

FUNCIONARIO DE HECHO - Concepto. Validez de los actos / FUNCIONARIO DE HECHO - No reúne las condiciones que demanda del funcionario público / PRIMACIA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMALIDADES - Aplicación. Funcionario de hecho / FUNCIONARIO DE HECHO - Diferencias salariales y prestacionales. Reconocimiento / DIFERENCIAS SALARIALES Y PRESTACIONALES - Reconocimiento funcionario de hecho / FUNCIONARIO DE HECHO - Configuración. Nombramiento irregular por funcionario incompetente / NOMBRAMIENTO IRREGULAR POR FUNCIONARIO INCOMPETENTE - Genera existencia de funcionario de hecho / ENCARGO - Inexistencia porque el nombramiento fue realizado por funcionario incompetente

La Sala llega a la convicción incontrovertible de que el actor se desempeñó como Jefe de Unidad Código 093 – Grado 01, por el lapso comprendido entre la finalización de la asignación de funciones hecha al señor Jhon Javier Torres Jaimes y la fecha en que se hizo efectivo el traslado referenciado (19 de mayo de 2003), por la incapacidad permanente del titular de ese cargo. Aunque tal nominación es irregular, pues fue hecha por un funcionario sin competencia (Subdirectora de Fiscalización) y sin los elementos formales que configuran una relación legal y reglamentaria (nombramiento, posesión y retribución por sus servicios), lo cierto es que el demandante desempeñó el cargo de Jefe de Unidad con la aquiescencia y la reputación dada por la administración, circunstancias que indujeron a los usuarios internos y externos de la entidad a considerarlo como un funcionario legítimo. 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 irregular, desempeñan funciones que corresponden efectivamente a un empleo público debidamente creado 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. 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.). Por lo expuesto, es incuestionable que el actor tiene derecho a percibir la remuneración asignada al cargo Jefe de Unidad Código 093 – Grado 01, pues desempeñó dicho empleo transitoriamente. Remuneración que no se puede entender en este caso como una doble erogación por parte de la administración, por cuanto el titular del cargo no la recibió, pues la incapacidad permanente de que fue objeto estuvo cubierta por la E.P.S. Colmena y el ISS, respectivamente. Se hace imperioso para la Sala acceder a las pretensiones de la demanda, para lo cual revocará parcialmente la decisión del a quo, en cuanto denegó las diferencias salariales y prestacionales generadas en los periodos que no corresponden a las asignaciones de funciones hechas por el Contralor de Bogotá D.C., teniendo en cuenta que el demandante prestó sus servicios como Jefe de Unidad Código 093 – Grado 01, en condición de

funcionario de hecho, en el lapso comprendido entre la finalización de la asignación de funciones hecha al señor Jhon Javier Torres Jaimes y la fecha en que se hizo efectivo su traslado (19 de mayo de 2003).

NOTA DE RELATORIA: Cita sentencias de fechas 6 de octubre de 1992, Exp. AC-273 de Sala Plena; 15 de agosto de 1996 Exp. 8886, de la Sección Segunda y 26 de septiembre de 1991, Exp. 1453 de la Sección Primera.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A"

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil nueve (2009).

Radicación número: 25000-23-25-000-2004-03773-01(689-06)

Actor: JORGE ALEJO CALDERON PERILLA

Demandado: CONTRALORIA DE BOGOTA D.C.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 9 de septiembre de 2005, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

ANTECEDENTES

Jorge Alejo Calderón Perilla, a través de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicita que se declare la nulidad del oficio No. 17200-0378 de 19 de enero de 2004, proferido por la Directora Técnica de Talento Humano de la Contraloría de Bogotá D.C., por medio del cual se denegó una diferencia salarial y prestacional que tenía a favor, por haber estado encargado de un empleo de nivel superior (Jefe de Unidad Local).

A título de restablecimiento del derecho reclama que se condene a la entidad demandada a cancelar la diferencia solicitada, junto con los intereses e indexación a que haya lugar. También solicita que se pague una indemnización por concepto de perjuicios causados y que se dé cumplimiento a la sentencia de conformidad con los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A. (fls. 5, 6 cdno ppal).

El demandante, como hechos en los cuales fundamenta sus pretensiones, manifiesta que estuvo encargado del empleo de su jefe inmediato, mientras éste estuvo incapacitado, por disposición de la Directora de Fiscalización. Señala que dicho encargo se prolongó por el lapso de once meses y nueve días, espacio de tiempo en el que atendió y cumplió a cabalidad con esa designación.

Explica que como existía una diferencia considerable entre lo devengado en el empleo del cual era titular (Profesional Universitario 340-02) y el del encargo (Jefe de Unidad Código 093 – Grado 01), solicitó el reajuste salarial y prestacional correspondiente, petición que fue resuelta en forma desfavorable por el oficio acusado.

Asevera que dicha negativa le generó *“un perjuicio injustificado, cuya tasación no es inferior al equivalente de 3.000 gramos oro o la que se demuestre en el proceso”* (fl. 6 cdno ppal).

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda (fls. 138, 139 cdno ppal).

Advirtió, en primer lugar, que *“en la Mesa de Trabajo realizada el 12 de junio de 2002, la Subdirectora de Fiscalización de la Dirección Desarrollo Local y Participación Ciudadana Unidad Contraloría – Localidad Rafael Uribe Uribe de Bogotá D.C., dispuso que el actor quedaría ejerciendo las funciones de coordinador del grupo durante la incapacidad del titular señor Ramírez Cabrera. Esta distribución de funciones de coordinación se infiere motivada en asegurar la continuidad en la prestación del servicio, pero no obedece a un encargo propiamente dicho.... que corresponde al nominador. En efecto, la funcionaria que participó en la Mesa Directiva como Subdirectora de Fiscalización no es la nominadora de la entidad, y por lo tanto no era competente para proferir el encargo, y no lo hizo su tarea se contrajo a designar un coordinador, pero no se le otorgó la investidura de Jefe de Unidad que era el cargo temporalmente vacante”* (fl. 134 cdno ppal).

Que a pesar de lo anterior, obran en el expediente actos administrativos suscritos por el Contralor de Bogotá D.C., por medio de los cuales se le asignaron al demandante, por varios periodos, funciones propias del cargo de Jefe de Unidad Local Código 093 – Grado 01 de la Dirección Sector Desarrollo Local y Participación Ciudadana. Decisiones que así no hagan referencia a la figura del encargo *“originan o estructuran esta situación administrativa”*.

Concluyó que al actor *“le asiste el derecho de percibir la diferencia del sueldo existente entre el cargo de Profesional Universitario 340-02 que se encontraba desempeñando y el empleo de Jefe de Unidad Local 093-01 del que fue encargado, únicamente durante los periodos de que hablen las resoluciones expedidas por el señor Contralor del Distrito”* (fl. 136 cdno ppal).

FUNDAMENTO DEL RECURSO

El actor solicita que se revoque parcialmente la sentencia apelada y, en su lugar, se acceda a todas las pretensiones de la demanda (fl. 164 cdno ppal).

Señala que en el sub-lite está demostrado que *“reemplazó a su jefe inmediato durante once (11) meses y nueve (9) días, por incapacidad médica de éste, y que en este lapso el titular del empleo no percibió los salarios y prestaciones del mismo, porque a cambio de ello se le pagó el auxilio o subsidio correspondiente”* (fl. 163 cdno ppal).

Afirma que como no hay duda en que desempeñó real y efectivamente el cargo de Jefe de Unidad, tiene derecho a que se le paguen los salarios y prestaciones que dejó de devengar su titular. Reitera que si está demostrado que *“prestó el servicio correspondiente mientras su jefe inmediato estuvo incapacitado, es incuestionable que lo que en justicia procede es que se le cancelen las diferencias en materia de salarios y prestaciones de todo el tiempo que desempeñó esas funciones superiores, así la administración no haya expedido los actos administrativos para ello sino respecto de una parte del tiempo total de tales servicios”*.

Recalca que los derechos salariales y prestacionales son irrenunciables y que la circunstancia de que haya prestado el servicio *“unas veces*

con acto administrativo que así lo dispuso y en otras, de hecho, no puede significar ni tenerse como renuncia de esos estipendios” (fl. 164 cdno ppal).

Agotado el trámite de rigor de la segunda instancia y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

En este caso se controvierte la legalidad del oficio No. 17200-0378 del 19 de enero de 2004, proferido por la Directora Técnica de Talento Humano de la Contraloría de Bogotá D.C., por medio del cual se denegó al demandante la diferencia salarial y prestacional generada por haber ocupado transitoriamente un cargo de nivel superior.

