



Sentencia 00203 de 2013 Consejo de Estado

CARGOS PUBLICOS - Regulación del empleo / DESIGNACION - Mediante acto administrativo / EMPLEO - Clasificación / ASIGNACION SALARIAL - Determinado grado y cargo /

De lo anterior se infiere que para obtener la condición de empleado público es necesario que se profiera un acto administrativo que ordene la respectiva designación, que se tome posesión del cargo, que la planta de personal contemple el empleo y que exista disponibilidad presupuestal para atender el servicio. Además, para acceder a un determinado cargo público debe acreditarse el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos y condiciones señalados en la Constitución y en la ley. Ahora bien, en el derecho administrativo laboral colombiano, los empleos están clasificados dentro de un sistema racional y ordenado de administración de personal, cuya estructura comprende la denominación de cargos, el grado, el salario correspondiente a éstos, según las responsabilidades, funciones, requisitos y número de horas laboradas que se exija a cada uno de ellos. Por eso, en la administración pública, a un determinado grado y cargo le corresponde una determinada asignación salarial, independientemente del funcionario que desempeñe tal labor. Así mismo, las funciones de los empleos deben estar previstas en la ley, ellas no pueden ser determinadas discrecionalmente por un funcionario público, pues se desconocerían las normas que señalan los procedimientos necesarios para establecer las funciones propias de los empleos oficiales y no solo ello, sino también las disposiciones que regulan la creación de cargos en las entidades públicas. De igual manera, en lo que se refiere a los encargos, señaló en su artículo 23 que los empleados podrán ser encargados para asumir parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, por ausencia temporal o definitiva del titular. Así, cuando se trate de ausencia temporal, el encargo podrá conferirse hasta por el término de aquella y en caso de vacante definitiva hasta por un plazo máximo de tres (3) meses. Vencido éste término el encargado cesará automáticamente en el ejercicio de tales funciones y el empleo deberá proveerse de acuerdo con los procedimientos normales. Luego, el Decreto 1950 de 1973, "por el cual se reglamentan los Decretos- Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil.", sobre la remuneración de los empleados allí contemplados. En tratándose de encargo para suplir la vacancia de un empleo, hay que distinguir dos eventos, la vacancia definitiva que implica retiro total del servicio, o lo que es lo mismo, que el empleado ha dejado de ocupar el cargo y por ende de recibir el sueldo, evento en el que el empleado encargado tiene derecho a recibir el sueldo correspondiente al empleo para el que ha sido encargado y que ha quedado vacante definitivamente. Diferente situación se presenta cuando estamos frente a una vacancia temporal, porque ésta supone la continuidad de la vinculación del empleado que se ausenta de manera temporal del cargo del que es titular ante la presencia de uno cualquiera de los eventos contemplados en la norma y que no le permiten asumir por un tiempo determinado las funciones inherentes al cargo desempeñado, pero que no implica que no pueda seguir recibiendo la remuneración correspondiente y las prestaciones sociales a que tenga derecho; pero sí impide que el encargado para suplir esa vacancia temporal perciba la remuneración asignada al empleo que desempeña de manera transitoria.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 122 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 123

ENCARGO - Regulación legal / ENCARGO - Término / VACANCIA DEFINITIVA DEL EMPLEO - Salario / VACANCIA TEMPORAL DEL EMPLEO - El encargado no recibe el salario asignado al empleo

Como se aprecia, de los apartes transcritos se observa que si bien tal medida afecta los intereses del servidor, no define su situación laboral, pues consiste en una medida de carácter transitorio cuya finalidad, como ya lo ha definido la jurisprudencia constitucional, no es otra que la de *"asegurar la transparencia, imparcialidad y efectividad de la investigación fiscal, pues para adelantar el proceso fiscal es razonable la separación del cargo del funcionario involucrado en la falta fiscal."*. Se trata de una medida cautelar, más no sancionatoria, atribuida constitucionalmente al Contralor para ejercerla en aquellos casos en los que considere su conveniencia por razones de interés público y salvaguarda de los principios de transparencia, imparcialidad, moralidad y eficacia en las investigaciones fiscales, penales y disciplinarias que se adelantan contra los servidores públicos. Como acto preparatorio, cuya iniciativa ha sido atribuida al jefe del órgano de control fiscal, constituye un instrumento que posibilita, para el caso, el desarrollo de la respectiva actuación administrativa de naturaleza fiscal, que concluye con la expedición de un acto administrativo de carácter definitivo que resuelve la situación jurídica del funcionario investigado. Así, la Sección Segunda de esta Corporación en sentencia de 25 de enero de 2007 dentro del expediente radicado con el No. 05001-23-31-000-1998-00883-01(1618-03), con ponencia de la Consejera Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, consideró que en el evento en el que el funcionario suspendido no fue condenado, debe ser restablecido en la totalidad de los derechos de los cuales se vio privado durante dicha etapa, retrotrayéndose la situación al momento en que fue suspendido del cargo, es decir como si nunca hubiera sido separado del servicio, y por ende tiene derecho al pago de los salarios y

prestaciones sociales durante el tiempo que cesó en el ejercicio de sus funciones; es decir como si el trabajador efectivamente hubiera prestado el servicio por efectos de la función legal, en otras palabras vuelven las cosas al estado anterior.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2400 DE 1968 - ARTICULO 2 / DECRETO 2074 DE 1968 / DECRETO 1950 DE 1973 - ARTICULO 13 / DECRETO 1950 DE 1973 - ARTICULO 34 / DECRETO 1950 DE 1973 - ARTICULO 35 / DECRETO 1950 DE 1973 - ARTICULO 36 / DECRETO 1950 DE 1973 - ARTICULO 37 / LEY 443 DE 1998 - ARTICULO 8 / LEY 443 DE 1998 - ARTICULO 9 / LEY 448 DE 1998 - ARTICULO 10 / LEY 909 DE 2004 - ARTICULO 24

EMPLEO - Suspensión del cargo / MEDIDA CAUTELAR - Suspensión del cargo / SUSPENSION DE CARGO - No es una medida sancionatoria / FUNCIONARIO SUSPENDIDO NO CONDENADO - Debe ser restablecido en la totalidad todos los derechos / PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES - Durante el tiempo que no ejerció las funciones

Conforme a lo antes expuesto, para la Sala es evidente que, si bien el Secretario de Salud Distrital le encargó al actor las funciones propias de Gerente 085-02 de la E.S.E. Hospital I Nivel de Atención de Usme, tal figura como se dijo, según el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, aplicable al caso es de carácter excepcional y por ende temporal, cuya duración no podía exceder en caso de vacancia temporal seis meses; empero de las certificaciones mencionadas se tiene que el actor ejerció las funciones de Gerente desde el 21 de diciembre de 2004 y hasta el 3 de diciembre de 2006 en forma notoria y continua. Es tan evidente tal desempeño que en esta última fecha el mismo Secretario Distrital de Salud de Bogotá, a través de acto administrativo dio por terminado el encargo al señalar que el periodo de la señora Gladys Sierra venció el 16 de noviembre de ese año. Es decir, su duración pendía del álea de la decisión del ente que ordenó la suspensión, es decir, hasta que se profiriera la providencia absolutoria, de archivo o de terminación del proceso, o cuando expirase el término de suspensión sin que se hubiere proferido determinación alguna, aspectos éstos que si bien se aplican en lo que se refiere a las decisiones de la jurisdicción ordinaria penal, son pasibles al caso por remisión que hace el mismo artículo 66 de la Ley 610 de 2000. Hemos de referirnos en primer lugar a que los empleos se hallan clasificados, según su responsabilidad, funciones y requisitos, dentro de un sistema de administración de personal, cuya estructura comprende el nivel jerárquico, la denominación y el grado. La provisión de empleos en la función pública se puede dar a través de nombramientos ordinario, provisional, período de prueba y encargo o, mediante movimientos de personal, traslado, ascenso y encargo. Por ello quien asume, a cualquier título, la función pública tendrá derecho a percibir la remuneración correspondiente al empleo para el que es asignado o desplazado, pues de lo contrario se atentaría contra principios mínimos laborales constitucionales, entre otros, el de percibir una retribución económica acorde con la calidad y cantidad de trabajo garantizado por el artículo 53 de la Carta Política. En consecuencia, por fuera del marco legal aludido no es posible efectuar un nombramiento o realizar un movimiento de personal, ya que las diferentes modalidades que adquiere la relación laboral de derecho público se encuentran previamente determinadas o reglamentadas en una norma de derecho positivo, por tratarse precisamente de actuaciones esencialmente regladas. La Sala reitera en esta oportunidad la tesis que ha hecho tránsito en el derecho administrativo y los presupuestos para que se reconozca la existencia de un funcionario de hecho, que puede descubrirse en diferentes escenarios, como por ejemplo, en el acto de elección, nombramiento o en la diligencia de posesión de un servidor público, e inclusive cuando se ejerce el cargo, o vencido su periodo. En conclusión, existen funcionarios de hecho que (i) que carecen de investidura o (ii) que la tienen, pero de manera irregular y los requisitos esenciales para la configuración del funcionario de hecho son que el cargo esté creado de conformidad con las normas legales y la función sea ejercida irregularmente, pero, en todo caso, el cargo debió haberse ejercido en la misma forma y apariencia como si lo hubiese desempeñado un empleado designado regularmente. En nuestro caso, como ya se señaló, la administración omitió designar un representante legal y, el demandante, continuó con las responsabilidades que acarrea una representación legal, sin que el Estado hiciera alguna actividad para solucionar ese problema, por ello, puede decirse que el demandante, en cierta forma, prestó sus servicios como representante legal y por ello, debe recompensarse su labor a través del pago del salario y prestaciones que consagran para tales efecto la ley y decretos correspondientes.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCION A

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., siete (7) de marzo de dos mil trece (2013)

Rad. No.: 25000-23-25-000-2008-00203-01(1571-10)

Actor: JORGE NICOLÁS FARAH BUELVAS

Demandado: E.S.E. HOSPITAL DE USME NIVEL 1

APELACIÓN SENTENCIA- AUTORIDADES DISTRITALES

I. ANTECEDENTES

1. LA ACCIÓN

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 11 de marzo de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que denegó las súplicas de la demanda incoada por JORGE NICOLÁS FARAH BUELVAS contra la Empresa Social del Estado Hospital de Usme Nivel 1.

2. PRETENSIONES

A través de apoderado judicial, el demandante, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó se declare la nulidad del Oficio No. GER- E 807/07 de 25 de julio de 2007, proferido por el Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital de Usme Nivel 1°, que negó su petición de reconocimiento de pago de salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos derivados de su desempeño como Gerente encargado de la demandada, entre el 21 de diciembre de 2004 y el 3 de diciembre de 2006.

A título de restablecimiento del derecho solicitó se condene a la accionada a cancelarle las diferencias respectivas entre el valor de salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos efectivamente recibidos durante el tiempo de su encargo y aquellos a los que realmente tiene derecho en virtud de su desempeño como gerente encargado de la accionada entre el 21 de diciembre de 2004 y el 3 de diciembre de 2006.

Que se de cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 a 178 del C.C.A.

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS¹

Relató el actor en el acápite de hechos, en síntesis los siguientes:

Indicó que fue encargado como Gerente de la entidad accionada mediante la Resolución No. 782 de 21 de diciembre de 2004, expedida por la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá D.C.

Que con anterioridad, el actor se desempeñaba como Director de Centro de Salud - Código 305 Grado 03 y que el encargo aludido se produjo como consecuencia de la medida de suspensión provisional impuesta a la titular señora Gladys Myriam Sierra Pérez; que el demandante se posesionó como Gerente Código 085 -02 del Hospital de Usme, entre el 21 de diciembre de 2004 y laboró allí en tal calidad hasta el 3 de diciembre de 2006.

Consideró que aunque inicialmente y acatando la directiva Distrital 001, percibió el salario correspondiente al cargo de Gerente de Empresa Social del Estado Código 085-02 del Hospital de Usme, dichas sumas fueron reintegradas a la demandada por no haberse definido concretamente la viabilidad o no del pago en cuestión.

Que en la Directiva Distrital 01 se indicó que la temporalidad del encargo no puede ser pretexto para que no se reconozca al encargado el salario que estaba devengando el titular.

Que la demandada procedió de manera irregular a pagar los salarios a la señora Gladys Sierra Pérez, causados durante la suspensión, argumentando que el Alcalde Mayor de Bogotá había ordenado el levantamiento de la suspensión provisional sin considerar los motivos que

dieron lugar a dicho evento, los cuales atañen directamente al vencimiento del periodo para el cual había sido nombrada la referida señora.

Que además, nunca se demostró que los procesos hubieran sido resueltos favorablemente, sino que al contrario, de acuerdo a comunicación No. 50000 de 15 de agosto de 2007 remitida por la Contraloría de Bogotá al actor, para esa fecha cursaban los procesos de responsabilidad fiscal Nos. 50100215/04, 50100-205/05, en los cuales fue vinculada la referida señora, encontrándose para este momento el primero de los mismos con imputación y el segundo en etapa probatoria; que además, el levantamiento de la suspensión se produjo en atención a que el vencimiento del periodo del nombramiento de Gladys Sierra implicaba que esta medida provisional ya no estaba justificada pues la razón de ser de la medida es evitar que el investigado ejerza su cargo hasta tanto se demuestre su inocencia y que con la culminación del periodo de nombramiento quedaba claro que la suspensión era inoperante.

Que el demandante tiene derecho al pago de las diferencias respectivas entre el valor de los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos efectivamente recibidos durante el tiempo de su encargo entre el 21 de diciembre de 2004 y el 3 de diciembre de 2006 en tanto que en su sentir no le asistía a la señora Gladys Sierra el derecho a percibir los pagos que le fueron entregados puesto que hubo prestación efectiva del servicio y tampoco se demostró su inocencia en las investigaciones fiscales que se adelantan en su contra.

Que además, el tiempo de encargo excedió los límites legales y constitucionales y por tanto tenía derecho a que se le pagaran los emolumentos dejados de percibir.

4. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Citó como normas infringidas los artículos 2, 13, 25, 26, 29, 53, 121, 125 y 209 de la Constitución Política; las Leyes 344 de 1996, 610 de 2000, 734 de 2002, así como los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973. (fls. 68-70 del cuaderno principal).

Como concepto de violación manifestó que por parte de la accionada se desconoció el derecho al trabajo en condiciones de igualdad y equidad.

Que conforme lo indica la misma Alcaldía Distrital de Bogotá, la suspensión de un funcionario procede cuando se evidencian serios elementos de juicio que permitan determinar que la permanencia en el cargo de dicho servidor podría interferir en el trámite de la investigación. Que ante el vencimiento del periodo de nombramiento de la señora Gladys Sierra Pérez era evidente que la medida dejaba de ser necesaria en tanto que ya no iba a existir desarrollo de funciones públicas y por sustracción de materia la suspensión se volvía inoperante. Que no se entiende cómo, siendo ésta la razón del levantamiento de la suspensión y no el archivo o decisión a favor de Gladys Sierra en los procesos fiscales adelantados con la vinculación de la referida señora, se aplicaron antecedentes jurisprudenciales que obedecen a una situación distinta, entregándole la suma correspondiente a los salarios del tiempo en el que el actor se desempeñó como gerente encargado y a éste se le niega el derecho a recibir a una remuneración acorde con el servicio prestado durante dos años.

Que el demandante fue sometido a ejercer funciones durante dos años en el cargo de Gerente de Empresa Social del Estado Código 085-02 del Hospital Usme, entre el 21 de diciembre de 2004 y el 3 de diciembre de 2006, recibiendo como contraprestación un ingreso que corresponde a un cargo de inferior categoría como es el de Director de Centro de Salud Código 305 Grado 03.

Que contrariando el principio correspondiente a que los encargos deben darse por periodos cortos, como lo señala la sentencia C- 428 de 1997, el del actor superó los dos años. Que se justifican los periodos cortos en tanto el encargado tiene el derecho de percibir la remuneración del empleo en el que ha sido encargado siempre que no sea percibido por su titular, conforme lo señala el artículo 37 del Decreto 1950 de 1976; que por ello el actuar de la administración se enmarcó dentro de una falsa motivación en tanto que el encargo llegó casi a los dos años y que bajo los principios de igualdad, protección al trabajo y al salario, debe darse el reconocimiento de los dineros que se demandan.

Que la motivación del acto no se ajusta a la realidad pues nunca debió hacerse pago alguno a la señora Gladys Myriam Sierra en tanto que no concurrían los supuestos de hecho para dar aplicación a los precedentes jurisprudenciales citados por la administración en el acto atacado y debido a que la situación administrativa de encargo provisional no se hizo efectiva en legal forma y con el respeto a la transitoriedad.

5. DEFENSA DE LA ENTIDAD².

La parte demandada, a través de apoderado judicial, presentó contestación a la demanda en escrito de oposición a las pretensiones del actor.

En primer lugar, manifestó que se oponía a las pretensiones con base en que cuando la señora Gladys Myriam Sierra fue suspendida provisionalmente del cargo como Gerente, automáticamente se tiene que encargar a otro funcionario para que se le asignen las funciones del titular y que no es viable reconocer una doble remuneración al cargo en mención en tanto que la suspensión provisional no separa definitivamente del cargo al titular y que ello se entiende hasta que no se le haya definido la situación jurídica por lo que no se podrá cancelar otra remuneración similar al gerente encargado. Que la señora Gladys Myriam Sierra fue exonerada de toda clase de responsabilidad fiscal, penal y disciplinaria como se demuestra en el Decreto 0069 de 27 de febrero de 2007 emanado del Alcalde Mayor de Bogotá Distrito Capital; que ello demuestra que la citada funcionaria nunca fue desvinculada del Hospital y por tanto se le deben cancelar todos los salarios y prestaciones sociales. Posteriormente, se refirió a los artículos 24 y 34 del Decreto 1950 de 1973 y consideró que si se trata de ausencia definitiva el encargo no podrá exceder de 3 meses, pero si el encargo es por ausencia temporal está sujeto a la situación jurídica del titular, porque de lo contrario se supondría una doble carga prestacional para la administración pública por el mismo empleo y una doble remuneración para el mismo cargo.

Que en el evento de desempeñar el empleo por más de tres meses por parte del actor, se contrariaron los mandatos que le ordenan cesar automáticamente en el ejercicio de sus funciones sin necesidad de que la administración le comunicara la terminación del encargo y que, al levantarse la medida de suspensión del cargo a que fue sujeta la Gerente Gladys Myriam Sierra, se retrotraen las circunstancias a su estado anterior como si nunca hubiera existido suspensión alguna.

Añadió, que haber traslado al actor para otro tipo de funciones no implica que haya sido nombrado en el cargo de Gerente en propiedad, además porque para acceder al cargo se requiere someterse a los requisitos exigidos, para poder ser seleccionado por el Alcalde Mayor de la ciudad.

Indicó, que la Ley 610 de 2000 establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las Contralorías sin que haga referencia específicamente a la figura de la suspensión provisional al servidor público cuando se evidencien elementos de juicio que permitan establecer que la permanencia en el cargo, función o servicio público, hace posible la interferencia del autor de la falta en el trámite de la investigación.

Citó apartes de la sentencia de 25 de enero de 2007 de ésta Corporación, Sección Segunda, dentro del proceso radicado con el No. 01618-03 de 25 de enero de 2007 y consideró que Gladys Myriam Sierra, funcionaria que fue suspendida por exigencia de la Contraloría de Bogotá por una presunta responsabilidad fiscal, no fue condenada por no encontrársele anomalía alguna en su investigación y por ende debe ser restablecida en sus derechos.

Que por ello, es que la accionada procedió a dar aplicación a los conceptos emitidos por la Alcaldía Mayor de Bogotá y del Departamento Administrativo de la Función Pública y con ello al artículo 18 de la Ley 344 de 1996.

6. LA SENTENCIA³

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda mediante providencia de 11 de marzo de 2010.

En primer lugar, se refirió a que la norma aplicable era la Ley 909 de 2004, debido a que el encargo del empleo de Gerente de la E.S.E. accionada se dio bajo la vigencia de la ley precitada, particularmente citó el artículo 24, el Decreto 2400 de 1968, artículo 23 y la Ley 344 de 1966.

En cuanto al caso concreto consideró que si bien el actor desempeñó el cargo de Gerente de la E.S.E., ésta condición le impuso el cumplimiento de todas las funciones, la permanencia en el mismo, la prestación personal y continua en el manejo administrativo de la entidad, y que recibió como remuneración a dicho empleo la que correspondía a Director de Centro, hoy Profesional Especializado del área de la salud y no la que correspondía a las funciones que efectivamente ejecutaba, lo que le generó una diferencia salarial de \$2.381.243.

Precisó, que mediante Decreto 069 de 27 de febrero de 2007 se ordenó el levantamiento de la medida de suspensión provisional del cargo de la señora Gladys Myriam Sierra Pérez y que en virtud de tal situación la titular solicitó el pago de los salarios dejados de percibir como consecuencia de la suspensión en el ejercicio de cargo, la que fue aceptada por la entidad, que procedió a efectuar los pagos correspondientes; que ello justifica la negativa a la petición salarial del demandante en tanto que no es posible realizar dos pagos por concepto de salarios percibidos por dos empleados en el mismo cargo.

En cuanto a los pagos efectuados a la señora Gladys Myriam Sierra, previos a la terminación del proceso de responsabilidad fiscal, consideró que la entidad no podía desconocer el derecho que ostentaba la funcionaria suspendida una vez levantada la medida provisional, en tanto que la desvinculación que sufrió ocurrió por causas ajenas a su voluntad y la del hospital, por lo que una vez extintas las circunstancias que dieron lugar a su situación y no existiendo una sanción contra la funcionaria, se procedió a realizar el pago de los salarios dejados de percibir por ella durante la vigencia de la medida de suspensión.

Posteriormente se refirió a la figura del encargo temporal bajo la perspectiva del artículo 18 de la Ley 344 de 1996 y de la sentencia C- 428 de 1997 y dijo que la misma hizo tránsito a cosa juzgada absoluta y que por ello no podía separarse de la misma ni inaplicar el artículo en mención.

Que el acceder a las súplicas de la demanda iría en contra de lo establecido en los artículos 122 y 128 de la Constitución Política, en cuanto prohíben el desempeño simultáneo en más de un empleo público y su correspondiente remuneración, por constituir un detrimento al patrimonio del Estado, razón por la que consideró que las pretensiones de la demanda no estaban llamadas a prosperar, en tanto que el actor devengó el salario del cargo del cual era titular y además el salario de la titular del cargo de Gerente fue efectivamente cancelado a ésta una vez levantada la medida de suspensión decretada en su contra.

Concluyó que conforme a lo señalado por el artículo 18 de la Ley 344 de 1996 el actor no tenía derecho a devengar el salario del empleo para el cual fue encargado de manera temporal y que de su silencio no se puede pretender generar un beneficio para sí mismo, contrariando las normas que señalan que el encargo cesa en tres meses.

7. EL RECURSO⁴

La apoderada del actor impugnó oportunamente la providencia del *a quo* y solicitó su revocatoria. Al efecto, indicó que el Tribunal consideró ajustada la decisión de la administración de cancelar los salarios a la señora Gladys Sierra, pese a que en su contra continuaron las investigaciones disciplinarias y que fue por su comportamiento que se le ordenó la suspensión del cargo y se nombró al actor en su reemplazo en un encargo que excedió los límites temporales y que afectó a éste para que devengara el salario correspondiente al cargo de Gerente de la E.S.E. Hospital de Usme Nivel I.

Que no se reclama el pago de otro salario sino de las diferencias dinerarias entre el salario asignado al actor por el cargo en el que estaba nombrado en propiedad y el cargo que desempeñó por más de un año así hubiera sido en encargo.

Que se desconoció su derecho al trabajo en condiciones de igualdad y de equidad. Que no se entiende cómo, siendo la razón del levantamiento de la suspensión de la señora Gladys Sierra la terminación del nombramiento de investigada, y no el archivo o decisión a favor de ella en los procesos fiscales adelantados con la vinculación de la referida señora, se decidió aplicar antecedentes jurisprudenciales que obedecen a situaciones de hecho diferentes y se decide entregarle las sumas correspondientes a los salarios del tiempo de servicio desempeñado por el actor.

Que el demandante fue sometido a ejercer funciones del cargo de Gerente de Empresa Social del Estado, Código 085-02 del Hospital de Usme, entre el 21 de diciembre de 2004 y el 3 de diciembre de 2006, recibiendo como contraprestación un ingreso que corresponde a un cargo de inferior categoría como lo es el de Director de Centro de Salud Código 305- Grado 03.

Que al excederse los límites fijados para el encargo temporal, bajo los principios constitucionales de igualdad, protección al trabajo y al salario, procede el reconocimiento de los salarios dejados de percibir por el actor pues la decisión se fundamentó en una falsa motivación.

Que la motivación del acto no se ajustó a la realidad en tanto que nunca debió hacerse pago alguno a la señora Gladys Myriam Sierra por concepto de salarios del periodo comprendido entre el 21 de diciembre de 2004 y el 3 de diciembre de 2006, pues no concurrían los supuestos de hecho requeridos para dar aplicación a los antecedentes jurisprudenciales citados por la administración.

8. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada de la parte demandante (fls. 241- 244 del cuaderno principal) manifestó, que la decisión del *a quo* incurre en un error fundamental que es considerar que el reembolso que se efectuó a la señora Gladys Myriam Sierra, se ajustó a derecho y que derivado de ello, el actor no cuenta con el derecho al pago de las diferencias solicitadas. Que no puede desconocerse el derecho al trabajo ni el principio de la legalidad en tanto que como el encargo excedió los límites legales debe darse protección al actor protegiendo su derecho a la retribución de la labor ejecutada.

El apoderado del ente accionado guardó silencio.

El señor Procurador Judicial 2 Delegado ante el Consejo de Estado no emitió concepto.

Agotado el trámite procesal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

EL PROBLEMA JURÍDICO

El asunto se contrae a establecer si el demandante tiene derecho al pago de las diferencias salariales y prestacionales, originadas por su labor como Gerente encargado de la ESE Hospital de Usme 1 Nivel de Atención, por el periodo 21 de diciembre de 2004 a 3 de diciembre de 2006, quien se desempeñaba para la época el encargo como Director de Centro de Salud Código 305, grado 03.

1. Del fondo del asunto.

Como se aprecia, el argumento de apelación encierra en primer lugar el argumento de la transitoriedad del encargo provisional pues en su consideración no se hizo en forma legal y con el respeto de la transitoriedad del mismo. Luego a folio 226, indica que nunca debió hacerse pago alguno a la señora Gladys Myriam Sierra por concepto de salarios del periodo comprendido entre el 21 de diciembre de 2004 y el 3 de diciembre de 2006, ya que no concurrían los supuestos de hecho requeridos para dar aplicación a los antecedentes jurisprudenciales citados por la administración en el acto atacado.

Por ende, para decidir la cuestión que ha sido puesta de presente a la Sala, pasará a resolver temas tales como el desempeño de cargos públicos, la figura del encargo, la suspensión en el ejercicio del cargo, así como la posición que frente al pago de los salarios y prestaciones sociales de quienes se encuentren en la última de las mencionadas, ha adoptado esta Corporación.

1.2. Del desempeño de los cargos públicos.

La regulación del empleo está inspirada, actualmente, por los principios contenidos en las siguientes disposiciones de la Constitución Política de 1991:

"ARTÍCULO 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben... ”.

“ARTÍCULO 123. (...) Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.”.

De lo anterior se infiere que para obtener la condición de empleado público es necesario que se profiera un acto administrativo que ordene la respectiva designación, que se tome posesión del cargo, que la planta de personal contemple el empleo y que exista disponibilidad presupuestal para atender el servicio. Además, para acceder a un determinado cargo público debe acreditarse el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos y condiciones señalados en la Constitución y en la ley.

Ahora bien, en el derecho administrativo laboral colombiano, los empleos están clasificados dentro de un sistema racional y ordenado de administración de personal, cuya estructura comprende la denominación de cargos, el grado, el salario correspondiente a éstos, según las responsabilidades, funciones, requisitos y número de horas laboradas que se exija a cada uno de ellos.

Por eso, en la administración pública, a un determinado grado y cargo le corresponde una determinada asignación salarial, independientemente del funcionario que desempeñe tal labor. Así mismo, las funciones de los empleos deben estar previstas en la ley, ellas no pueden ser determinadas discrecionalmente por un funcionario público, pues se desconocerían las normas que señalan los procedimientos necesarios para establecer las funciones propias de los empleos oficiales y no solo ello, sino también las disposiciones que regulan la creación de cargos en las entidades públicas.

Así pues, para el caso del actor, como su inconformidad surge por el no pago de las diferencias salariales y prestacionales generadas por su labor como gerente encargado de la entidad accionada desde 21 de diciembre de 2004 hasta el 4 de diciembre de 2006, por la suspensión provisional de la anterior Gerente de la entidad por orden de la Contraloría de Bogotá, en consecuencia, deberá traerse a colación el marco jurídico de la figura del encargo, así como de la suspensión de funcionarios en el ejercicio de sus funciones.

1.2.1. El encargo.

En primer lugar, el Decreto 2400 de 1968, disponía sobre el concepto de empleo:

“ARTICULO 2º. Modificado por el art. 1, Decreto Nacional 3074 de 1968. El nuevo texto es el siguiente: Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República.

Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos; obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.

Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones.”⁵

De igual manera, en lo que se refiere a los encargos, señaló en su artículo 23 que los empleados podrán ser encargados para asumir parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, por ausencia temporal o definitiva del titular. Así, cuando se trate de ausencia temporal, el encargo podrá conferirse hasta por el término de aquella y en caso de vacante definitiva hasta por un plazo máximo de tres (3) meses. Vencido éste término el encargado cesará automáticamente en el ejercicio de tales funciones y el empleo

deberá proveerse de acuerdo con los procedimientos normales.

Luego, el Decreto 1950 de 1973, “por el cual se reglamentan los Decretos- Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil.”, sobre la remuneración de los empleados allí contemplados señaló:

“ARTÍCULO 13º.- El sistema de remuneración de los empleados a que se refiere el presente Decreto Nacional se rige por las leyes sobre fijación de escalas de remuneración correspondientes a las categorías de empleos, dictadas de conformidad con el ordinal 9º del artículo 76 de la Constitución Nacional.”

Sobre la figura del encargo dispuso:

“ARTÍCULO 34: Hay encargo cuando se designa temporalmente a un empleado para asumir, total o parcialmente, las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo.” Se resalta.

“ARTÍCULO 35º.- Cuando se trata de vacancia temporal, el encargado de otro empleo solo podrá desempeñarlo durante el término de esta, y en el caso de definitiva hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva. Al vencimiento del encargo, quien lo venía ejerciendo cesará automáticamente en el desempeño de las funciones de éste y recuperará la plenitud de las del empleo del cual es titular, si no lo estaba desempeñando simultáneamente. Ver: Artículo 23 Decreto Nacional 2400 de 1968”.

“ARTÍCULO 36º.- El encargo no interrumpe el tiempo para efectos de antigüedad en el empleo de que se es titular, ni afecta la situación de funcionario de carrera.”

“ARTÍCULO 37º.- El empleado encargado tendrá derecho al sueldo de ingreso señalado para el empleo que desempeña temporalmente, siempre que no deba ser percibido por su titular.” Se resalta.

Con posterioridad, la Ley 443 de 1998, “Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones”, en sus artículos 8º a 10º, indicó:

“ARTÍCULO 8º. PROCEDENCIA DEL ENCARGO Y DE LOS NOMBRAMIENTOS PROVISIONALES. En caso de vacancia definitiva, el encargo o el nombramiento provisional sólo procederán cuando se haya convocado a concurso para la provisión del empleo.

Mientras se surte el proceso de selección convocado para proveer empleos de carrera, los empleados de carrera tendrán derecho preferencial a ser encargados de tales empleos, si acreditan los requisitos para su desempeño. Sólo en caso de que no sea posible realizar el encargo podrá hacerse nombramiento provisional.

El cargo del cual es titular el empleado encargado, podrá ser provisto en provisionalidad mientras dure el encargo del titular, y en todo caso se someterá a los términos señalados en la presente ley.

Los nombramientos tendrán carácter provisional, cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito.

Cuando se presenten vacantes en las sedes regionales de las entidades y en éstas no hubiere un empleado de carrera que pueda ser encargado, se podrán efectuar nombramientos provisionales en tales empleos.

PARÁGRAFO. Salvo la excepción contemplada en el artículo 10 de esta ley, no podrá prorrogarse el término de duración de los encargos y de los nombramientos provisionales, ni proveerse nuevamente el empleo a través de estos mecanismos.”.⁶

“ARTICULO 9o. PROVISIÓN DE LOS EMPLEOS POR VACANCIA TEMPORAL. Los empleos de carrera, cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos, sólo podrán ser provistos en forma provisional por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con empleados de carrera.”⁷

“ARTICULO 10. DURACIÓN DEL ENCARGO Y DE LOS NOMBRAMIENTOS PROVISIONALES. El término de duración del encargo y del nombramiento provisional, cuando se trate de vacancia definitiva no podrá exceder de cuatro (4) meses; cuando la vacancia sea resultado del ascenso con período de prueba, de un empleado de carrera, el encargo o el nombramiento provisional tendrán la duración de dicho período más el tiempo necesario para determinar la superación del mismo. De estas situaciones se informará a las respectivas Comisiones del Servicio Civil.”⁸

Luego, a través de la Ley 909 de 2004, se dispuso frente al encargo y la vacancia temporal de los empleos lo siguiente:

“ARTÍCULO 24. Encargo. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente. El término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses.

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal de la entidad, siempre y cuando reúna las condiciones y requisitos previstos en la norma. De no acreditarlos, se deberá encargar al empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente.

Los empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño. En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.” Se resalta.

Como se advierte, de las normas transcritas, el encargo es una situación administrativa que en tanto tiene una duración en el tiempo, requiere el desprendimiento de funciones y es una forma de provisión de empleos.

En tratándose de encargo para suplir la vacancia de un empleo, hay que distinguir dos eventos, la vacancia definitiva que implica retiro total del servicio, o lo que es lo mismo, que el empleado ha dejado de ocupar el cargo y por ende de recibir el sueldo, evento en el que el empleado encargado tiene derecho a recibir el sueldo correspondiente al empleo para el que ha sido encargado y que ha quedado vacante definitivamente.

Diferente situación se presenta cuando estamos frente a una vacancia temporal, porque ésta supone la continuidad de la vinculación del empleado que se ausenta de manera temporal del cargo del que es titular ante la presencia de uno cualquiera de los eventos contemplados en la norma y que no le permiten asumir por un tiempo determinado las funciones inherentes al cargo desempeñado, pero que no implica que no pueda seguir recibiendo la remuneración correspondiente y las prestaciones sociales a que tenga derecho; pero sí impide que el encargado para suplir esa vacancia temporal perciba la remuneración asignada al empleo que desempeña de manera transitoria.

Recuérdese además que las normas que regulan la figura del encargo al hacer mención a la remuneración, son claras en que la misma se percibirá por el funcionario encargado “siempre y cuando no sea percibida por su titular”. Normas dentro de las cuales se encuentra el artículo 18 de la Ley 344 de 1996 “por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones”, frente al que la Corte Constitucional al hacer estudio de exequibilidad precisó:

“...Por ello, no considera la Corte que la norma bajo estudio sea *inconstitucional* y establezca una discriminación en contra del servidor público bajo encargo, por no recibir el salario percibido por su titular, pues como lo ha reconocido la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, el derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Carta Política, no puede ser entendido como una igualdad matemática que le impida al legislador regular tratamientos diferentes con respecto de aquellos casos que presentan características diversas, producto de las distintas situaciones en que se desenvuelven los sujetos.

La igualdad, evidentemente, busca un tratamiento igual para casos análogos y diferentes para situaciones cuyas características son distintas. Sin embargo, la existencia de la igualdad no limita la posibilidad de que pueda darse un tratamiento diferente para hechos que se encuentran cobijados bajo una misma premisa, siempre que la diferencia esté amparada por una razón clara y lógica que la convalide y que la doctrina constitucional ha denominado “principio de razón suficiente”. Por ello, el establecer formas de diferenciación y tratamientos distintos no necesariamente conduce a una discriminación, pues a ésta sólo se llega cuando la diferencia no es el resultado de una justificación razonable y lógica.

En el caso de la norma acusada, lo que busca el legislador con su consagración, como ya se ha dicho, es suplir una necesidad pública de servicio cuya atención es indispensable para dar cumplimiento a los fines esenciales del Estado, relacionados con el servicio a la comunidad y la prosperidad general (art. 2 C.P.), pero garantizando su continuidad y eficiencia con arreglo a criterios de economía y racionalización de los costos operativos que puede llegar a demandar su ejercicio. En este punto no sobra recordar que, según los postulados consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, la función administrativa está al servicio de los intereses generales y debe desarrollarse con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad e imparcialidad, entre otros. Igualmente, la norma citada le impone a las autoridades administrativas el deber de coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado.

Por lo demás, debe insistirse en que la situación prevista en la norma acusada es eminentemente transitoria y, por lo tanto, coyuntural, a la cual no cabe aplicar el principio de “a trabajo igual salario igual”, pues si bien es cierto que el servidor encargado de asumir transitoriamente las funciones propias de un cargo, por ausencia temporal del titular de éste, debe desempeñar dichas funciones durante un lapso, generalmente corto, no por ello asume la totalidad de las prerrogativas, preeminencias y responsabilidades que corresponden al titular, quien lo desempeña en razón de haber reunido la plenitud de los requisitos exigidos para ello, a juicio del nominador, y con carácter permanente, mientras goce, naturalmente, de la confianza de éste, si se trata de funcionarios de libre nombramiento y remoción, o cumpla a cabalidad con las funciones propias del cargo, si es de carrera. (...)”⁹ Se resalta.

1.2.2. De la suspensión en el ejercicio de los cargos.

Para nuestro caso, como se afirmó en la demanda y como efectivamente se encuentra probado, a través del Decreto 404 de 21 de diciembre de 2004 suscrito por el Alcalde Mayor de Bogotá, se dispuso suspender provisionalmente a la señora Gladys Myriam Sierra Pérez en el ejercicio del cargo de Gerente del Hospital de Usme, atendiendo la solicitud que efectuara el Contralor de Bogotá, mediante comunicación No. 10000-3487 de 17 de diciembre de 2004¹⁰.

En efecto, acerca de la facultad constitucional conferida por el numeral 8º del artículo 268 de la C.P., a los Contralores¹¹, ya la Corte se pronunció en sentencia C- 603 de 2000 en la que indicó lo siguiente:

“La Constitución Política, en el numeral 8 del artículo 268, asigna a la Contraloría General de la República la facultad de promover las investigaciones penales o disciplinarias que correspondan, pudiendo incluso llegar a exigir la suspensión inmediata de los funcionarios comprometidos.

El uso de la atribución en referencia tiene repercusión directa en la interrupción del ejercicio del cargo público objeto de la actuación del Contralor, ya que, cuando éste se dirige al nominador en demanda de la suspensión, no le deja alternativa distinta de proceder a ella. Se trata de un requerimiento con efectos vinculantes para el nominador, ya que la Carta Política emplea el término “exigir”, lo que definitivamente es distinto de “solicitar” o “pedir”, expresiones que, al fin y al cabo, dejarían la decisión en manos del funcionario administrativo correspondiente. Una exigencia tiene connotación imperativa; hace forzosa la ejecución de lo exigido.

Por otra parte, la medida en comento tiene un alcance provisional, por cuanto no se separa definitivamente a los servidores públicos involucrados, cuya presunción de inocencia -en el campo fiscal, en el disciplinario y en el penal- todavía no ha sido desvirtuada (art. 29 C.P.). Pero permite que, si el Contralor tiene razones poderosas para temer que la permanencia de aquéllos en el desempeño de sus empleos pueda afectar las investigaciones, dificultar la tarea de fiscalización o comprometer todavía más el interés colectivo, los bienes del Estado o la moralidad pública, demande del nominador, con la referida fuerza vinculante, que se los suspenda, no a título de sanción sino como instrumento

transitorio encaminado a la efectividad del control." Se resalta.

Como se aprecia, de los apartes transcritos se observa que si bien tal medida afecta los intereses del servidor, no define su situación laboral, pues consiste en una medida de carácter transitorio cuya finalidad, como ya lo ha definido la jurisprudencia constitucional, no es otra que la de "asegurar la transparencia, imparcialidad y efectividad de la investigación fiscal, pues para adelantar el proceso fiscal es razonable la separación del cargo del funcionario involucrado en la falta fiscal."¹²

Se trata de una medida cautelar¹³, más no sancionatoria, atribuida constitucionalmente al Contralor para ejercerla en aquellos casos en los que considere su conveniencia por razones de interés público y salvaguarda de los principios de transparencia, imparcialidad, moralidad y eficacia en las investigaciones fiscales, penales y disciplinarias que se adelanten contra los servidores públicos.

Como acto preparatorio, cuya iniciativa ha sido atribuida al jefe del órgano de control fiscal, constituye un instrumento que posibilita, para el caso, el desarrollo de la respectiva actuación administrativa de naturaleza fiscal, que concluye con la expedición de un acto administrativo de carácter definitivo que resuelve la situación jurídica del funcionario investigado.

Así, la Sección Segunda de esta Corporación en sentencia de 25 de enero de 2007 dentro del expediente radicado con el No. 05001-23-31-000-1998-00883-01(1618-03), con ponencia de la Consejera Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, consideró que en el evento en el que el funcionario suspendido no fue condenado, debe ser restablecido en la totalidad de los derechos de los cuales se vio privado durante dicha etapa, retrotrayéndose la situación al momento en que fue suspendido del cargo, es decir como si nunca hubiera sido separado del servicio, y por ende tiene derecho al pago de los salarios y prestaciones sociales durante el tiempo que cesó en el ejercicio de sus funciones; es decir como si el trabajador efectivamente hubiera prestado el servicio por efectos de la función legal, en otras palabras vuelven las cosas al estado anterior. Precisó la Corporación en tal oportunidad:

"...

Con el levantamiento de la medida penal las cosas se retrotraen al estado anterior, como si nunca se hubiera expedido el acto de suspensión, de manera que así como se dispuso el reintegro del actor al servicio debieron reconocérsele los derechos salariales y prestacionales, por tal periodo.

Si bien es cierto que la suspensión del actor no fue iniciativa del ente territorial con el que estaba vinculado laboralmente, tal circunstancia no lo releva de su condición de empleador y por ende no lo exonerá del reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir como consecuencia del acto de suspensión.

En cuanto al restablecimiento del derecho de carácter laboral, la Entidad a la cual estaba vinculado el actor es la que debe asumir tal carga como consecuencia de que por la orden judicial se retrotrae la situación al estado anterior, como si el funcionario jamás hubiera sido separado del servicio, lo que explica la obligación de pagarle los salarios y prestaciones dejados de percibir. Otra cosa es que el nominador pueda repetir contra la Fiscalía General de la Nación en obedecimiento de cuyo mandato se profirió el acto de suspensión." Se resalta.

Ahora bien, en el ámbito disciplinario, la Ley 734 de 2002 dispone frente al reintegro del suspendido lo siguiente:

"ARTÍCULO 158. Reintegro del suspendido. Quien hubiere sido suspendido provisionalmente será reintegrado a su cargo o función y tendrá derecho al reconocimiento y pago de la remuneración dejada de percibir durante el período de suspensión, cuando la investigación termine con fallo absolutorio, o decisión de archivo o de terminación del proceso, o cuando expire el término de suspensión sin que se hubiere proferido fallo de primera o única instancia." Se resalta.

En cuanto al proceso fiscal valga señalar que la Ley 610 de 2000 nada dispone acerca de éste preciso tema del reintegro, sin embargo prevé en su artículo 66 que en los aspectos no previstos en dicha ley se aplicarán, en su orden, las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, el Código de Procedimiento Civil y el Código de Procedimiento Penal, en cuanto sean compatibles con la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal, razón de peso que lleva a colegir que pueden aplicarse consideraciones efectuadas frente a la aplicación de tal figura

cuando se ha producido la suspensión de funcionarios en virtud de decisión proferida por la jurisdicción ordinaria penal, en lo que no riña con la naturaleza del mencionado proceso.

2.- De la situación específica.

Conforme a lo debidamente probado en el expediente se encuentra lo siguiente:

2.1. En cuanto a la específica situación laboral de la señora Gladys Myriam Sierra Pérez y la suspensión provisional.

A través de Decreto No. 966 de 3 de noviembre de 2000, el Alcalde Mayor de Bogotá, nombró a la señora Gladys Myriam Sierra Pérez, por el término de tres años en el cargo de Gerente Código 085 - 01 de la Empresa Social del Estado Hospital de Usme I Nivel de Atención¹⁴. Luego, por Decreto 420 de 2003 se prorrogó tal nombramiento, hasta el 9 de noviembre de 2006¹⁵.

Posteriormente, mediante el Decreto 404 de 21 de diciembre de 2004 suscrito por el Alcalde Mayor de Bogotá, se dispuso la suspensión provisional de la señora Gladys Myriam Sierra Pérez en el cargo de Gerente del Hospital de Usme, atendiendo solicitud en tal sentido efectuada por el Contralor de Bogotá mediante comunicación No. 10000-3487 de 17 de diciembre de 2004¹⁶.

Mediante Oficio No. 50100- 4048 de 7 de febrero de 2007, suscrito por el Subdirector del Proceso de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría de Bogotá y dirigido al Alcalde de Bogotá se indicó que remitía copia del Oficio No. 50100-3582 proferido por ese despacho por medio del que se indicó que por el vencimiento de dicho periodo y el nombramiento en propiedad del reemplazo en el cargo en cuestión, desaparecieron los fundamentos de hecho y de derecho que dieron lugar a la solicitud de suspensión de la funcionaria Gladys Myriam Sierra Pérez, en virtud de lo señalado por el numeral 2º del artículo 66 del C.C.A. ¹⁷

Como consecuencia de lo anterior, a través de Decreto 069 de 27 de febrero de 2007, el señor Alcalde Mayor de Bogotá levantó la suspensión provisional a la señora Gladys Myriam Sierra Pérez del cargo de Gerente de la accionada, por solicitud de la Contraloría de Bogotá radicada bajo el No. 1-2007-5564 de 9 de febrero de 2007¹⁸.

Luego, mediante Oficio de 3 de mayo de 2007, la señora Gladys Myriam Sierra Pérez solicitó al Gerente de la E.S.E. Hospital Nivel 1 de Atención de Usme, el pago de salarios, prestaciones y demás emolumentos que hubiesen quedado pendientes al momento de su suspensión provisional, efectuada a través de Decreto 404 de 2004, atendiendo a que, a través de Decreto No. 069 de 27 de febrero de 2007, el señor Alcalde levantó la suspensión mencionada¹⁹.

Además, en Oficio de 15 de agosto de 2007, suscrito por el Director de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría de Bogotá, se señala que a tal fecha cursaban los procesos de responsabilidad fiscal Nos. 50100-215/04, 50100-205/05 en los que se encontraba vinculada la señora Gladys Myriam Sierra Pérez, hallándose el primero con imputación y el segundo en etapa probatoria²⁰.

2.2. En cuanto al encargo del actor y su posterior desempeño en la entidad.

A través de Resolución No. 0782 de 21 de diciembre de 2004, suscrita por el Secretario de Salud Distrital de Bogotá se dispuso encargar al señor JORGE NICOLÁS FARAH BUELVAS de las funciones del cargo de Gerente de la entidad accionada quien se desempeñaba como Director de Centro de Salud - Código 305 Grado 03 del Hospital de Usme I Nivel de Atención, por encontrarse suspendida provisionalmente en el ejercicio del cargo a su titular Gladys Myriam Sierra Pérez, de conformidad con la solicitud de la Contraloría de Bogotá. Se dijo en el artículo 2º que dicho encargo era temporal y no causaba erogación al Hospital de Usme²¹. A folio 201 obra acta de posesión de 21 de diciembre de 2004.

Posteriormente, por Resolución No. 0643 de 4 de diciembre de 2006, suscrita por el Secretario Distrital de Salud de Bogotá, se dio por terminado el encargo al actor como Gerente de Empresa Social del Estado, Código 085 Grado 02 del Hospital de Usme I Nivel de Atención, con base en que el periodo de tres años para el que fue nombrada la señora Gladys Myriam Sierra Pérez se venció el día 13 de noviembre de 2006, por lo que se procedía a encargar a otro funcionario hasta tanto se designara nuevo Gerente titular²².

A folio 14 del expediente obra Oficio TES -I-181-07 de 23 de julio de 2007, suscrito por el Tesorero de la Empresa Social del Estado Hospital I Nivel de Atención de Usme, en el que señala que durante el periodo comprendido entre el 21 de diciembre de 2004 y 3 de diciembre de 2006 no se cancelaron dineros por ningún concepto a favor de Gladys Myriam Sierra Pérez.

A folio 24 del primer cuaderno obra copia de certificación suscrita por el Coordinador de Talento Humano de la E.S.E. demandada, de 14 de febrero de 2007, en el que indica que el señor JORGE NICOLÁS FARAH BUELVAS, fue nombrado como Gerente encargado de tal entidad desde el 21 de diciembre de 2004 y que hasta el 3 de diciembre de 2006 ejerció funciones propias de su encargo, devengando un salario correspondiente al de Director de Centro Código 242- grado 06 para la vigencia de 2006. Que al liquidar los ingresos totales del periodo diciembre 21 de 2004 al 3 de diciembre de 2006, el cargo de Director de Centro Código 242- 06 obtiene un total de ingresos de \$122.336.062.20.

Además, que al liquidar los ingresos totales del periodo diciembre 21 de 2004 al 3 de diciembre de 2006, incluyendo los incrementos salariales autorizados por el Alcalde Mayor, el cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado Código 085- Grado 02, obtiene un total de ingresos por la suma de \$202.928.052.34. Precisó que dichos cargos presentaban una diferencia salarial de \$80.591.990.14 pesos.

Según Oficio THU - E 402-08, suscrito por la Coordinadora de Talento Humano de la entidad accionada se tiene que el actor laboró como Gerente de tal entidad hospitalaria entre el 21 de diciembre de 2004 y el 3 de diciembre de 2006 y que por los años 2004 y hasta agosto 2 de 2005 percibió el sueldo de Gerente, fecha en la que mediante Resolución No. 0166 decidió regresar al sueldo que percibía antes de ser nombrado como Gerente encargado y reintegrar el mayor valor recibido. Que antes de ocupar el encargo de Gerente percibía sueldo como Director de Centro, cargo que se asimiló al de Profesional Especializado del Área de la Salud desde el año 2004²³. A folios 162 y siguiente obra la mencionada Resolución No. 0166 de 2 de agosto de 2005 suscrita por el actor como Gerente encargado de la entidad en la que ordena el reintegro de las sumas en mención.

Conforme a lo antes expuesto, para la Sala es evidente que, si bien el Secretario de Salud Distrital le encargó al actor las funciones propias de Gerente 085-02 de la E.S.E. Hospital I Nivel de Atención de Usme, tal figura como se dijo, según el artículo 24 de la Ley 909 de 2004²⁴, aplicable al caso es de carácter excepcional y por ende temporal, cuya duración no podía exceder en caso de vacancia temporal seis meses; empero de las certificaciones mencionadas se tiene que el actor ejerció las funciones de Gerente desde el 21 de diciembre de 2004 y hasta el 3 de diciembre de 2006 en forma notoria y continua. Es tan evidente tal desempeño que en esta última fecha el mismo Secretario Distrital de Salud de Bogotá, a través de acto administrativo dio por terminado el encargo al señalar que el periodo de la señora Gladys Sierra venció el 16 de noviembre de ese año.

Al tratarse de una suspensión provisional, situación que como se dijo no separa del cargo de manera definitiva a los sujetos pasivos de tal orden, debido a su naturaleza de medida cautelar no sancionatoria y transitoria, era viable que no contara con un término exacto del cual pudiera, en principio, determinarse la figura a través de la que la Administración debía proveer el cargo en vacancia.

Es decir, su duración pendía del álea de la decisión del ente que ordenó la suspensión, es decir, hasta que se profiriera la providencia absolutoria, de archivo o de terminación del proceso, o cuando expirase el término de suspensión sin que se hubiere proferido determinación alguna, aspectos éstos que si bien se aplican en lo que se refiere a las decisiones de la jurisdicción ordinaria penal, son pasibles al caso por remisión que hace el mismo artículo 66 de la Ley 610 de 2000.

Tal situación *sui generis* generó la incertidumbre en las consecuencias de la medida pues, como de un lado, no se podía predecir el resultado de la investigación fiscal, no era viable que la entidad cancelara desde un principio los salarios y prestaciones a la suspendida en cuestión pues ninguna de las anteriores decisiones se había producido a su favor.

Además, tal duda razonable tampoco permitió a la administración cancelar al actor los salarios y prestaciones que operaron mientras duró el término consagrado en la ley para el encargo, que correspondía a seis meses, al tratarse de un vacancia temporal, que según voces de la Ley 344 de 1996, artículo 18, no genera para el encargado el pago de la remuneración en cuestión, salvo que su titular no la esté devengando.

Ahora bien, emitida la solicitud de suspensión provisional por parte de la Contraloría de Bogotá, no quedaba más camino a la administración distrital que suspender provisionalmente a la señora Gladys Sierra Pérez del cargo de Gerente, cuestión que exigió, en aras de la prestación del servicio, encargar de tales funciones al actor, sin perder de vista el objetivo de la temporalidad; tan es así que la misma administración señaló que tal medida no causaba erogación a la accionada.

Así, en virtud de su naturaleza temporal, el encargo no podía ir más a allá del 21 de junio de 2005, fecha en que expiraba su duración por mandato legal, y por ello sólo puede aceptarse que el encargo de funciones del actor sólo tuvo vigencia por el periodo que la misma ley dispone de manera perentoria, sin que pueda por parte del intérprete extender su efectos cuando la misma no ha previsto otra situación diferente, en atención a que el encargo no podía prolongarse perpetuamente sino que, al vencimiento de su término, el empleado cesa automáticamente en su función y, como lo dice la norma, regresa al cargo del que es titular tal como lo dispone el artículo 35 del Decreto 1950 de 1973²⁵.

No obstante lo antes expuesto, el demandante continuó con la representación de la entidad hasta el día en que el Secretario Distrital de Salud decidió nombrar en encargo a otro funcionario para el desempeño de tales funciones, como se aprecia en la Resolución No. 0643 de 4 de diciembre de 2006, empero tal manifestación de la voluntad de la administración no tiene la virtualidad *per se* de conferir al desempeño del actor, durante el periodo 21 de junio de 2005 a 3 de diciembre de 2006, la naturaleza del encargo pues se desconocería el precepto legal que determina el máximo de duración de tal figura.

Tal pronunciamiento únicamente genera certeza acerca del ejercicio de funciones del actor como gerente, debidamente reconocidas por la administración distrital.

Cabe concluir entonces, a partir del marco jurídico del encargo, que el desarrollo de las labores del actor en la entidad, por el periodo 21 de junio de 2005 a 3 de diciembre de 2006, no quedó amparado bajo esta figura, sino que tomará otros contornos interpretativos como pasa a verificarse.

Hemos de referirnos en primer lugar a que los empleos se hallan clasificados, según su responsabilidad, funciones y requisitos, dentro de un sistema de administración de personal, cuya estructura comprende el nivel jerárquico, la denominación y el grado. La provisión de empleos en la función pública se puede dar a través de nombramientos ordinario, provisional, período de prueba y encargo o, mediante movimientos de personal, traslado, ascenso y encargo.

Por ello quien asume, a cualquier título, la función pública tendrá derecho a percibir la remuneración correspondiente al empleo para el que es asignado o desplazado, pues de lo contrario se atentaría contra principios mínimos laborales constitucionales, entre otros, el de percibir una retribución económica acorde con la calidad y cantidad de trabajo garantizado por el artículo 53 de la Carta Política.

En consecuencia, por fuera del marco legal aludido no es posible efectuar un nombramiento o realizar un movimiento de personal, ya que las diferentes modalidades que adquiere la relación laboral de derecho público se encuentran previamente determinadas o reglamentadas en una norma de derecho positivo, por tratarse precisamente de actuaciones esencialmente regladas.

Sin embargo, puede suceder que dentro de la función pública exista el denominado funcionario de hecho, que identifica a la persona que, habitualmente, sin título o con título irregular, ejerce funciones públicas como si fuese verdadero funcionario.²⁶

La anterior situación puede originarse, como en el presente asunto, cuando mediaba título que habilitaba para el ejercicio de la función pública pero por causas anteriores o supervivientes resulta inválido o deja de surtir efectos²⁷ como en este caso en que el demandante fue encargado de las funciones de Gerente de la E.S.E. Hospital de Usme pero, por ministerio de la ley, se terminó esa designación.

Sayagues Laso señala “que un funcionario de hecho es aquel que ejerce efectivamente las funciones públicas, como si realmente fuera funcionario” y la denomina “investidura plausible” que se configura por la existencia de dos requisitos: 1. Que exista de *jure* el cargo y 2. Que el cargo se ejerza en la misma forma y apariencia como lo desempeñaría una persona nombrada regularmente²⁸.

Esta tesis doctrinal ha sido acogida de tiempo atrás por el Consejo de Estado. La Sección Segunda, Subsección “A” en sentencia del 8 de marzo de 2001, sostuvo²⁹:

“Según la jurisprudencia de la Corporación (ver sentencia 16 agosto/63, Anales 2º semestre 1963, tomo 67, pág. 57), el funcionario de hecho “es aquel que desempeña un cargo en virtud de una investidura irregular.”; como es el caso del actor, que ingresó al servicio sin que la Junta

Directiva hubiera aprobado su nombramiento (f.3).

.....

En conclusión, los requisitos esenciales para la configuración del funcionario de hecho son que existan de jure el cargo y la función ejercidas irregularmente y que el cargo ha de haberse ejercido en la misma forma y apariencia como lo hubiera desempeñado una persona designada regularmente.”

En reciente providencia, la Subsección “A” de esta Sección Segunda, señaló:

“Estas circunstancias, lo ubican en lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado “funcionario de hecho”, en virtud de que no se reúnen a cabalidad las condiciones que demanda la investidura del funcionario público.

La doctrina, así como la jurisprudencia del Consejo de Estado, han definido a los funcionarios de facto o de hecho, como aquellos que carecen de investidura o que la tienen, pero de manera irregular³⁰, desempeñan funciones que corresponden efectivamente a un empleo público debidamente creado³¹ y tienen los mismos derechos salariales y prestacionales que el régimen jurídico vigente reconoce a los funcionarios de iure. Los actos administrativos expedidos por ellos son válidos y están amparados por la presunción de legalidad, porque se consideran como si hubieran sido expedidos por funcionarios de derecho y porque ejercen sus funciones en condiciones de plena verosimilitud, tal como lo hacen éstos, de modo que la opinión general cree razonablemente que se trata de funcionarios investidos válidamente de función pública.³².

Para la Sala, una irregularidad en la designación no puede ir en detrimento de las condiciones mínimas fijadas para el servidor público, pues existen postulados de rango constitucional que garantizan la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, la remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la calidad y cantidad de trabajo, que se traduce en los principios “a trabajo igual salario igual” e irrenunciabilidad de los beneficios establecidos (artículos 25 y 53 de la C.P.).”³³

La Sala reitera en esta oportunidad la tesis que ha hecho tránsito en el derecho administrativo y los presupuestos para que se reconozca la existencia de un funcionario de hecho, que puede descubrirse en diferentes escenarios, como por ejemplo, en el acto de elección, nombramiento o en la diligencia de posesión de un servidor público, e inclusive cuando se ejerce el cargo, o vencido su periodo.

En conclusión, existen funcionarios de hecho que (i) que carecen de investidura o (ii) que la tienen, pero de manera irregular y los requisitos esenciales para la configuración del funcionario de hecho son que el cargo esté creado de conformidad con las normas legales y la función sea ejercida irregularmente, pero, en todo caso, el cargo debió haberse ejercido en la misma forma y apariencia como si lo hubiese desempeñado un empleado designado regularmente.

Como ya se indicó, el actor, mientras ostentaba el cargo de Director de Centro de Salud Código 305 Grado 03, cargo que se asimiló al de Profesional Especializado del área de salud Código 227-07, en el año 2004, se posesionó como encargado de las funciones de Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital de Usme Nivel de Atención I (fl. 201); para el que no se fijó término específico, pero como se indicó arriba, ésta designación culminó automáticamente a los seis (6) meses siguientes, el 21 de junio de 2005.

Al vencerse el encargo por mandato legal, su desempeño finalizó automáticamente, no obstante, el actor continuó vinculado a la entidad en el cargo primigenio pero desempeñó las funciones de Gerente como funcionario de hecho de forma irregular hasta el 3 de diciembre de 2006 cuando se decidió nombrar en encargo al señor Norberto Acosta Rubio para que asumiera las funciones de Gerente, es decir, el demandante se encontró en la modalidad referente a contar con la investidura de funcionario de la entidad, pero en el desempeño de funciones de un cargo superior de manera irregular.

Ahora bien, de acuerdo a los requisitos señalados en precedencia se tiene que debe demostrarse el ejercicio de las funciones del mencionado cargo para que pueda considerarse que el actor tiene derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones causadas durante ese tiempo.

En efecto de las certificaciones que allegara el demandante expedidas por la entidad se tiene que el demandante ejerció tal labor dentro del periodo en mención 21 de junio de 2005 a 3 de diciembre de 2006, tal como lo registró el Tesorero de la entidad y el Coordinador de Talento Humano de la ESE Hospital de Usme, que señalaron que el actor laboró como Gerente, ejerciendo las labores propias del cargo desde el 21 de diciembre de 2004 al 3 de diciembre de 2006³⁴.

De otra parte, es un hecho que durante el tiempo en que el demandante fungió como Gerente de la entidad accionada desde el 21 de junio de 2005 al 3 de diciembre de 2006, la administración distrital no se preocupó por mantener la legalidad en la provisión de tal cargo, de acuerdo a los parámetros temporales que exige la norma, sino que exigió del actor las obligaciones propias del Gerente de uno de los más importantes centros hospitalarios del sur de la ciudad de Bogotá, sin que sea dable aceptar la tesis del *a quo* que consideró al actor como responsable de permanecer en el ejercicio de tales funciones, descartando de plano el elemento de subordinación que impera dentro de la relación laboral y el servicio prestado a favor de la entidad, durante casi año y medio, y más aún cuando en virtud de la representación legal se le impuso un deber que no estaba en la obligación de asumir y que sólo finalizó a partir de la Resolución No. 0643 de 4 de diciembre de 2006, que relevó al actor de tales funciones.

En nuestro caso, como ya se señaló, la administración omitió designar un representante legal y, el demandante, continuó con las responsabilidades que acarrea una representación legal, sin que el Estado hiciera alguna actividad para solucionar ese problema, por ello, puede decirse que el demandante, en cierta forma, prestó sus servicios como representante legal y por ello, debe recompensarse su labor a través del pago del salario y prestaciones que consagran para tales efecto la ley y decretos correspondientes.

Ahora bien, la Sala no comparte la conclusión del *a quo* pues, en primer lugar lo perseguido con la demanda es principalmente el pago de las diferencias salariales y prestacionales ocasionadas por las funciones de un cargo de superior jerarquía; no se pretendió con la acción una nivelación salarial ni el reintegro al servicio a ese cargo superior. En segundo lugar, debe recordarse que, es la misma Constitución la que protege el derecho de los trabajadores a recibir una remuneración acorde con las funciones que realiza, y en este caso fue la misma administración la que requirió del actor el ejercicio de las funciones de Gerente hasta el 3 de diciembre de 2006, el que si bien exigía mayores responsabilidades también contaba con mayor grado de remuneración.

Así, luego de beneficiarse de tales funciones, no era válido que se le negara el pago de su salario de acuerdo al manual de funciones, pues la actividad realizada por el actor debe ser compensada, de acuerdo al marco de las pretensiones de la demanda *"las diferencias respectivas entre el valor de salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos efectivamente recibidos durante el tiempo de su encargo y aquellos a los que realmente tenía derecho en virtud de su desempeño como Gerente"*³⁵, pero por el periodo 21 de junio de 2005 al 3 de diciembre de 2006.

En cuanto al periodo solicitado 21 de diciembre de 2004 al 20 de junio de 2005, en tanto el encargo no genera el pago de salarios y prestaciones del cargo que se asume, salvo que éstos no sean percibidos por el titular, no se genera obligación alguna a la Administración, pues en éste caso particular, existía el álea del posible pago a la funcionaria suspendida durante el término de duración del encargo, de acuerdo a las decisiones que para el efecto tomara la Contraloría de Bogotá.

En el derecho laboral administrativo, las autoridades pueden, para cumplir los cometidos Estatales, como regla general, encargarle funciones al empleado público, quien debe acatarlas y deben, en todo caso, proteger al trabajador en situaciones como la presentada, donde la Administración se beneficia de una labor de dirección y manejo, simplemente exigiendo su cumplimiento al empleado que ha sido nombrado y posesionado en un nivel de inferior jerarquía, protección que procede bajo la primacía de la realidad frente a las formas³⁶, aunado al principio de "a trabajo igual salario igual"³⁷.

No procede la figura del enriquecimiento sin causa pues el actor se trató de un funcionario de la entidad titular del cargo de Profesional Especializado Código 242 -06 del área de Salud de la Subgerencia Científica de la entidad, como se lee en la Resolución No. 0643 de 4 de diciembre de 2006³⁸, que fungió como gerente encargado con posterioridad a la terminación de la figura del encargo, aunque su relación laboral primigenia con la entidad fue superviviente a tal situación, por lo que se repite, en este caso el actor se encuentra en la segunda de las hipótesis de los funcionarios de hecho, es decir, cuenta con la investidura pero de manera irregular, caso diferente a la carencia absoluta de la investidura como cuando se trata de un particular que ha ejercido la función como ya quedó señalado en precedencia, evento en el que si procede la figura del enriquecimiento sin causa.

Tampoco se puede admitir la adscripción de funciones pues ningún documento posterior del Secretario de Salud Distrital exigió del actor el cumplimiento de tales funciones de manera independiente a la figura inicial del encargo.

Es cierto que la administración tiene un poder de naturaleza pública para realizar los fines del Estado y por ello tiene la potestad de organización; pero, en casos como el presente, la demostración de la realidad debe imperar y es ésta última a la que debe dársele un efecto jurídico.

Por lo expuesto, es incuestionable que el actor tiene derecho a percibir las diferencias generadas por la remuneración asignada al cargo de Gerente Código 085 Grado 02 de la Empresa Social del Estado Hospital de Usme Nivel I de Atención, pues desempeñó dicho empleo con

posterioridad a la terminación del encargo, desde el 21 de junio de 2005 hasta el 3 de diciembre de 2006, situación que impone acceder a las pretensiones de la demanda en lo referente al pago de las diferencias salariales y prestacionales existentes, entre el cargo de Gerente Código 085 Grado 02 y el de Profesional Especializado Código 242 Grado 06, reconocimiento que no se hará a título de indemnización, apreciación con la que la Sala ha determinado el restablecimiento del derecho para los casos de contrato realidad cuando se declara la existencia de una relación laboral³⁹.

Es así en tanto que para eventos como el presente lo que se reconocen son los salarios y prestaciones dejados de devengar, derechos inherentes a una relación laboral que ya existía entre el actor y la entidad accionada, en la que se desempeñaron funciones de un cargo de superior categoría.

Las diferencias originadas serán utilizadas para la reliquidación de las cesantías y los intereses a las mismas, hasta el 3 de diciembre de 2006, y servirán para determinar los aportes pensionales que deberá efectuar la entidad y el mismo demandante, proporcionalmente a las diferencias que se reconozcan y que deberá determinar el fondo respectivo, por el periodo comprendido del 21 de junio de 2005 hasta el 3 de diciembre de 2006.

Por ello, la E.S.E. accionada deberá trasladar las sumas correspondientes a la diferencia en la cotización mensual por concepto de pensiones, mes a mes, con la correspondiente indexación y los rendimientos financieros certificados por la entidad administradora de pensiones, a la entidad o empresa donde el accionante disponga y estuviere vinculado desde 21 de junio de 2005 hasta el 3 de diciembre de 2006. A su turno la entidad administradora de pensiones indicará al actor el monto de las diferencias que por este aspecto deberá cancelar para cumplir con el total del aporte pensional por los periodos señalados.

Es importante anotar que la orden de pago de tales diferencias no genera doble retribución por la misma labor, en tanto que le asistía a la Administración probar que la cancelación de las mencionadas sumas a la suspendida se produjo, pero debido a su escasa actividad probatoria no obra en el expediente ningún documento que de cuenta de tal situación, al contrario, a folio 14 del expediente obra Oficio TES -I-181-07 de 23 de julio de 2007, suscrito por el Tesorero de la Empresa Social del Estado Hospital I Nivel de Atención de Usme, en el que señala que durante el periodo comprendido entre el 21 de diciembre de 2004 y 3 de diciembre de 2006 no se cancelaron dineros por ningún concepto a favor de Gladys Myriam Sierra Pérez. Además, valga resaltar que al inicio del desempeño del encargo, el actor percibió la remuneración laboral correspondiente a Gerente de la E.S.E., empero a través de la Resolución No. 0166 decidió regresar al sueldo que percibía antes de ser nombrado como Gerente encargado y reintegrar el mayor valor recibido.

En gracia de discusión, si las sumas en cuestión fueron canceladas a la funcionaria Gladys Myriam Sierra Pérez, recuérdese que ésta Corporación dispuso en la misma providencia que se trajo a colación en líneas precedentes⁴⁰ que la entidad a la cual estaba vinculado el suspendido es la que debe asumir tal carga como consecuencia de que por la orden judicial se retrotrae la situación al estado anterior, como si el funcionario jamás hubiera sido separado del servicio, lo que explica la obligación de pagarle los salarios y prestaciones dejados de percibir, sin embargo el nominador puede repetir contra la entidad en obedecimiento de cuyo mandato se profirió el acto de suspensión.

Así las cosas, se impone a la Sala revocar la sentencia apelada, para lo cual ordenará a la entidad accionada cancelar al demandante la totalidad de las diferencias salariales y prestacionales que debía percibir el actor entre el cargo de Gerente Código 085 Grado 02 y el de Profesional Especializado Código 242 Grado 06, por el periodo comprendido del 21 de junio de 2005 al 3 de diciembre de 2006. De igual manera la accionada deberá trasladar las sumas correspondientes a la diferencia en la cotización mensual por concepto de pensiones, mes a mes, con la correspondiente indexación y los rendimientos financieros certificados por la entidad administradora de pensiones, a la entidad o empresa donde el accionante disponga y estuviere vinculado desde junio de 2005 hasta diciembre de 2006. A su turno, la entidad administradora de pensiones indicará al actor el monto de las diferencias que por este aspecto deberá cancelar para cumplir con el total del aporte pensional por los periodos señalados.

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

FALLA:

SE REVOCA la sentencia de once (11) de marzo de dos mil diez (2010), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que denegó las pretensiones de la demanda dentro del proceso promovido por JORGE NICOLÁS FARAH BUELVAS contra la ESE Hospital de Usme Nivel I de Atención. En su lugar se dispone:

PRIMERO.- Declarase la nulidad del Oficio GER -E 806/07 de 25 de julio de 2007, proferido por el Gerente de la ESE Hospital de Usme Nivel I de Atención, por el que se negó la petición de reconocimiento y pago de diferencias salariales y prestacionales elevada por el señor JORGE NICOLÁS FARAH BUELVAS, conforme a lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO.- Condenase a la E.S.E. Hospital de Usme Nivel I de Atención a pagar al señor JORGE NICOLÁS FARAH BUELVAS, las diferencias salariales y prestacionales originadas por su desempeño como Gerente Código 085 Grado 02 de esa entidad, desde el 21 de junio de 2005 hasta el 3 de diciembre de 2006, de acuerdo a lo señalado en la parte motiva de ésta providencia. Las diferencias originadas serán utilizadas para la reliquidación de las cesantías y los intereses a las mismas, hasta el 3 de diciembre de 2006.

Las sumas a pagar se actualizarán de conformidad con la siguiente fórmula:

$$R = \frac{Rh \times \text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

En el que el valor presente (R) resulta de multiplicar el valor histórico (Rh), que corresponde a la suma adeudada, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia certificado por el DANE, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió realizarse el pago correspondiente.

TERCERO.- Condenase a la Empresa Social del Estado Hospital de Usme Nivel I de Atención, a trasladar las sumas correspondientes a la diferencia en la cotización mensual por concepto de pensiones, mes a mes, con la correspondiente indexación y los rendimientos financieros certificados por la entidad administradora de pensiones, a la entidad o empresa donde el accionante disponga y estuviere vinculado desde el 21 de junio de 2005 hasta diciembre de 2006. De igual manera, el actor, deberá pagar los porcentajes de cotización correspondientes a pensión al Fondo respectivo por el periodo mencionado.

CUARTO.- La Empresa Social del Estado Hospital de Usme Nivel I de Atención dará cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 176 del Decreto 01 de 1984 y observará lo dispuesto en el inciso final del artículo 177 de la misma norma, adicionado por el artículo 60 de la Ley 446 de 1998, atendiendo lo dispuesto en la sentencia C-188 de 1999 proferida por la Corte Constitucional.

QUINTO.- Niéguense las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO.- No se reconoce a la abogada Victoria Flórez González como apoderada sustituta de la ESE Hospital de Usme Nivel I de Atención de acuerdo al poder sustitución obrante a folio 251 del cuaderno principal, debido a que no obra en el proceso poder otorgado por la mencionada entidad a la abogada Alba Teresa Ramírez Cusgüen, quien sustituye el poder.

SÉPTIMO.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, cuya Secretaría deberá dar INMEDIATO Y ESTRICTO cumplimiento a la orden impartida por esa Corporación en auto de 10 de agosto de 2012, obrante a folio 250.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Actor: JORGE NICOLÁS FARAH BUELVAS

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Folios 69 a 71.

2 Visible a folios 129-138 del Cdno. Principal.

3 Visible a folios 205 - 222 del cuaderno principal.

4 Obrante a folios 224 y 226 y su ampliación a folios 233 a 236.

5 Texto subrayado declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C- 614 de 2009.

6 Apartes subrayados declarados EXEQUIBLES, por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-942-03 de 15 de octubre de 2003, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

7 Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE, por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-942-03 de 15 de octubre de 2003, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra

8 - Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-368-99 de 26 de mayo de 1999, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

9 Corte Constitucional Sentencia C-428 del 4 de septiembre de 1997. Exp. Acumulados Nos. D-1590, D-1599, D-1607, D-1613. Actor: Luis Alfonso Vargas Álvarez. Ponentes. José Gregorio Hernández, Alejandro Martínez Caballero y Vladimiro Naranjo Mesa.

10 Visible a folio 193.

11 Esta facultad, de acuerdo a lo señalado en el Artículo 272 de la Constitución, es exigible de los contralores departamentales, distritales y municipales "ejercen, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268".

12 Sentencia C-484/00 Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

13 Sobre la naturaleza de las medidas cautelares la Corte Constitucional ha señalado (entre otras decisiones, se cita la sentencia C-840/01 Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentaría):

"(...)

apartes de un pronunciamiento hecho por esta Corporación en torno al tema de las medidas cautelares. Dijo así:

"- En nuestro régimen jurídico, las medidas cautelares están concebidas como un instrumento jurídico que tiene por objeto garantizar el ejercicio de un derecho objetivo, legal o convencionalmente reconocido (por ejemplo el cobro ejecutivo de créditos), impedir que se modifique una situación de hecho o de derecho (secuestro preventivo en sucesiones) o asegurar los resultados de una decisión judicial o administrativa futura, mientras se adelante y concluye la actuación respectiva, situaciones que de otra forma quedarían desprotegidas ante la no improbable actividad o conducta maliciosa del actual o eventual obligado.

Las medidas cautelares a veces asumen el carácter de verdaderos procesos autónomos¹³ (vgr. separación de bienes, protección policial a la posesión de hecho, etc.), cuando ellas constituyen precisamente la finalidad o el objetivo del mismo. Pero también, y ésta es la generalidad de los casos, dichas medidas son dependientes o accesorias a un proceso cuando su aplicación y vigencia está condicionada a la existencia de éste, como ocurre en los casos del proceso ejecutivo, o en materia penal con el embargo y secuestro de bienes del imputado (C.P.P. art. 52).

Igualmente las medidas cautelares son también provisionales o contingentes, en la medida en que son susceptibles de modificarse o suprimirse a voluntad del beneficiado con ellas o por el ofrecimiento de una contragarantía por el sujeto afectado y, desde luego, cuando el derecho en discusión no se materializa. Naturalmente, las medidas se mantienen mientras persistan las situaciones de hecho o de derecho que dieron lugar a su expedición.

Si bien la ocurrencia de una situación de hecho o de derecho determina el ejercicio de la medida cautelar, cabe advertir que la razón de ser de ésta no está necesariamente sustentada sobre la validez de la situación que la justifica. De manera que el título de recaudo, por ejemplo, puede ser cuestionable y esa circunstancia no influye sobre la viabilidad procesal de la cautela si se decretó con arreglo a la norma que la autoriza. Es por esta circunstancia particular que no puede aducirse que la cautela siempre conduzca a violentar o desconocer los derechos del sujeto afectado con la medida. Obviamente, cuando la medida de cautela es ilegal pueden ocurrir perjuicios, cuyo resarcimiento es posible demandar por el afectado. No sobra destacar, finalmente, que las medidas cautelares no tienen ni pueden tener el sentido o alcance de una sanción, porque aun cuando afectan o pueden afectar los intereses de los sujetos contra quienes se promueven, su razón de ser es la de garantizar un derecho actual o futuro, y no la de imponer un castigo."(sentencia C-054/97 M.P.: Dr. Antonio Barrera Carbonell).

14 Visible a folios 77.

15 Ver folio 196 del primer cuaderno.

16 Visible a folio 193 - 195 del primer cuaderno.

17 Ver folios 17-18 del cuaderno principal

18 Visible a folios 5 a 8 del cuaderno principal.

19 Ver folio 4 del cuaderno principal.

20 Folios 15 y 16 del cuaderno principal.

21 Visible a folio 200 del primer cuaderno.

22 Visible a folios 202 a 203.

23 Visible a folios 159 s 161 del cuaderno principal.

24 "ARTÍCULO 24. ENCARGO. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente. El término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses.

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal de la entidad, siempre y cuando reúna las condiciones y requisitos previstos en la norma. De no acreditarlos, se deberá encargar al empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente.

Los empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño. En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva." Se resalta.

25 "Cuando se trata de vacancia temporal, el encargado de otro empleo solo podrá desempeñarlo durante el término de esta, y en el caso de definitiva hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva. Al vencimiento del encargo, quien lo venía ejerciendo cesará automáticamente en el desempeño de las funciones de éste y recuperará la plenitud de las del empleo del cual es titular, si no lo estaba desempeñando simultáneamente."

26 SAYAGUES LASO. Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Cuarta Edición, Montevideo 1974, páginas 300 a 302.

27 Ob. Citada nota anterior.

28 Sayagués Laso, Enrique, Tratado de derecho administrativo, Montevideo, 1963, p.311

29 Expediente No. 08001-23-31-000-1995-9370-01 (417-00). Actor. Edmundo Drago M. Magistrado Ponente. Nicolás Pájaro Peñaranda.

30 Sentencia proferida por la Sala Plena de esta Corporación de 6 de octubre de 1992, radicación AC-273.

31 Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativa del Consejo de Estado de 96/08/15, radicación 8886.

32 Sentencia de la sección primera de 91/09/26, radicación 1453.

33 Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección "A", Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, sentencia del 26 de marzo de 2009, Exp. No. 25000-23-25-000-2004-03773-01 (689-2006), Actor: Jorge Alejo Calderón Perilla.

34 Visibles a folios 24 y 164 a 166 del cuaderno principal.

35 Ver folio 69 del cuaderno principal.

36 Dispone el artículo 53 de la Constitución Política que:

“El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo;...; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; (...)” negrilla fuera de texto.

Este principio, que obedece a la especial protección del trabajo en la Constitución Política de 1991, permite que, v. gr. se resarzan los perjuicios ocasionados por la Administración a personas que, a pesar de haber sido vinculadas a la misma bajo la modalidad contractual de prestación de servicios, acreditan los elementos que configuran una verdadera relación laboral³⁶.

Ahora bien, aun cuando el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades ha sido aplicado en reiteradas oportunidades ante la comprobación de lo que se ha denominado contrato realidad, su ámbito de protección no se limita a dichas situaciones.

Así, en cada caso, le corresponde al juez analizar las circunstancias planteadas en aras de determinar si se puede, en virtud de la aplicación del mismo, proteger los derechos de aquel, que ha desempeñado funciones con anuencia y consentimiento de la Administración, pues como la ha señalado ésta Corporación³⁶ para el caso de quienes se denominan funcionarios de hecho, una irregularidad en la designación no puede ir en detrimento de las condiciones mínimas fijadas para el servidor público, pues existen postulados de rango constitucional que garantizan la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, la remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la calidad y cantidad de trabajo, que se traduce en los principios “a trabajo igual salario igual” e irrenunciabilidad de los beneficios establecidos -artículos 25 y 53 de la Constitución Política- y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966,³⁶ en cuanto consagra que “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas”.

Este caso, se refiere al pago de las diferencias salariales y prestacionales por el desempeño de funciones de un cargo de superior categoría, cuando ha finalizado la figura del encargo, y éste debe acatarlas; empero, en todo caso, debe protegerse al trabajador cuando la Administración se beneficia de una labor, protección que procede bajo la primacía de la realidad frente a las formas en conjunción con el principio de a trabajo igual salario igual.

Es cierto que la Administración cuenta con las atribuciones que desde la misma Constitución se le han atribuido para realizar los fines del Estado y por ello tiene la potestad de organización, pero, la demostración de la realidad debe imperar y por ello la primacía de la realidad sobre las formas debe prevalecer y no solamente el tipo de vinculación formal debe gobernar la situación laboral del funcionario.

La Corte Constitucional ha preceptuado en relación con éste principio, de primacía de la realidad en las relaciones laborales lo siguiente:

“De acuerdo con el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre formas (Art. 53 de la Constitución), independientemente del nombre que se le dé al contrato o de las aparentes relaciones contractuales que se establezcan, si en la práctica se comprueba la existencia de los tres requisitos antes señalados, se estará frente a un relación laboral.

Como consecuencia de esto, quien desempeña la labor será tenido como un trabajador, con todos los derechos y obligaciones propias de tal posición contractual y la persona o entidad que recibe el servicio prestado y/o quien señala las pautas de modo, tiempo y cantidad de ejecución del mismo y le paga el salario al trabajador, será tenido en cuenta como el empleador, con todos los derechos y obligaciones propias de tal posición contractual.

La Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia ha dado aplicación al mencionado principio de primacía de la realidad sobre las formas, en aras de proteger los derechos fundamentales de trabajadores, quienes a pesar de cumplir con los tres requisitos esenciales, constitutivos de una relación laboral, su empleador les ha negado la calidad de tales”³⁶. Resalta la Sala.

37 El derecho a la “igualdad salarial” se deriva del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política y señalado de manera expresa en el artículo 143 del C.S.T., aunque para el caso de las relaciones de derecho privado encierra implicaciones diferentes³⁷.

Así, una de las consecuencias de la especial protección que el Estado debe brindar al trabajo, es la exigencia legal y judicial del respeto por la dignidad y la justicia en la relación laboral (C.P. art. 25), directamente ligada con lo anterior se encuentra la obligación de proporcionar una remuneración acorde con las condiciones reales del trabajo (C.P. art. 53), puesto que el salario es “la causa o el motivo, desde el punto de vista de quien se emplea, para establecer la vinculación laboral³⁷.

Es de anotar que la Corte Constitucional en sentencia T- 782 de 1998, providencia a la que se refiere el *a quo*, señaló que existen muchos cargos en el servicio público cuyas funciones parecen ser similares o iguales pero los requisitos que se exigen para el ejercicio de los mismos difieren del hecho que puede justificar el tratamiento diverso a nivel salarial; no obstante, en tal caso, los actores se desempeñaron como conductores grado 6, en la Procuraduría General de la Nación, que según ellos desempeñaban las labores de los conductores grado 8, cuya diferencia salarial entre un grado y el otro, era de \$94.321. Ambos cargos pertenecían al nivel operativo, donde predominaba el desarrollo de actividades manuales o tareas de ejecución, lo que según la Corte otorgaba importancia a la exigencia de experiencia, pues para uno y otro grado variaba, situación que justificaba el tratamiento diverso a nivel salarial.

No obstante, también ha precisado la Corte que “la existencia de una diferenciación salarial entre dos trabajadores que, en principio se encuentran en similares condiciones, debe fundarse en una justificación objetiva y razonable, so pena de vulnerar el derecho fundamental de todos los trabajadores a ser tratados con igual consideración y respeto por el empleador (CP art. 13)“³⁷ y además “que la justificación del trato diferenciado no puede radicarse en argumentos meramente formales, como la denominación del empleo o la pertenencia a regímenes aparentemente diferentes.”³⁷

También ha señalado la Corte que “desde una perspectiva constitucional, para que dos circunstancias de hecho resulten similares no es necesario que sean idénticas o plenamente iguales. Se debe afirmar que existen circunstancias similares o comparables, cuando las condiciones generales - sobre la calidad y cantidad de trabajo - son semejantes, es decir, cuando no existen diferencias verdaderamente relevantes.”³⁷

Significa lo anterior, que cuando se exijan mayores calidades y requisitos, se ejerzan funciones de gran responsabilidad que requieran de mayor experiencia, dedicación y conocimientos que el desempeñado, es decir, las situaciones y condiciones sean diferentes, no se justifica un tratamiento diferenciado y por ende debe darse aplicación al principio de a trabajo igual salario igual.

38 Folio 202

39 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección “A”, Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Bogotá D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil once (2011), Radicación No. 50001 23 31 000 2004 10725 01 (1079-09). Actor: GLADYS GARZÓN PÁRAMO.

40 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez, Bogotá, D. C., veinticinco (25) de enero de dos mil siete (2007), Radicación número: 05001-23-31-000-1998-00883-01(1618-03), Actor: CESAR CASTAÑO JARAMILLO, Demandado: Municipio de Itagüí.

Fecha y hora de creación: 2026-01-30 02:55:15