

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 172

Santiago de Cali, octubre 30 de dos mil diecisiete (2017)

Medio de Control Nulidad y Restablecimiento del Derecho -Laboral
Radicación 76-001-33 33-005-2014-00483-00
Demandante Jorge Eduardo Fuertes Pérez
Demandado Hospital Departamental Mario Correa Rengifo

Juez CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

Profiere el Despacho sentencia de primera instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, instaurado a través de apoderado judicial, por el señor Jorge Eduardo Fuertes Pérez en contra del Hospital Departamental Mario Correa Rengifo.

1. DECLARACIONES Y CONDENAS

1.1. Declarar la nulidad del acto administrativo No. 0631 – 2014 de agosto 22 de 2014, a través del cual el Hospital Departamental Mario Correa Rengifo negó la petición elevada por el demandante en abril 30 de 2014.

1.2. Que como consecuencia de lo anterior, se reconozca y pague al señor Jorge Eduardo Fuertes Pérez la nivelación salarial y prestacional a la que tiene derecho, conforme al cargo de Jefe de Control Interno desde que se expidió el Acuerdo 003 de abril 01 de 2011 hasta febrero 06 de 2013, fecha en que adquirió el estatus pensional.

1.3. Que se realicen los aportes retroactivos ante Colpensiones y al Fondo de Solidaridad y Garantía, desde abril 01 de 2011, teniendo en cuenta el salario de Jefe de Control Interno, suma que asciende a \$2.296.182.

1.4. Que se reconozca y pague los intereses moratorios e indexación de todas las sumas de dineros en que se realice el respectivo reconocimiento.

2. HECHOS

2.1. El demandante, señor Jorge Eduardo Fuertes Pérez ingresó a laborar en el Hospital Departamental Mario Corea Rengifo en el cargo de Asesor de Control Interno, nombramiento que realizó a través de la Resolución No. 273 de octubre de 2009. Se agrega que el demandante desde el momento de su vinculación fungió como líder de la oficina.

2.2. Mediante el Acuerdo 003 de abril 01 de 2011, emitido por la Junta Directiva de entidad, se estableció la nomenclatura y la asignación básica para la nueva planta de cargos del Hospital Departamental Mario Correa Rengifo.

2.3. El Acuerdo 003 de abril 01 de 2011 suprimió el cargo de Asesor Código 105, Grado 01, cargo que ocupaba el demandante.

2.4. A través del Acuerdo No. 008 de junio de 2011, se ajustó el manual de funciones específicas y de competencias laborales de los empleos de la planta de cargos del Hospital Departamental Mario Correa Rengifo.

2.5. Mediante la Resolución No. 087 de abril 06 de 2011, se distribuyó por áreas administrativas los empleos del plan de cargos del Hospital Departamental Mario Correa Rengifo. Agrega que la oficina de Gestión de Calidad agrupaba al Jefe de Oficina Código 006, Grado 01 y el Odontólogo de 4 horas, Código 214, Grado 01.

2.6. Se aduce que mediante el informe rendido por la Contraloría Departamental del Valle del Cauca, periodo fiscal 2010-2011, dentro de los hallazgos se menciona: "no se observó total cumplimiento al interior de la entidad de los ajustes realizados en la planta de personal, estructura organizacional y manual de funciones. No se observó equidad en las asignaciones salariales de acuerdo al nivel jerárquico por ejemplo, un jefe de oficina que es de nivel directivo tiene el mismo sueldo de un profesional universitario del área de mantenimiento.

2.7. De acuerdo con lo anterior, el apoderado de la parte demandante manifiesta que el señor Fuertes Pérez ejerció como Jefe de Oficina de Control Interno del Hospital Departamental Mario Correa Rengifo.

2.8. En febrero 17 de 2014, el señor Fuertes Pérez fue notificado de la Resolución No. GNR 1816 de enero 07 de 2014 emitida por Colpensiones, la cual está relacionada con su pensión de vejez. Se agrega que dicha pensión fue

liquidada con la asignación que devengaba el demandante en el cargo de asesor de la oficina de control interno del Hospital Departamental Mario Correa Rengifo.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte actora cita como violadas las siguientes disposiciones:

- Constitución Política, artículos 1, 2, 6, 13, 29, 53 y 93.
- Código Sustantivo del Trabajo, artículo 143.
- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, artículos 138, 161, 162, 164 y siguientes.

El apoderado de la parte actora cita apartes jurisprudenciales del Consejo de Estado relacionada con los funcionarios de fato o de hechos.

De otra parte hace alusión a la protección y naturaleza jurídica del trabajo según lo manifestado por la Corte Constitucional.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado del Hospital Departamental Mario Correa Rengifo manifiesta, que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, ya que su sentir las pretensiones carecen de fundamento de hecho y de derecho, en tanto se ha obrado conforme a la Ley.

Se pronuncia respecto a cada uno de los hechos relacionados en la demanda, de los cuales corrobora que efectivamente el señor Jorge Eduardo Fuertes Pérez fue vinculado laboralmente a la entidad demandada en el cargo de Asesor en la oficina de control interno, mediante Resolución No. 273 de octubre 07 de 2009, con fecha de posesión octubre 15 de 2009 y laboró hasta diciembre 31 de 2013.

Informa que la naturaleza cargo de asesor de la oficina de control interno comprende:

Asistir, aconsejar y brindar asesoría de nivel legal, a las directivas del hospital, a fin de compatibilizar los planes, sistemas, programas y proyectos de la empresa, evaluando la gestión institucional en todos sus componentes del sistema de control interno (procesos, normas, métodos, estructura organizacional).

Para lo anterior, el directivo del hospital que ocupe dicho cargo habrá de desarrollar las competencias laborales de: orientación al cliente, coordinación, confiabilidad, trabajo en equipo y creatividad”.

De acuerdo con lo anterior infiere que la función del demandante en ningún momento consistía en la de Jefe de la Oficina de control Interno, es decir siempre su labor estaba enfocada a la de Asesor.

Indica que a los empleos de la planta de cargos del hospital se les establecieron una nueva nomenclatura, se les ajustó las funciones específicas de competencias laborales y se distribuyeron por áreas administrativas. Agrega que se suprimieron unos empleos de la planta de cargos, entre ellos el cargo de Asesor.

Cita la Ley 909 de 2004, para aclarar que el cargo de Control Interno no pertenece a los cargos de carrera administrativa, la Ley lo clasifica como un cargo de libre nombramiento y remoción. Agrega que por dicho motivo el cargo que ocupaba el demandante en el Hospital no podía ser tenido en cuenta cuando se realizó las modificaciones a los empleos.

Aduce que la parte demandante debió atacar el acto que definía su cargo ya no como Asesor, sino como Jefe de Oficina, es decir la Resolución 087 de abril 06 de 2011, que distribuyó por áreas administrativas los cargos.

De acuerdo con lo anterior, infiere que en el presente caso la acción está caduca, ya que su sentir han transcurrido más de 3 años para solicitar la nulidad de la Resolución No. 087 de abril 06 de 2011.

Por todo lo anterior, propone las excepciones de “caducidad, prescripción, compensación, innominadas o genéricas”.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. El apoderado de la **parte demandante** no presentó alegatos de conclusión, según constancia visible a folio 88 del cuaderno No. 1.

5.2. **Hospital Departamental Mario Correa Rengifo**, centra sus alegatos básicamente en manifestar que la acción esta prescrita, pues en su sentir la parte demandante debió demandar la Resolución No. 087 de abril 06 de 2011, ya que

esta fue la que ordenó distribuir los empleos por área administrativa y el cargo de Asesor que ocupa el demandante había desaparecido, es decir el señor Fuertes Pérez debió solicitar su reubicación.

No obstante lo anterior, al realizar una comparación entre el escrito de la contestación de la demanda y el de alegatos de conclusión expuestos por el apoderado, el Despacho concluye que uno y otro no difieren sustancialmente, razón por la cual si bien serán tenidos en cuenta para tomar la presente decisión de mérito, no se hará un relato de los mismos.

5.3. Ministerio Público: El Agente del Ministerio Público no rindió concepto sobre el particular.

6. CONSIDERACIONES

6.1. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme al acontecer procesal, para resolver de fondo el presente medio de control, y atendiendo la fijación del litigio hecho en la audiencia inicial, debe el Despacho determinar si el demandante, señor Jorge Eduardo Fuertes Pérez, en virtud de su vinculación en el cargo de Asesor (control interno) del Hospital Departamental Mario Correa Rengifo, tiene derecho a que le sea nivelada su asignación, prestaciones y demás emolumentos devengados, conforme a lo percibido por el cargo de Jefe de Control Interno del referido Hospital.

De ser afirmativa la respuesta al problema jurídico anteriormente planteado, se determinará además si el Hospital Departamental Mario Correa Rengifo debe cancelar al demandante rubro alguno por concepto de prestaciones sociales generadas a raíz de la existencia de la relación laboral en el cargo de Jefe de Control Interno, así como el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social.

6.2. DESARROLLO DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO:

Para resolver el problema jurídico antes planteado, se procederá a:

- (i)** Realizar consideraciones sobre la vinculación de los servidores públicos al servicio del Estado;
- (ii)** Efectuar una relación de los hechos probados en el presente asunto, y;

(iii) Determinar si en el caso concreto, le asiste o no al demandante el derecho reclamado.

6.2.1. DE LA VINCULACIÓN DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS AL SERVICIO DEL ESTADO.

Según lo dispuesto en el artículo 125 de la Constitución Política, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, con excepción de los cargos de elección popular, libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los empleados del Estado en carrera administrativa tienen una vinculación laboral y como tal debe el empleador reconocer y pagar todos los beneficios propios de dicha relación (salario, prestaciones sociales, seguridad social, entre otros).

En el Estado se han distinguido dos clases de servidores: Empleados públicos y trabajadores oficiales; las diferencias entre unos y otros determinan el régimen jurídico que les es aplicable y por ende los derechos que les asisten.

El empleado público es la persona natural que ejerce las funciones correspondientes a un empleo público, es vinculado a la administración mediante una relación legal y reglamentaria; dicha vinculación se manifiesta en la práctica por el acto de nombramiento y posesión del empleado, las controversias que se susciten entre los empleados públicos y las entidades empleadoras por razón de la interpretación de la naturaleza de las normas que rigen su relación con la administración, deben ventilarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el régimen que se aplica por tanto a estos empleados es de derecho público.

Ahora bien, frente a los trabajadores oficiales tenemos que son vinculados a la administración mediante un contrato de trabajo, lo cual los ubica en una relación de carácter contractual laboral, semejante a la de los trabajadores particulares; el régimen jurídico que se aplica a estos trabajadores oficiales es en principio de derecho común, y en consecuencia, los conflictos laborales que surjan, son de competencia de los jueces laborales. Por regla general se establecen que son considerados como trabajadores oficiales quienes prestan sus servicios al Estado, en actividades de construcción y sostenimiento de obras públicas.

Por su parte, la Ley 80 de 1993 "Por la cual se expide el Estatuto General de

Contratación de la Administración Pública” en su artículo 32 definió el término de contrato estatal como “todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad”; dentro de éstos quedó consagrado el contrato de prestación de servicios, el cual es una excepción a la regla general dispuesta en el referido artículo 125 de la Constitución Política.

Así, el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 define el contrato de prestación de servicios como:

“3o. Contrato de prestación de servicios

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”

Tenemos entonces que el legislador facultó a la administración para vincular personal mediante un contrato que no genera vínculo laboral ni derecho al pago de prestaciones sociales, no obstante limitó dicha facultad estableciendo que solo se podría utilizar cuando las actividades no se pudieran realizar con personal de planta o se requiriera de conocimientos especializados.

7. ANÁLISIS DEL ACERVO PROBATORIO Y HECHOS DEBIDAMENTE PROBADOS

El Despacho, en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal, reconocerá valor probatorio a la prueba documental que fue aportada con la demanda por la parte actora, y que surtidas las etapas de contradicción, no fueron cuestionadas en su veracidad por las partes.

Así las cosas, el material probatorio allegado al proceso será valorado de forma íntegra, por lo tanto se puede concluir que se encuentran probados los siguientes hechos jurídicamente relevantes:

7.1. El señor Jorge Eduardo Fuertes Pérez estuvo vinculado laboralmente con el Hospital Departamental Mario Correa Rengifo desde octubre 15 de 2009¹ hasta diciembre 31 de 2013².

7.2. Que el Acuerdo 003 de abril 01 de 2011, emitido por la Junta Directiva de la entidad estableció la nomenclatura y la asignación básica para la planta de cargos del Hospital Departamental Mario Correa Rengifo, así mismo dicho Acuerdo suprimió el cargo de Asesor Código 105, Grado 01, cargo que ocupaba el hoy demandante.

De lo anterior se deduce que el vínculo laboral formal del señor Fuertes Pérez con el Hospital Mario Correa Rengifo fue hasta el marzo 31 de 2011. Lo anterior si se tiene en cuenta que el Acuerdo 003 de abril 01 de 2011, que suprimió el cargo que ostentaba el demandante empezó a regir el mismo día de su expedición.

7.3. Se encuentra probado que por medio de la Resolución No. 087 de abril 06 de 2011, se distribuyó por áreas administrativas los cargos del personal de planta del Hospital Departamental Mario Correa Rengifo.

7.4. Se acredita además, que a través del Acuerdo No. 008 de junio de 2011, se ajustó el manual de funciones específicas y de competencias laborales de los empleos de la planta de cargos de dicho hospital.

7.5. Que mediante Resolución No. 1778 de octubre 27 de 2010,³ emitida por la Gerente General del Hospital Departamental Mario Correa Rengifo, al demandante se le reconoció unas vacaciones por el periodo octubre 15 de 2009 a octubre 14 de 2010, ostentando el cargo de Asesor, Código 102, nivel 1.

7.6. Que mediante Resolución No. 105 de marzo 12 de 2012,⁴ emitido por la Gerente del Hospital Departamental Mario Correa Rengifo, al demandante se le reconoció unas vacaciones por los periodos: octubre 15 de 2009 a octubre 14 de 2010; de octubre 15 de 2010 a octubre 14 de 2011 ostentando el cargo de Asesor.

7.7. Que mediante Resolución No. 2045 de octubre 10 de 2011,⁵ emitido por la Gerente General del Hospital Departamental Mario Correa Rengifo, al demandante se le reconoció unas vacaciones por el periodo octubre 15 de 2010 a octubre 14 de 2011, ostentando el cargo de Asesor, Grado 1, Nivel 1.

¹ Según se desprende del acta de posesión en el cargo de asesor (control interno), folios 42-44 cuaderno 2.

² Folio 63 cuaderno 2.

³ Folio 51 cuaderno 2.

⁴ Folio 54 cuaderno 2.

⁵ Folio 56 cuaderno 2.

7.8. Que mediante Resolución No. 2297 de septiembre 28 de 2012,⁶ emitido por el Gerente General del Hospital Departamental Mario Correa Rengifo, al demandante se le reconoció unas vacaciones por el periodo octubre 15 de 2011 a octubre 14 de 2012, ostentando el cargo de Profesional Universitario Código 140, Grado, Nivel 1.

7.9. Que mediante Resolución No. 259 de agosto 22 de 2013,⁷ emitida por el Gerente General del Hospital Departamental Mario Correa Rengifo, al demandante se le reconoció unas vacaciones por los periodos 2009-2010, 2010-2011, ostentando el cargo de Jefe de Oficina Control Interno.

7.10. Que mediante Resolución No. 312 de octubre 3 de 2013,⁸ emitida por el Gerente General del Hospital Departamental Mario Correa Rengifo, al demandante se le reconoció el pago de primas de vacaciones, ostentando el cargo de Profesional Universitario, Código 219, Grado 08, Nivel 2.

7.11. Que mediante oficio UFTH-3-1-11-352-2013 de diciembre 30 de 2013,⁹ emitido por el Gerente General del Hospital Departamental Mario Correa Rengifo, se le informó al demandante que su vinculación como Responsable de Control Interno sería hasta diciembre 31 de 2013.

7.12. Que mediante Resolución No. 087 de febrero 10 de 2014,¹⁰ emitido por el Gerente General del Hospital Departamental Mario Correa Rengifo, al demandante se le autorizó el pago de las cesantías definitivas por haber desempeñado el cargo de Profesional Universitario (Control Interno), laborando en la entidad desde octubre 15 de 2009 diciembre 31 de 2013.

7.13. Que por intermedio del formato de liquidación de cesantías,¹¹ emitido por el Gerente General, Jefe Unidad de Talentos Humanos y el Subdirector Administrativo del Hospital Departamental Mario Correa Rengifo, al demandante se liquidaron sus cesantías, informándose como último sueldo el valor de \$1.904.760.

7.14. De igual forma, con base al valor del último salario¹² devengado por el demandante derivado de su vinculación y los salarios devengados por los Jefes de

⁶ Folio 58 cuaderno 2.

⁷ Folio 61 cuaderno 2.

⁸ Folio 62 cuaderno 2.

⁹ Folio 63 cuaderno 2.

¹⁰ Folio 66 cuaderno 2.

¹¹ Folio 69 cuaderno 2.

¹² Ultimo sueldo \$1.904.760. Folio 69 cuaderno 2.

oficina¹³ de planta según el Acuerdo 003 de abril 01 de 2011 expedido por la Junta Directiva del Hospital Departamental Mario Correa Rengifo, se infiere que el actor no devengaba el salario asignado a un Jefe de Oficina del Hospital.

7.15. Mediante Resolución No. GNR 1816 de enero 07 de 2014, expedida por la Gerente Nacional de Reconocimiento de Beneficio y Prestaciones de Colpensiones, se reconoció y ordenó pagar en favor del demandante, pensión mensual vitalicia de vejez, por valor de \$1.541.590, a partir de febrero 06 de 2013, fecha en que adquirió el status de jubilación. El parámetro de la liquidación de la pensión, fue el 75% del salario promedio mensual devengado durante los últimos 10 años de servicio en la fecha que adquirió el status.

7.16. Que el actor presentó petición ante la entidad demandada, en abril 30 de 2014, solicitando la nivelación salarial y prestacional conforme al cargo de Jefe de la Oficina de Control Interno desde abril 01 de 2011, además que se realice los aportes retroactivos a Colpensione, teniendo en cuenta el salario de \$2.296.182¹⁴.

7.17. Mediante radicado No. 0631 de -2014 de agosto 22 de 2014, el Hospital Mario Correa Rengifo¹⁵, negó la solicitud elevada por el demandante, argumentando que el señor Fuertes Pérez fue nombrado como Asesor de Control Interno, cargo que corresponde a los de libre nombramiento y remoción. Es decir dicho cargo no pertenece a la planta global de cargos del Hospital.

EL CASO CONCRETO

Aplicando todo lo anterior al caso concreto, tenemos que el señor Jorge Eduardo Fuertes Pérez, a través del presente medio de control pretende la nulidad del acto acusado y consecuente a ello la declaratoria de existencia de una vinculación laboral equiparando el cargo de Jefe de la Oficina de Control Interno de la entidad demandada, cargo que en su sentir desempeño desde abril 01 de 2011 hasta el momento de su retiro, igualmente, se efectúe la nivelación salarial de conformidad con la normatividad vigente relacionada con dicho cargo, así como el pago de las diferencias que exista entre la asignación salarial que percibió en el cargo de Asesor Código 105, Grado 01 y las asignaciones básicas percibidas por un Jefe de la Oficina de Control Interno, fijadas en el Acuerdo 003 de abril 01 de 2011.

¹³ Salario que devengaría un Jefe de Oficina para el año 2011 es de \$2.296.182. Folio 63 cuaderno 2.

¹⁴ Folio 11-13 cuaderno 1.

¹⁵ Folio 15-16 cuaderno 1.

Así las cosas, se encuentra probado en el plenario con el acto de nombramiento que el actor fue vinculado a la entidad demandada desde octubre 15 de 2009, en el cargo de Asesor de la Oficina de Control Interno, cargo que ostentó sin ninguna discusión hasta marzo 31 de 2011, ya que el cargo de Asesor de Control Interno que ocupaba el actor fue suprimido por el Acuerdo 003 de abril 01 de 2011 desde el mismo día de su expedición.

No obstante lo anterior, de lo probado en el proceso se puede colegir que pese a que el cargo de Asesor en la Oficina de Control Interno, se reitera cargo que desempeñaba el demandante, fue suprimido de la planta de cargos del Hospital Departamental Mario Correa Rengifo, el actor continuó laborando en el mencionado Hospital desempeñando diferentes cargos, tales como: Asesor; Asesor Código 102, Nivel 1; Profesional Universitario, Código 140, Nivel 1; Jefe de Oficina de Control Interno; Profesional Universitario, Código 219, Grado 8, Nivel 2; Responsable de Control Interno.

Ahora bien, el apoderado de la parte demandante aduce que su poderdante desde abril 01 de 2011, cuando su cargo de Asesor fuera suprimido, pasó a realizar funciones de Jefe de la Oficina de Control Interno del hospital Departamental Mario Correa Rengifo, es decir era el Jefe de Control Interno del Hospital.

Al respecto, el apoderado de la parte demandada manifiesta que el señor Fuertes Pérez desde el momento de su vinculación a la entidad ejerció el cargo de Asesor de Control Interno. Es decir, su nombramiento se dio como Asesor de Control Interno, cargo que corresponde a los de libre nombramiento y remoción.

Teniendo en cuenta lo anterior, deberá el Despacho determinar si en el ejercicio y ejecución de la labor prestada por el señor Fuertes Pérez al servicio del Hospital Departamental Mario Correa Rengifo, desde abril 01 de 2011 hasta diciembre 31 de 2013, se esconde una verdadera relación laboral, vinculación que no fue desconocida por esta última.

Pues bien, en principio se podría decir que pese a que el cargo de Asesor que desempeñaba el actor fue suprimido en virtud del Acuerdo 003 de abril 01 de 2011, la entidad demanda continuó otorgándole el estatus laboral en esa entidad al actor, sin considerar que después de haber sido suprimido el cargo haya sido vinculado a la entidad, ya sea por nombramiento, contratos de trabajo o en su defecto por contratos de prestación de servicios, lo que *prima facie* tornaría

nugatorias las pretensiones de la demandante; no obstante, si hay elementos de juicios que permiten inferir que entre las partes existió una relación laboral después que el cargo del ocupaba el actor fuera suprimido, tanto así que la demandada siguió pagándole salarios y las prestaciones sociales al actor, cosa distinta es que no se tenga certeza en qué cargo se desempeñó, es decir si ejerció el cargo de Jefe en la Oficina de Control Interno.

Teniendo en cuenta lo expuesto, se infiere que al haberse suprimido el cargo que ostentaba el actor y no realizarse otro nombramiento con el lleno de los requisitos requerido, además del actor seguir laborando, es decir la labor desempeñada por el actor fue utilizada para encubrir la existencia de una verdadera relación laboral, por lo tanto la misma debe ser declarada luego de acreditarse que efectivamente prestó sus servicios a la entidad demandada y que ésta canceló sueldos y demás prestaciones sociales correspondiente.

Así las cosas, el Despacho considera que de la labor desarrollada por el actor al servicio de la demandada subyace lo que la doctrina, así como la jurisprudencia del Consejo de Estado ha denominado como funcionario de facto o de hecho.

Sobre el particular el Consejo de Estado ha reiterado al respecto y el Juzgado acoge en su integridad.¹⁶

"(...) En el mismo sentido puede verse la sentencia de esta Corporación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejera Ponente Olga Inés Navarrete Barrero del 18 de septiembre de 2001, Radicado 11001-03-15-000-2000-0472 01 (S-472), actora Teresa Andreotta de Laborda, demandada La Nación Ministerio de Relaciones Exteriores, en la que además de reiterar el concepto de funcionario de hecho, se precisaron los requisitos para que pueda configurarse dicha condición:

"Es así como, de acuerdo con la doctrina, el funcionario de hecho existe en los cuatro casos siguientes: a) cuando sin nombramiento ni elección conocidos, un individuo desempeña un puesto público bajo tales circunstancias de reputación o aquiescencia que inducen al público a considerarlo como funcionario legítimo; b) cuando la elección o el nombramiento han existido y son válidos, pero el funcionario ha dejado de cumplir un requisito o condición legal; c) cuando ha habido elección o nombramiento pero el funcionario es inelegible, o falta competencia al órgano que lo nombró o eligió o hubo irregularidad o defecto en el ejercicio de la competencia, y esas circunstancias son desconocidas por el público, y d) cuando el nombramiento o elección se han hecho de acuerdo con una ley que más tarde es declarada inconstitucional.(...)"

Para completar la conceptualización objeto de análisis, el Consejo de Estado en la misma providencia sostuvo:

"(...)La línea jurisprudencial trazada, permite establecer que los requisitos esenciales para la configuración del funcionario de hecho son que exista de jure el cargo y la función ejercidas irregularmente y que el cargo se haya ejercido en la misma forma y apariencia como si lo

¹⁶Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", Sentencia de febrero 13 de 2014, C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Radicación número: 73001233100020110021501(2300-12).

hubiese desempeñado un empleado vinculado en debida forma¹⁷.

Atendiendo las pautas jurisprudenciales anteriores, la Sección Segunda, Subsección "A", en sentencia de 2 de mayo de 2013¹⁸ reconoció la condición de funcionario de hecho al señor Helmán Darío Álvarez Hernández¹⁹, por prestar sus servicios como celador a la administración por más de seis (6) años, sin mediar acto de nombramiento y posesión; al respecto indicó:

"Apreciada en su conjunto la prueba documental y testimonial a que se viene haciendo referencia, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, ella conduce de manera inexorable a afirmar que HELMAN DARÍO ÁLVAREZ HERNÁNDEZ prestó sus servicios en la Institución Educativa Darío Echandía Olaya, se desempeñó como empleado público del Municipio de Ibagué (Tolima), como Celador-Portero de la Institución Educativa Darío Echandía por 6 años, sin que mediaran para el efecto, algunos elementos formales que configuran la relación legal y reglamentaria, propia de estos servidores, como lo son el acto de nombramiento y posesión. La retribución que recibió por sus servicios, fue la habitación.

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

No obstante tales irregularidades, es innegable que el actor prestó sus servicios y ellos deben ser retribuidos, pues no resultaría equitativo trasladarle las precariedades que presenta la relación laboral al servidor, las cuales son consecuencia de la actitud omisiva de la Administración, al haber mantenido esa situación durante varios años, sin expedir el acto de nombramiento y la posesión.

La omisión en que incurrió el Municipio, al haberlo vinculado como Celador de la Institución Educativa, sin que mediara un acto de nombramiento y la posesión y al fijarle sus emolumentos como lo ordena la ley, no puede prevalecer sobre derechos irrenunciables del servidor.

(...)

Ante la evidencia de la prestación de los servicios personales, no podrían primar las omisiones en que incurrió el Municipio demandado, al no haberlo vinculado regularmente, expediendo el acto de nombramiento y posesionándolo, con el único fin de negar al servidor los derechos laborales que contempla la ley.(...)"

De acuerdo con lo anterior, es procedente concluir que los funcionarios de facto o hechos no tienen una investidura, ya que para desempeñar su labor no ha mediado un nombramiento, ni mucho menos una posesión, sin embargo ejercen funciones que corresponden a aun empleo público debidamente creado.

Ahora bien, el señor Fuertes Pérez puede ser considerado como un funcionario de facto o de hecho al servicio de la entidad demandada, vinculación que no fue desconocida por esta última, además que se reconocieron y pagaron salarios y prestaciones a favor del actor. No obstante lo anterior, considera el Despacho que de las pruebas allegadas al plenario se demuestra que el actor fue nombrado en el cargo de Asesor (Control Interno) desde octubre 15 de 2009 (fl. 42 c/no 2), el cual desempeño hasta marzo 31 de 2011, ya que el cargo de Asesor fue suprimido mediante el Acuerdo 003 de abril 01 de 2011 y que el actor desempeñó diferentes cargos al interior del Hospital Departamental Mario Correa Rengifo, tales como: Asesor, de octubre 15 de 2009 a octubre 14 de 2010 y octubre 15 de 2010 a

¹⁷ Sentencia de 29 de marzo de 2012. Sección Segunda, Subsección "B", C.P: Gerardo Arenas Monsalve. Radicación número: 50001-23-31-000-2005-10496-02(1146-10), Actor: Himelda Pulido Moreno. Demandado: E.S.E. Policarpa Salavarieta- En Liquidación.

¹⁸ Sección Segunda. Subsección A. C.P. Alfonso Vargas Rincón. Radicación 73001-23-31-000-2010-00673-01 (1555-12). Actor: Helman Darío Álvarez Hernández. Demandado: Municipio de Ibagué – Secretaria de Educación.

¹⁹ De acuerdo con los hechos de la demanda, el mencionado ciudadano es esposo de la señora María Elizabeth Botero Lentino, quien actúa como parte actora dentro del presente proceso.

octubre 14 de 2011 (fl. 54 c/no 2); Asesor Código 102, Nivel 1, de octubre 15 de 2009 a octubre 14 de 2010 (fl. 51 c/no 2); Profesional Universitario, Código 140, Nivel 1, de octubre 15 de 2011 a octubre 14 de 2012 (fl. 58 c/no 2); Jefe de Oficina de Control Interno, periodo 2009-2010 y 2010-2011 (fl. 61 c/no 2); Profesional Universitario, Código 219, Grado 8, Nivel 2, de octubre 15 de 2012 a octubre 14 de 2013 (fl. 62 c/no 2); Responsable de Control Interno, que finalizó en diciembre 31 de 2013 (fl. 63 c/no 2)., pero según la Resolución No. 087 de febrero de 2014 (fl. 66 c/no 2), entre octubre 15 de 2009 a diciembre 31 de 2013 se desempeñó como Profesional Universitario (Control Interno) y a excepción del nombramiento en el cargo de Asesor, no se acredita ninguna otra modalidad de nivelación al respecto.

Teniendo en cuenta lo anterior, observa el Juzgado que entre los periodos 2009-2010 y 2010-2011 se presenta una contradicción en los documentos aportados, pues en dichos periodos se aduce que al actor se le reconocieron vacaciones desempeñando el cargo tanto de Asesor, como Profesional Universitario o como Jefe de Oficina Control Interno para los mismos periodos.

Ahora bien, por hecho que a través del oficio UFTH-3.1-11-252-2013 de diciembre 30 de 2013, emitido por el señor Irne Torres Castro en calidad de Gerente del Hospital Departamental Mario Correa Rengifo (fl. 63 c/no. 2), se le informe al actor que su periodo como responsable de Control Interno terminaría en diciembre 31 de 2013, no significa que el señor Fuertes Pérez haya desempeñado el cargo de Jefe de la Oficina de Control Interno, se reitera, dicha modalidad no se probó en el presente proceso y de todas formas dicho acto no fue acusado no obstante ser un posible eslabón de la forma de vinculación ante la entidad demandada.

De otra parte, se reitera que la parte demandante no probó que de abril 01 de 2011 hasta diciembre 31 de 2013, el actor haya desempeñado única y exclusivamente el cargo de Jefe de Control Interno en las instalaciones de la entidad demandada, pues no existe una prueba contundente o testimonio de personas que den razón de ello, faltando entonces elementos de juicio que permitan enlazar las pretensiones de la demanda con los hechos debidamente probados en el trascurso del proceso.

Al respecto, el Código General del Proceso, en su artículo 167 puntualiza:

"(...) incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagra el efecto jurídico que ellas persiguen.(...)"

En conclusión, las pretensiones del cual tratan los hechos de la demanda, ante la ausencia de pruebas que permitan inferir un indicio que el actor entre abril 01 de 2011 y diciembre 31 de 2013, haya desempeñado única y exclusivamente el cargo en cargo de Jefe de Control Interno en la entidad demandada, se constituye en una falta de deber de la carga de la prueba, razón por la cual habrán de negarse las pretensiones de la demanda.

8. COSTAS

Según lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, la sentencia siempre **dispondrá** sobre la condena en costas, pero su liquidación y ejecución, será atendida conforme a lo preceptúa el Código General del Proceso.

Ahora bien, el numeral 1° del artículo 365 ib.²⁰, entre otras cosas, establece que:

"(...) se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)".

Así las cosas, el referido artículo 188 del CPACA ha sido objeto de análisis por parte del Consejo de Estado, Corporación que le otorgó la siguiente interpretación²¹:

*"(...) Si bien una lectura rápida de la disposición que antecede, podría llevar a la **errónea** interpretación de que la condena en costas debe imponerse en forma **objetiva**, es decir, de manera forzosa, automática e ineluctable en todos aquellos procesos contencioso administrativos en los cuales se ventile un interés de carácter individual o particular, **lo cierto es que cuando la norma utiliza la expresión "dispondrá", lo que en realidad está señalando es que el operador jurídico está llamado a pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente proferir una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustradas sus pretensiones procesales (...)"** (Se resalta).*

Es claro entonces, según lo expuesto, que el criterio para condenar en costas en esta jurisdicción no atiende un carácter objetivo, lo que quiere decir que no siempre ineludiblemente la parte vencida en la litis deberá ser condenada en costas, contrario a ello, corresponde al juez determinar la procedencia de tal condena; razón por la cual, el Despacho varía la posición objetiva que sobre este tema ha venido aplicando, para así acoger la postura del máximo órgano de cierre de esta jurisdicción en el entendido de implementar un criterio subjetivo respecto al estudio de condena en costas.

En punto al tema, es necesario traer a colación lo dispuesto en el numeral 8° del artículo 365 del C.G.P. que a la letra reza:

²⁰ Aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la ley 1437 de 2011.

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 16 de abril de 2015, C.P. Guillermo Vargas Ayala. Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00446-01.

"ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS.

En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

"(...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación."

Así las cosas, atendiendo lo argumentado líneas arriba, concluye este juzgador que en el presente asunto no se probó la causación de costas que deban ser reconocidas en favor de la parte victoriosa de la litis, razón por la cual, el Despacho se abstendrá de emitir una condena en tal sentido.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto (5º) Administrativo del Circuito de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta lo expuesto en el presente proveído.

SEGUNDO: SIN CONDENA en costas en esta instancia, según lo expuesto en la parte motivada de esta sentencia.

TERCERO: LIQUIDAR los gastos del proceso, **DEVOLVER** los remanentes si los hubiere y **ARCHIVAR** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

Juez