El actor sostiene, en síntesis, que como está demostrado dentro del expediente que reemplazó por espacio de 11 meses y 9 días a su jefe inmediato, lapso en el cual éste estuvo incapacitado, es incuestionable que lo que en justicia corresponde es el reconocimiento y pago de las diferencias salariales y prestacionales ocasionadas por la prestación de esas funciones superiores, así estas hayan sido asignadas expresamente por la administración respecto de una parte del tiempo y otras de hecho.

La entidad demandada plantea que los actos administrativos por medio de los cuales se materializó la asignación de funciones, en parte del lapso señalado como prestado, no causan erogación alguna, pues no se puede *“cancelar DOBLE SALARIO Y PRESTACIONES SOCIALES cuando el titular del cargo se encontraba en **INCAPACIDAD LABORAL**”* (fl. 177 cdno ppal). Precisa que la prestación del servicio, en el tiempo restante reclamado, no fue asignada mediante la figura del encargo por cuanto la Subdirectora de Fiscalización no tenía la competencia para adoptar esa medida.

En el sub-lite se encuentra acreditado que:

- El señor Ismael Fernando Ramírez Cabrera, Jefe de Unidad Código 093 – Grado 01 y superior jerárquico del actor, estuvo incapacitado por el periodo comprendido entre el 11 de junio de 2002 al 20 de junio de 2003 (fl 52 cdno ppal). Incapacidad que fue cubierta por la E.P.S. Colmena hasta el 21 de diciembre de 2002 y con posterioridad a dicha fecha por el ISS (fl. 51 cdno No. 3), entidad que le reconoció una pensión de invalidez de origen no profesional, con efectos fiscales a partir del 22 de diciembre de 2002 (fls. 46, 103 y ss cdno No. 3 - resolución No. 026882 de 2003).

- Que en los primeros días de la incapacidad referenciada, le fueron asignadas al señor Jhon Javier Torres Jaimes las funciones de Jefe de Unidad (fls. 43, 44 cdno ppal, 13 y ss cdno No. 3, 473 carpeta No 5).

- Concomitantemente con esa decisión, la Subdirectora de Fiscalización de la demandada, mediante Mesa de Trabajo Local No. 021-02 de 12 de junio de 2002, comunicó que el demandante quedaría *“ejerciendo funciones propias de coordinador de este grupo de auditoria, mientras dure la incapacidad del titular doctor FERNANDO RAMÍREZ CABRERA”* (fl. 14 cdno No. 2).

- Luego, el Contralor de Bogota D.C. le asignó al actor las funciones propias del empleo de su jefe inmediato, a través de los siguientes actos administrativos y por los periodos que allí se señalan:

ACTOS ADMINISTRATIVOS	PERIODOS
- Resolución No. 1063 de 8 de agosto de 2002 (fls. 80, 83, 85, 87, 97, 99 cdno ppal).	Del 9 al 23 de agosto de 2002
- Resolución No. 1255 de 17 de septiembre de 2002 (fls. 80, 83, 85, 88, 97, 100 cdno ppal).	Del 17 al 22 de septiembre de 2002
- Resolución No. 1514 de 24 de octubre de 2002 (fls. 80, 83, 85, 90, 97, 101 cdno	Del 23 de octubre al 22 de noviembre de 2002

ppal).	
- Resolución No. 0093 de 21 de enero de 2003 (fls. 80, 83, 85, 93, 97, 102 cdno ppal).	Del 21 de enero al 19 de febrero de 2003

- El demandante no sólo ejerció las funciones asignadas en los periodos referenciados, sino en casi la totalidad del tiempo que permaneció el titular del cargo incapacitado, tal como se evidencia de su participación activa en las mesas de trabajo (cdno No. 2, cdno No. 3, carpeta No. 1, carpeta No. 2) y en la atención que le brindó a los demás asuntos administrativos a su cargo (carpetas Nos. 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10).

- Labor que fue exaltada por funcionarios con los que compartió su trabajo (fls. 88, 89, 90, 91 cdno No. 1 - Presidente de la Comisión de Gobierno, Coordinadora de la Mesa de Trabajo, Comisionados de las Mesas de Trabajo y Director Administrativo de la Red Nacional de Frentes de Seguridad Local), quienes más tarde buscaron impedir el traslado de que fue objeto, movimiento de personal que se hizo efectivo el 19 de mayo de 2003 (fl. 92 cdno No. 1).

Del recuento hecho, la Sala llega a la convicción incontrovertible de que el actor se desempeñó como Jefe de Unidad Código 093 – Grado 01, por el lapso comprendido entre la finalización de la asignación de funciones hecha al señor Jhon Javier Torres Jaimes y la fecha en que se hizo efectivo el traslado referenciado (19 de mayo de 2003), por la incapacidad permanente del titular de ese cargo.

Es necesario precisar que si bien el Contralor de Bogotá D.C. expidió cuatro resoluciones en las cuales le asignó al demandante las funciones propias del jefe inmediato, lo cierto es que tales medidas no eran viables ni proporcionales a las necesidades del servicio, pues, por un lado, tal delegación fue muy corta (aproximadamente dos meses y medio) en comparación con la incapacidad permanente a cubrir (un año y nueve días) y, por otro, la representatividad, responsabilidad y carga laboral asignada a ese cargo, exigían un manejo administrativo ininterrumpido.

Manejo ininterrumpido que se dio en este caso con la designación hecha por la Subdirectora de Fiscalización, a través de la cual se responsabilizó al actor de coordinar el grupo de auditoría, mientras durara “*la incapacidad del titular doctor FERNANDO RAMÍREZ CABRERA*” (fl. 14 cdno No. 2). Coordinación que, después de analizar el extenso material probatorio allegado al expediente, no deja dudas de que tenía implícitas todas las funciones y responsabilidades propias del cargo de Jefe de Unidad Código 093 – Grado 01 (fl. 56 cdno ppal).

Aunque tal nominación es irregular, pues fue hecha por un funcionario sin competencia (Subdirectora de Fiscalización) y sin los elementos formales que configuran una relación legal y reglamentaria (nombramiento, posesión y retribución por sus servicios), lo cierto es que el demandante desempeñó el cargo de Jefe de Unidad con la aquiescencia y la reputación dada por la administración, circunstancias que indujeron a los usuarios internos y externos de la entidad a considerarlo como un funcionario legítimo.

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 irregular¹, desempeñan funciones que corresponden efectivamente a un empleo público debidamente creado² 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 pública³.

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

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

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

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.)

Por lo expuesto, es incuestionable que el actor tiene derecho a percibir la remuneración asignada al cargo Jefe de Unidad Código 093 – Grado 01, pues desempeñó dicho empleo transitoriamente. Remuneración que no se puede entender en este caso como una doble erogación por parte de la administración, por cuanto el titular del cargo no la recibió, pues la incapacidad permanente de que fue objeto estuvo cubierta por la E.P.S. Colmena y el ISS, respectivamente (fl. 51 cdno No. 3).

Así las cosas, se hace imperioso para la Sala acceder a las pretensiones de la demanda, para lo cual revocará parcialmente la decisión del a quo, en cuanto denegó las diferencias salariales y prestacionales generadas en los periodos que no corresponden a las asignaciones de funciones hechas por el Contralor de Bogotá D.C., teniendo en cuenta que el demandante prestó sus servicios como Jefe de Unidad Código 093 – Grado 01, en condición de funcionario de hecho, en el lapso comprendido entre la finalización de la asignación de funciones hecha al señor Jhon Javier Torres Jaimes y la fecha en que se hizo efectivo su traslado (19 de mayo de 2003).

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección “A” administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

REVOCASE PARCIALMENTE la sentencia de nueve (9) de septiembre de dos mil cinco (2005), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el proceso promovido por JORGE ALEJO CALDERON PERILLA contra la CONTRALORIA DE BOGOTA D.C.

En su lugar se dispone:

1. DECLARASE la nulidad del oficio No. 17200-0378 de 19 de enero de 2004, proferido por la Directora Técnica de Talento Humano de la Contraloría de Bogotá D.C.

2. CONDENASE a la Contraloría de Bogotá D.C. a pagar la diferencia salarial y prestacional existente entre el cargo de Profesional Universitario 340-02 y Jefe de Unidad Código 093 – Grado 01, en los periodos no ordenados por el a-quo, teniendo en cuenta que el demandante prestó sus servicios como Jefe de Unidad Código 093 – Grado 01, en condición de funcionario de hecho, en el lapso comprendido entre la finalización de la asignación de funciones hecha al señor Jhon Javier Torres Jaimes y la fecha en que se hizo efectivo su traslado (19 de mayo de 2003).

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

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

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.

3. RECONOCESE a la abogada Johanna Cepeda Amaris como apoderada de la Contraloría de Bogotá D.C., para los efectos y términos del poder obrante a folio 208 del expediente.

La presente providencia se cumplirá conforme a los artículos 176 a 178 del C.C.A.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en sesión de la fecha.

GUSTAVO GOMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCON

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO