si a ellos se les venía pagando los incrementos de salario por antigüedad a que se refieren los arts. 49 y 97 del Decreto 1042 de 1978, concebido como factor salarial y no como una prestación social.

Aclara de igual manera que de conformidad con la Ley, la Jurisprudencia y la Doctrina, el concepto de incremento de salario por antigüedad, se ha considerado como salario, y por ende como factor salarial; pero en ningún momento se considera como prestación social, ya que como tal no se encuentra establecida así por ninguna Ley de la República. Así las cosas menciona igualmente que tendrían derechos adquiridos respecto al incremento salarial diferencial por antigüedad, solo aquellos empleados públicos vinculados al Hospital antes de la entrada en vigencia de la Ley 10 de 1990, siempre y cuando cumplan con los requisitos señalados por el Decreto Ley 1042 de 1978 arts. 42, 49 y 97; al igual que los establecidos en el Decreto 540 de 1977.

Manifiesta igualmente que la creación del Decreto 1919 de 2002, por parte del Gobierno Nacional, se hizo precisamente para acabar con las prestaciones

sociales extralegales que se venían reconociendo por parte de las entidades territoriales y sus entes descentralizados y en ese orden de ideas mal haría el Hospital Departamental de Nariño ESE, en seguir pagando la denominada PRIMA DE ANTIGÜEDAD.

Finalmente y a manera de conclusiones de su concepto, manifiesta que de conformidad con las Leyes 10 de 1990 y 100 de 1993, y los Decretos 1399 de 1990 y 1919 de 2002, el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos al servicio de la salud del nivel territorial y sus entidades descentralizadas, es el establecido para los empleados públicos del nivel Nacional a través del Decreto – Ley 1042 de 1978; y aclara que en materia salarial debe respetarse la autonomía administrativa de los entes territoriales establecida por la Constitución Política en sus art. 300-7, 305-7, 313-6 y 315-7. En consecuencia se le deben reconocer las siguientes prestaciones sociales:

- .- Prima de navidad.
- .- Vacaciones y prima de vacaciones.
- .- Subsidio familiar.
- .- Auxilio de cesantía.
- .- Intereses a la cesantía.
- .- Calzado y vestido de labor.
- .- pensión de vejez (Jubilación).
- .- Indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.
- .- Pensión de invalidez.
- .- Indemnización sustitutiva de pensión de invalidez.
- .- Pensión de sobrevivientes.
- .- Auxilio de maternidad – Licencia remunerada de paternidad.
- .- Auxilio por enfermedad.
- .- Indemnización por accidente de trabajo o enfermedad profesional.
- .- Auxilio funerario.
- .- Asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria, servicio odontológico.

Sin embargo para la liquidación de las anteriores prestaciones sociales, se deben tener en cuenta los factores salariales establecidos por la circular No 001 de Agosto 28 de 2002, expedida por el Departamento Administrativo de la Función Pública; aclarando, que los incrementos de remuneración a que se refieren los arts. 49 y 97 del decreto – Ley 1042 de 1978, sólo constituyen factores salariales para los empleados públicos vinculados antes de la vigencia de la Ley 10 de 1990, y siempre y cuando, se hayan pagado como incrementos al salario y no como prestación social, y hasta cuando se retiren del respectivo organismo.

De igual manera manifiesta que la resolución objeto de este estudio, contradice abiertamente el mandato constitucional que establecía la Carta política de 1886, la actual carta política de 1991 y la Ley 4ª de 1992, porque irregularmente creó una prestación social extralegal que no tiene sustento en el ordenamiento jurídico nacional. En ese orden de ideas y con fundamento en el art. 4 de la Carta Política ,

las Leyes 153 de 1887 arts 2 y 12 y 4ª de 1992 art. 10, y el Decreto 1919 de 2002 art. 5, párrafo único, el acto administrativo debe inaplicarse, y por ende el Hospital Departamental de Nariño no debe continuar pagando la denominada PRIMA DE ANTIGÜEDAD, ni debe tenérsela en cuenta como factor salarial. Salvo en el caso de los empleados públicos vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 10 de 1990, que venían percibiendo legalmente los INCREMENTOS DE SALARIO POR ANTIGÜEDAD, referido por el decreto – Ley 1042 de 1978 en sus arts. 49 y 97; a quienes se les debe continuar pagando como incremento al salario hasta que se retiren de la entidad, también, es factor salarial para la liquidación de sus prestaciones sociales.

De igual manera manifiesta en sus conclusiones que los empleados públicos al servicio del Hospital Departamental de Nariño ESE, no pueden alegar derechos adquiridos con relación a la denominada PRIMA DE ANTIGÜEDAD, puesto que la normatividad es contundente en establecer que todo régimen salarial y prestacional que contradiga la Constitución política, la Ley y los Decretos del Gobierno Nacional, carece de todo efecto y no creará derechos adquiridos. Menciona además que a la luz del Derecho Administrativo Laboral, los derechos adquiridos deben legalmente haberse consolidado durante la relación laboral y con arreglo a la constitución y a la Ley; y no es posible prolongar en el tiempo situaciones irregulares que no tienen una base jurídica ajustada al principio de legalidad.

Por otra parte también manifiesta que la prestación social denominada PRIMA DE ANTIGÜEDAD, no tiene existencia dentro del ordenamiento positivo legal colombiano; pero si tiene existencia legal ***el incremento del salario por antigüedad***, de conformidad con los arts. 49 y 97 del Decreto – Ley 1042 de 1978 el cual hace parte integrante del salario y se constituye como factor salarial para la liquidación de prestaciones sociales. Tendrían derecho entonces a percibir los incrementos de salario por antigüedad y hasta que se retiren de la entidad, los empleados públicos al servicio del Hospital Departamental de Nariño ESE que se hayan vinculado antes de la entrada en vigencia de la Ley 10 de 1990 y que hubiesen cumplido los requisitos legales exigidos por los Decretos 1042 de 1978 arts. 49 y 97 y 540 de 1977. (Negrillas y letra cursiva míos)

Finalmente concluye el concepto que en caso de presentarse demandas por parte de funcionarios del Hospital, las acciones de tutela y de cumplimiento no prosperarían puesto que la jurisprudencia de los altos tribunales han definido la no procedencia de las mismas cuando se trata de establecer situaciones laborales que afectan el presupuesto de las entidades públicas; y por ello considera que el medio jurisdiccional eficaz sería la acción de nulidad y restablecimiento del derecho la que debe instaurarse ante la jurisdicción contencioso administrativa; sin embargo y de presentarse dichas demandas, el Hospital podría por vía de excepción solicitar la inaplicación del acto administrativo que creo la denominada PRIMA DE ANTIGÜEDAD, acudiendo al principio de supremacía de la constitución Política (Excepción de Ilegalidad).

CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta las apreciaciones referidas en los capítulos anteriores es procedente sentar mi posición al respecto, para lo cual en primera instancia y como elemento de juicio para hacerlo se diseñó, elaboró, aplicó y tabuló, una encuesta en el tema propuesto con un número representativo de los funcionarios pertenecientes a la Institución en un total de ciento veinte y siete (127), y los que gozaban hasta el año 2002 del pago de la denominada PRIMA DE ANTIGÜEDAD, con el propósito de establecer entre otras cosas su fecha de vinculación con la entidad hospitalaria y si se hizo o no por traslado desde otra entidad de salud?, para lo cual se entregó a todos y cada uno de ellos para su diligenciamiento una encuesta (Anexo A.) y la que proporcionó datos importantes para la elaboración de conclusiones que permitan tomar una posición definitiva al respecto.

Tomando como base los resultados obtenidos de la encuesta aplicada y si se observa que de acuerdo con el sistema jurídico Colombiano la Resolución materia de estudio y análisis, contradice abiertamente los preceptos de orden Constitucional al crear una prestación social con carácter extralegal como lo es la denominada "PRIMA DE ANTIGÜEDAD", mal haría en mi concepto el Hospital Universitario Departamental de Nariño ESE proceder a reconocer dicha prestación; sin embargo si existieran funcionarios vinculados a la Institución o que hubieren venido trasladados desde otro organismo de salud y que no tengan solución de continuidad en el desarrollo de sus funciones y esta vinculación sea anterior a la entrada en vigencia de la Ley 10 de 1990 y además que venían percibiendo legalmente los **INCREMENTOS DE SALARIO POR ANTIGÜEDAD**, referidos por el Decreto – Ley 1042 de 1978 en sus arts. 49 y 97; y siempre y cuando, se hayan pagado como incrementos al salario y no como prestación social; situación esta última reglamentada en debida forma y totalmente diferente a la percepción errónea por parte de los funcionarios de la denominada PRIMA DE ANTIGÜEDAD, se les deberá continuar pagando como incremento al salario, y hasta que se retiren de la entidad; además también constituirá factor salarial para la liquidación de sus prestaciones sociales.

Por otra parte y en relación a la solicitud de derechos adquiridos por parte de los funcionarios del Hospital Universitario Departamental de Nariño ESE, únicamente tendrían derechos adquiridos respecto al incremento salarial diferencial por antigüedad aquellos empleados públicos vinculados al Hospital antes de la entrada en vigencia de la Ley 10 de 1990, siempre y cuando cumplan con los requisitos señalados por el Decreto Ley 1042 de 1978 arts. 42, 49 y 97; al igual que los establecidos en el Decreto 540 de 1977.

De igual manera y si se tiene en cuenta que la prestación social denominada

PRIMA DE ANTIGÜEDAD, no tiene existencia dentro del ordenamiento positivo legal colombiano; pero si tiene existencia legal el incremento del salario por antigüedad, de conformidad con los arts. 49 y 97 del Decreto – Ley 1042 de 1978 el cual hace parte integrante del salario y se constituye como factor salarial para la liquidación de prestaciones sociales, el Hospital Universitario Departamental de Nariño ESE, debería, a mi parecer, reconocer a los funcionarios que demuestren dichos requisitos los incrementos de salario por antigüedad y hasta que se retiren de la entidad de ser el caso; para ello deberán demostrar su vinculación a la entidad o venir trasladados de otra sin solución de continuidad antes de la entrada en vigencia de la Ley 10 de 1990 y además haber cumplido los requisitos legales exigidos por los Decretos 1042 de 1978 arts. 49 y 97 y 540 de 1977.

En ese orden de ideas y analizando la negativa al pago de la denominada PRIMA DE ANTIGÜEDAD, por parte del Hospital Universitario Departamental de Nariño ESE, observo que con fundamento en el art. 4 de la Carta Política, las Leyes 153 de 1887 arts 2 y 12 y 4ª de 1992 art. 10, y el Decreto 1919 de 2002 art. 5, parágrafo único, el acto administrativo que reconoció dicho pago acertadamente debió inaplicarse, y por ende suspender el pago del mismo; cosa que efectivamente ocurrió en el caso sub-examine; además dicho pago no debe tenerse en cuenta como factor salarial; excepto en los casos anteriormente mencionados.

Considero pertinente manifestar que los INCREMENTOS DE SALARIO POR ANTIGÜEDAD, a que hace referencia el Decreto 540 de 1977, son aquellos correspondientes a los fijados en la tercera y cuarta columna del mismo; es decir la diferencia entre el sueldo básico fijado para su empleo en la segunda columna de dicho Decreto y el de la tercera o cuarta según el caso.

Así las cosas es pertinente manifestar que de acuerdo con el Artículo 42 literal a) de la Ley 1042 de 1978, constituyen factor salarial, los INCREMENTOS DE SALARIO POR ANTIGÜEDAD, a que se refieren los artículos 49 y 97 del mismo Decreto y los cuales corresponden a los de la tercera o cuarta columna salarial del decreto 540 de 1977; para lo cual 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 los organismos que integran la rama ejecutiva del poder público en el orden Nacional.

Para efecto de lo manifestado en el párrafo anterior, considero conveniente manifestar que no existirá solución de continuidad si entre el retiro y la fecha de la nueva posesión no han transcurrido más de quince (15) días hábiles.

BIBLIOGRAFÍA

COLOMBIA. Decreto 1042 de 1978. Bogotá : Publicar editores - Legislación Colombiana, 1978. 55p.p.

_____. Decreto 1045 de 1978. Bogotá : Publicar editores - Legislación Colombiana, 1978. 60 p.p.

_____. Ley 10 de 1990. 80 p.p. Disponible en internet:
<http://www.gestiopolis.com/canales/economia/politica/articulos/no%206/Ciclope3.htm>, Octubre 16 de 2006.

_____. Constitución Política de Colombia de 1886. Legislación colombiana. Bogotá D.E., 1988. Publicar editores –. 129 p.p.

_____. Constitución Política de Colombia de 1991. Bogotá : Educar, 1993. 136 p.p.

_____. Ley 4ª de 1992. 62 p.p. Disponible en internet:
<http://www.gestiopolis.com/canales/economia/politica/articulos/no%206/Ciclope3.htm> Octubre 13 de 2006.

_____. Ley 100 de 1993. Publicar editores – Legislación colombiana. Bogotá D. E., 1994. 220 p.p.

_____. Decreto Ley 1919 de 2002. 60 p.p. Disponible en internet:
<http://www.gestiopolis.com/canales/economia/politica/articulos/no%206/Ciclope3.htm> Octubre 13 de 2006.

SERVICIO SECCIONAL DE NARIÑO. Resolución No. 0001. Pasto, 1981. 1 p.p.

Anexo A. Encuesta aplicada a funcionarios

HOSPITAL UNIVERSITARIO DEPARTAMENTAL DE NARIÑO ESE.

OBJETIVO: INSTRUMENTO DE RECOLECCION DE DATOS NECESARIOS PARA DETERMINAR EL DERECHO QUE LES ASISTE A LOS FUNCIONARIOS DEL HOSPITAL UNIVERSITARIO DEPARTAMENTAL DE NARIÑO ESE, EN RELACIÓN CON EL PAGO DE LA DENOMINADA “PRIMA DE ANTIGÜEDAD”

FECHA: _____ AREA: _____

Diagnóstico Organizacional – Encuesta de Caracterización.				
Califique cada afirmación del cuestionario en la columna respectiva, de acuerdo con la siguiente escala de valoración: Valor Descripción 0. No sabe. 1. Si 2. No				
N°	Afirmación	Valoración		
		0	1	2
1	Su vinculación laboral con el hoy Hospital Universitario Departamental de Nariño ESE se hizo por traslado desde el Servicio Seccional de Salud de Nariño y/o desde el Hospital Civil de Pasto?			
2	Dicha vinculación se dio entre las fechas comprendidas entre el día 7 de Junio de 1978 y el 10 de Enero de 1990?			
3	Su vinculación laboral con el hoy Hospital Universitario Departamental de Nariño ESE, fue posterior al día 10 de Enero de 1990?			
4	El Hospital Universitario Departamental de Nariño ESE, le venía reconociendo y pagando normalmente hasta el mes de Septiembre del año 2002, la denominada Prima de Antigüedad?			
5	Considera que el pago de esta Prima de Antigüedad es legal?.			
6	La organización ha hecho claridad de manera formal y oficial a los funcionarios de la misma y los cuales se encuentran en esta situación, en relación a los motivos de cesación en el pago de dicha Prima de Antigüedad?			
7	Esta de acuerdo con la decisión de suspensión del pago de la denominada Prima de Antigüedad?.			
8	A usted le gustaría que la Administración le explicara mas en detalle el porque de su negativa al pago de la denominada Prima de Antigüedad?			
9	Considera usted, que la negativa de pago de esta denominada Prima de Antigüedad, ha desmejorado el clima organizacional?			

Nombre y Firma del encuestado:
