

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D. C., septiembre quince (15) de dos mil dieciséis (2016). SE 094

Radicado: 760012331000200504234 01 (1204-2012)

Actor: Hernán Llanos Panesso

Demandado: Hospital Departamental San Rafael ESE Zarzal (Valle del Cauca).

Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Decreto 01 de 1984

La Sala conoce del recurso de apelación interpuesto por las partes demandante y demandada contra la sentencia proferida el 03 de agosto de 2010 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda presentada por Hernán Llanos Panesso contra el Hospital Departamental San Rafael ESE Zarzal (Valle del Cauca).

ANTECEDENTES

El señor Hernán Llanos Panesso, por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, demandó al Hospital Departamental San Rafael ESE Zarzal (Valle del Cauca).

Pretensiones

1. Se declare la nulidad del acto administrativo proferido el 17 de mayo de 2005 que resolvió el derecho de petición presentado el día 16 del mismo mes y año por el demandante.

2. A título de restablecimiento del derecho, se condene a la demandada al reconocimiento y pago de las siguientes acreencias laborales:

- Calzado y vestido de labor de los años 2002, 2003, 2004 y 2005.
- Recargos festivos laborados durante los años 2001 y 2002.

- El incremento y reajuste salarial de los años 2002, 2003, 2004 y 2005 tanto de la asignación básica mensual, como del auxilio de alimentación, transporte y prima de servicios.

- El reajuste de las vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías y de los aportes a la seguridad social integral para las anualidades 2002, 2003, 2004 y 2005.

3. Se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo y se condene en costas a la parte demandada.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los fundamentos fácticos de las pretensiones son los siguientes: (ff. 77 y 78):

1. El señor Hernán Llanos Panesso se vinculó al Hospital Departamental San Rafael ESE Zarzal (Valle del Cauca) como ayudante de estadística a través de la Resolución 039 del 28 de febrero de 1990. A la fecha de presentación de la demanda ocupaba el cargo de auxiliar de información en salud.

2. A partir del año 2002 la entidad omitió reajustar su salario, conforme lo establecen la Constitución Política, la Ley 4ª de 1992 y los decretos de incremento salarial expedidos por el gobierno nacional, para los servidores públicos del orden territorial (2714 de 2001, 693 de 2002, 3573 de 2003, 4177 de 2004 y 941 de 2005).

3. La entidad demandada no ha reconocido ni pagado el valor de las horas extras por los festivos laborados en los años 2001 y 2002 «con el salario real de esos años» y tampoco entregó la dotación de calzado y vestido de labor correspondiente a los años 2002, 2003, 2004 y 2005.

4. El hospital canceló los salarios y prestaciones sociales durante los años 2002 a 2005 en los términos que se enuncian a continuación, por lo cual adeuda los incrementos salariales de los años 2001, 2002, 2003, 2004 y 2005.

Año	Incremento salarial
2002	No reconoció incremento salarial. El pago de los salarios y prestaciones lo hizo con fundamento en el salario del año 2000, pese a que el gobierno nacional fijó un aumento del 8,04%.
2003	No reconoció incremento salarial. Los salarios y prestaciones sociales de enero a agosto los canceló con el salario del año 2000. Y a partir de septiembre

	con el salario del año 2001. No obstante se estableció un incremento del 6,99%.
2004 y 2005	No reconoció incremento salarial. Los pagos de salarios y prestaciones se efectuaron con el salario del año 2001. Pese a que para el 2004 se fijó un aumento del 5,5% y para el 2005 del 6,0%.

5. El señor Hernán Llanos Panesso presentó derecho de petición en interés general el día 29 de noviembre de 2004 ante la junta directiva del hospital demandado en el que solicitó el reconocimiento y pago del reajuste salarial y las prestaciones sociales de los años 2002 a 2004 el cual no fue contestado por la entidad.

6. El día 16 de mayo de 2005 radicó petición en interés particular por medio de la cual deprecó el pago de los mismos emolumentos pedidos en esta demanda.

7. La anterior petición fue denegada por la entidad, a través del acto administrativo demandado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se invocaron como normas violadas la Constitución Política de 1991, las Leyes 4 de 1992, 41 de 1975, 11 de 1984 y 100 de 1993, los Decretos 2714 de 2001, 693 de 2002, 3573 de 2003, 4177 de 2004, 941 de 2005, 2127 de 1968, 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1850 de 1973, 1042 de 1978, 1045 de 1978, 1978 de 1989, 1919 de 2002 y 111 de 1996.

El demandante señaló que de la lectura del acto administrativo demandado se observa una motivación insuficiente, poca seria, y no acorde a la realidad, así como una interpretación errada del marco legal. Lo anterior por cuanto, el hospital se fundamentó en el artículo 10.º de la Ley 11 de 1984 que versa sobre los eximentes del empleador para suministrar el calzado y vestido de labor para el período siguiente cuando el trabajador no los usa, el cual no era aplicable a la situación del demandante, pues éste no podía utilizar lo que no se le suministró. Así mismo indicó que no hay congruencia entre lo pedido y lo resuelto.

Igualmente manifestó que la entidad actuó sin competencia y con desviación de poder. Al respecto expuso que el gobierno nacional en virtud de las facultades otorgadas por la Ley 4ª de 1992 expidió los Decretos 2714 de 2001, 693 de 2002, 3573 de 2003, 4177 de 2004 y 941 de 2005 que fijaron el aumento salarial para los servidores públicos del orden territorial. No obstante, el representante legal y la junta directiva del hospital de manera unilateral congelaron los gastos de personal (salarios y prestaciones

sociales) desconociendo que tal facultad es propia del legislador y vulnerando con ello, el artículo 53 de la Constitución Política de 1991 y los convenios ratificados por el Estado colombiano con la OIT (Ley 52 de 1939 y 95 de 1952).

Por otra parte, indicó que la entidad fundamentó su actuación en el Decreto-Ley 111 de 1996 y en la Ley 334 del mismo año, y que en tal virtud manifestó que no contaba con las apropiaciones presupuestales para el pago de los incrementos salariales y prestacionales lo que supone la vulneración del deber de incorporar dentro de su presupuesto los emolumentos para cubrir los gastos de carácter laboral. Al respecto citó las sentencias C- 1017 de 2003 y SU- 995 de 1999.

A su juicio, con la expedición del acto administrativo demandado se vulneraron los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que rigen la función administrativa consagrada en el artículo 209 constitucional.

Por último, expresó que con la infracción de las normas mencionadas en este acápite, se afectó no solamente el nivel de vida del demandante, sino también las expectativas de devengar una pensión de jubilación justa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

(ff. 142 a 150)

El Hospital Departamental San Rafael ESE Zarzal (Valle del Cauca) aceptó todos los hechos de la demanda. Al respecto señaló que es cierto que no se han realizado los incrementos salariales referidos por el demandante, que no se han cancelado las horas extras y que tampoco se ha suministrado la dotación de vestido y labor.

En cuanto a las pretensiones advirtió que está de acuerdo con ellas, no obstante, justificó el incumplimiento en los siguientes términos:

- Sobre la omisión en el suministro del calzado y vestido de labor para los años 2001, 2002, 2003, 2004 y 2005 explicó que la entidad no puede compensar tal prestación en dinero porque: i) la dotación debió usarse en el período en que se cumplen las funciones; ii) el artículo 234 de la Ley 789 de 2002 y la Ley 11 de 1984 no permiten compensar la dotación de calzado y vestido de labor en dinero y iii) el artículo 4.º del Decreto 982 de 1984 exime al empleador de entregar la dotación cuando el trabajador no hace uso de la misma.

- En cuanto a las pretensiones relacionadas con el no pago de los incrementos salariales, aceptó que el demandante tiene derecho a ellos, no obstante, expuso que el mismo debe ser aprobado por la junta directiva del hospital mediante acuerdo, lo que no ha sido posible porque el Decreto 111 de 1996 y la Ley 344 del mismo año exigen que cualquier acto administrativo que afecte el presupuesto debe contar con un certificado de disponibilidad presupuestal previo que garantice los recursos suficientes. Y anotó que el hospital no ha podido avalar los incrementos salariales debido a la crisis financiera que atraviesa, por lo que es necesario esperar que la entidad se estabilice económicamente para que pueda proceder a la aprobación de los mismos.

En su escrito la entidad manifestó que está en capacidad de reconocer al señor Hernán Llanos Panesso la suma de \$ 487.608 por concepto de horas extras de las vigencias 2001 y 2002 y que si el demandante considera que se le adeuda una suma superior debe allegar los soportes respectivos.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

- Hernán Llanos Panesso (ff. 208 a 210).

El actor manifestó que al reconocer en la contestación de la demanda que no realizó los incrementos salariales durante cuatro años (2002 a 2005), la entidad aceptó que afectó su mínimo vital y el de su familia ante la pérdida de poder adquisitivo de su salario. Insistió en que los incrementos salariales no pueden depender de la liberalidad del empleador, pues ello implica desconocer prerrogativas constitucionales y legales que protegen a los trabajadores, y adicionalmente trasladar al empleado las consecuencias de una mala administración.

Frente al argumento de la demandada para no incrementar el salario, en atención a sus dificultades financieras, expresó que la entidad incumplió las normas presupuestales al no incluir el rubro que garantizara el pago de los incrementos salariales de ley. En lo demás reiteró los argumentos expuestos en la demanda.

- El Hospital Departamental San Rafael ESE Zarzal (Valle del Cauca) no se pronunció en esta etapa procesal. Tampoco lo hizo el Ministerio Público según constancia secretarial visible en el folio 212 del cuaderno principal.

SENTENCIA APELADA

(ff. 220 a 234)

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca mediante sentencia del 3 de agosto de 2010 declaró la nulidad del acto acusado (oficio del 17 de mayo de 2005). Como consecuencia de lo anterior, ordenó al Hospital Departamental San Rafael ESE Zarzal (Valle del Cauca) liquidar y pagar al demandante los incrementos salariales correspondientes a los años 2002, 2003, 2004 y 2005, así como lo adeudado por concepto de horas extras y trabajo suplementario.

El *a quo* denegó el reconocimiento del calzado y vestido de labor. Al respecto indicó que no se demostró por parte del señor Llanos Panesso que la entidad hubiese omitido el cumplimiento de esta obligación.

- Fondo del asunto:

Luego de realizar un recuento probatorio, advirtió que la entidad adeuda al demandante los incrementos salariales desde el año 2002 al 2005, así como las horas extras y festivos laborados.

Explicó que la retribución salarial va ligada a la subsistencia del trabajador y su familia y garantiza el desarrollo de derechos como la vida, la salud, el trabajo y la seguridad social. Por tanto, consideró que la falta de presupuesto de la entidad o su insolvencia no es una justificación válida para no pagar oportunamente el salario, los incrementos del mismo y en general, los derechos laborales del empleado.

ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN

- El Hospital Departamental San Rafael ESE Zarzal (Valle del Cauca) solicitó revocar en su integridad la sentencia de primera instancia. El recurso de apelación lo sustentó en dos escritos, en los que expresó los argumentos que se resumen a continuación: (ff. 235 a 237 y 242 a 248)

(i) La junta directiva del hospital no aprobó los incrementos salariales.

En primer término señaló que el tribunal dio por acreditado, sin ser cierto, que la junta directiva de la ESE mediante varios acuerdos¹ aprobó los incrementos salariales correspondientes a los años 2002, 2003, 2004 y 2005. Advirtió que las pruebas allegadas al proceso permiten establecer que tal afirmación no es válida. En ese sentido citó el contenido del certificado expedido por la tecnóloga en administración del hospital de fecha 16 de marzo de 2006 y el oficio 100-2009 del 9 de enero de 2009.

¹ No los identifica.

A modo de explicación, agregó que el *a quo*, para arribar a tal conclusión se basó en unos documentos allegados por la parte demandante, respecto de los cuales la entidad desconoce su origen, como quiera que no provienen de ésta. En tal virtud, sostuvo que el hospital no podía aplicar los incrementos salariales porque no habían sido aprobados por la junta directiva del mismo.

Adicionalmente mencionó que la entidad fue sancionada por la oficina del trabajo² de Roldanillo (Valle del Cauca) por el retardo en el pago de los salarios y no por omitir reconocer el incremento salarial.

(ii) El Tribunal ordenó pagar horas extras y trabajo suplementario sin que ello hubiese sido pedido en la demanda.

En lo atinente a este punto explicó que al revisar las pretensiones del escrito introductor se observa que en ellas no se incluyó petición alguna dirigida al reconocimiento de horas extras y trabajo suplementario que fue ordenado por el Tribunal.

Al respecto expuso que el demandante a título de restablecimiento del derecho, solicitó el reconocimiento, liquidación y pago de las siguientes acreencias laborales: pago del calzado y vestido de labor de los años 2002 a 2005; el valor de los recargos festivos laborados durante los años 2001 y 2002; el incremento y el reajuste salarial del año 2002 tanto de la asignación básica mensual, como del auxilio de alimentación, transporte y la prima de servicios; el reajuste de las vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías y de los aportes a la seguridad social integral para los regímenes de pensión, salud y riesgos profesionales del año 2002.

(iii) El demandante no señaló con exactitud los artículos de las normas mencionadas que consideró como vulnerados y sobre los cuales pueda edificarse la responsabilidad del hospital.

En lo atinente a este aspecto, indicó que al estudiar el acápite de la demanda referido a las normas violadas y el concepto de violación se observa que el actor hace una relación de unas normas que regulan a los servidores públicos del orden nacional, y que no son aplicables a los servidores públicos de las empresas sociales del Estado del orden territorial como el hospital.

Adicionalmente precisó que la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho indica que se debe determinar con total claridad y exactitud las normas vulneradas, lo cual no ocurrió en el *sub lite*, en el cual el actor no indicó norma específica de donde se pueda inferir que la ESE le vulneró algún derecho.

² No especificó la entidad a la que pertenece la oficina.

iv) Sobre la procedencia del incremento salarial cuando no se cuenta con disponibilidad presupuestal.

En lo atinente a este punto, citó los párrafos 1.º y 2.º del artículo 21 de la Ley 344 de 1996 relacionados con el incremento salarial en las ESE y con la prohibición a los empleados públicos de generar gastos que desborden el presupuesto de las entidades. En este punto refirió además jurisprudencia del Consejo de Estado y del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en la que se ha precisado que cuando la entidad pública tiene déficit presupuestal, no es posible desconocer las directrices presupuestales a efectos de otorgar un incremento salarial.

En ese sentido, manifestó que las ejecuciones presupuestales de ingresos de las vigencias 2002, 2003, 2004 y 2005, los balances generales consolidados y los estados de actividad financiera, económica y social del mismo periodo allegados al plenario, permiten evidenciar que la entidad no contaba con disponibilidad presupuestal, toda vez que presentaba un déficit acumulado año tras año, y que en tal virtud no podía reconocer incrementos salariales a sus empleados.

- Hernán Llanos Panesso (ff. 263 y 264).

La parte demandante apeló la sentencia solamente en lo que respecta a la decisión del *a quo* de negar el reconocimiento al pago de la dotación y vestido de labor para los años 2002, 2003, 2004 y 2005. En ese sentido señaló que no comparte la apreciación del tribunal, según la cual dichas pretensiones no podían prosperar por cuanto no se demostró dentro del proceso la omisión en el pago por parte de la entidad demandada.

Al respecto expuso que para el trabajador era un imposible jurídico acreditar la omisión, como quiera que los hechos negativos no se pueden probar y que en tal virtud era la entidad demandada la llamada a demostrar que cumplió con esa carga en calidad de empleador, lo cual debió hacer con las constancias de entrega del calzado y vestido de labor de los años 2002 al 2005. Agregó que esa carga procesal le incumbía a la entidad quien tenía en su poder tales documentos, los cuales por demás fueron solicitados como prueba en la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Ni el señor Hernán Llanos Panesso ni el Hospital Departamental San Rafael ESE Zarzal (Valle del Cauca) se pronunciaron en esta etapa procesal, según constancia secretarial visible en el folio 322 del expediente.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

(ff. 311 a 321)

La Procuraduría Tercera Delegada ante el Consejo de Estado solicitó confirmar la sentencia apelada con fundamento en lo dispuesto en los artículos 58 de la Constitución Política, 195 de la Ley 100 de 1993 y 16 y 18 del Decreto 1570 de 2003, que determinan la obligación de respetar los derechos adquiridos y señalan (las dos últimas normas) que el régimen salarial y prestacional de los empleados de las ESE es el establecido para los del nivel nacional.

El Ministerio Público citó jurisprudencia del año 2007 proferida por esta corporación en la que se indicó que estos servidores públicos deben tener un régimen salarial especial que defina rangos salariales máximos y mínimos, el cual debe aplicarse de acuerdo con la disponibilidad presupuestal de las entidades de salud del orden territorial.

La Procuraduría consideró que en el presente caso, se demostró que la entidad demandada adeuda los conceptos pretendidos por el accionante, respecto de los cuales advirtió, no es posible justificar su incumplimiento bajo el argumento de la falta de disponibilidad presupuestal, puesto que no es dable desatender las obligaciones laborales con fundamento en una crisis financiera, pues ello implicaría el desconocimiento de las garantías y derechos adquiridos del trabajador.

Así mismo estimó que al demandante le asiste el derecho al reconocimiento de la dotación del vestido y calzado de labor, como quiera que cumple con los requisitos señalados en el artículo 3.º del Decreto 1978 de 1989, esto es, haber laborado para la respectiva entidad por lo menos tres (3) meses en forma ininterrumpida, antes de la fecha de cada suministro, y devengar una remuneración mensual inferior a dos (2) veces el salario mínimo legal vigente.

Por último, expresó que el actor - a diferencia de lo asegurado por la entidad en el escrito de apelación-, sí solicitó dentro de las pretensiones el reconocimiento de las horas extras y el trabajo suplementario.

CONSIDERACIONES

Cuestión previa.

Previo a decidir el fondo del asunto, la Sala analizará si la demanda cumple el requisito establecido en el numeral 4.º del artículo 137 del CCA, esto es, si en la misma el demandante señaló con exactitud las normas vulneradas y el concepto de violación, toda vez que de no ser así, habría lugar a declarar la ineptitud sustantiva de la demanda.

Pues bien, en el escrito introductor se solicita la nulidad del acto administrativo proferido el 17 de mayo de 2005 por medio del cual se negó el pago de varias acreencias laborales entre las que se encuentran la dotación de calzado y vestido de labor, recargos festivos, incremento salarial y, como consecuencia de estos el reajuste de las prestaciones sociales.

Revisada la demanda la Subsección encuentra que el demandante invocó como normas violadas la Constitución Política de 1991 y señala específicamente el artículo 53 de la misma y los convenios ratificados por el Estado colombiano con la OIT (Ley 52 de 1939 y 95 de 1952). Normas que consideró vulneradas porque el hospital congeló sus salarios y prestaciones sociales de forma unilateral, lo que, a su juicio, va en detrimento de las garantías establecidas para los trabajadores en dichas disposiciones. Así mismo, el demandante señaló que tal actuación vulnera el artículo 209 constitucional porque no atiende los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que rigen la función administrativa.

También en la demanda se invocó la vulneración de la Ley 4ª de 1992. Sobre el particular indicó el demandante que la entidad actuó sin competencia y con desviación de poder porque desconoció el incremento salarial fijado por el gobierno nacional en virtud de las facultades otorgadas por dicha norma en los Decretos 2714 de 2001, 693 de 2002, 3573 de 2003, 4177 de 2004 y 941 de 2005 aplicables a los servidores públicos del orden territorial.

De igual manera el señor Llanos Panesso, en lo que respecta a la dotación de calzado y vestido de labor, manifestó que la entidad pretendió aplicar el artículo 10.º de la Ley 11 de 1984 que versa sobre los eximentes del empleador para suministrarla cuando el trabajador no la usa, y señaló que dicha norma no era aplicable a su caso porque no podía utilizar lo que no se le entregó.

Así mismo, el demandante afirmó que la entidad apoyó su actuación en el contenido del Decreto-Ley 111 de 1996 y en la Ley 334 del mismo año con lo cual desconoció el deber de incorporar dentro de su presupuesto los emolumentos para cubrir los gastos de carácter laboral y citó, como parte del argumento, el contenido de las sentencias C- 1017 de 2003 y SU- 995 de 1999.

Conforme a lo expuesto, la Subsección encuentra que el demandante sí cumplió con el requisito establecido en el numeral 4.º del artículo 137 del CCA por cuanto explicó debidamente las razones por las cuales el acto administrativo demandado vulneró sus derechos laborales como servidor público.

Ahora, si bien es cierto en la demanda se enunciaron varias normas respecto de las cuales el demandante no emitió concepto alguno (Leyes 41 de 1975, 11 de 1984 y 100 de 1993, Decretos 2127 de 1968, 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1850 de 1973, 1042 de 1978, 1045 de 1978, 1978 de 1989 y 1919 de 2002), ello no impide que se haga un pronunciamiento de fondo en el *sub examine* por cuanto lo expuesto en la demanda sobre la vulneración de sus derechos laborales es suficiente para estudiar la legalidad del acto enjuiciado.

Problemas jurídicos

Los problemas jurídicos que se deben resolver en esta instancia, se resumen en las siguientes preguntas:

1. ¿Cuál es el régimen salarial y prestacional que rige a los empleados públicos del Hospital Departamental San Rafael ESE Zarzal del Valle del Cauca?
2. ¿La junta directiva de la ESE demandada debía obligatoriamente incrementar el salario del señor Hernán Llanos Panesso conforme los decretos que para el efecto expide anualmente el gobierno nacional?
3. ¿El señor Hernán Llanos Panesso solicitó dentro de la demanda el pago de las horas extras y el trabajo suplementario?
4. ¿Tiene el señor Hernán Llanos Panesso derecho al reconocimiento de la dotación y vestido de labor? de ser así; ¿cómo debe hacerse el pago?

En el estudio del primer problema jurídico se analizará: **(i)** Competencia para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos del orden territorial y; **(ii)** régimen salarial y prestacional de los trabajadores y empleados del sector salud.

Para contestar el segundo problema jurídico se referirá la Sala a lo siguiente: **(i)** Competencia de las juntas directivas de las ESE para aplicar el incremento salarial fijado por el gobierno nacional a los empleados públicos; **(ii)** el derecho de los servidores públicos a la remuneración mínima vital y móvil y; **(iii)** incremento salarial de los servidores públicos. Obligatoriedad.

Por último, se analizará el contenido de las pretensiones de la demanda para efectos de resolver el tercer problema jurídico y se estudiará con respecto al cuarto, el derecho de los servidores públicos al calzado y vestido de labor y la carga de la prueba con relación a las negaciones indefinidas.

1. Competencia para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos del orden territorial.

La Constitución de 1991 estableció en el artículo 150, numeral 19, literal e), que corresponde al congreso dictar normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno para regular, entre otras materias, el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del congreso nacional y de la fuerza pública.

De esta manera, se determinó una competencia compartida entre el legislador y el ejecutivo en la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos así: (i) el congreso determinó unos marcos generales y unos lineamientos que le circunscriben al ejecutivo la forma cómo debe regular la materia y; (ii) corresponde al gobierno nacional desarrollar la actividad reguladora. En otras palabras, este debe establecer directamente los salarios y prestaciones sociales de todos los empleados públicos con fundamento en los criterios que para el efecto señale el legislador.

Con respecto al régimen prestacional y salarial de los empleados públicos del orden territorial, el Congreso de la República en ejercicio de la competencia descrita en el artículo 12 de la Ley 4ª de 1992, dispuso:

«[...] El régimen prestacional de los servidores públicos de las Entidades Territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente Ley.

En consecuencia, no podrán las Corporaciones Públicas Territoriales arrogarse esta facultad.

PARAGRAFO.- El Gobierno señalará el límite máximo salarial de estos servidores guardando equivalencias con cargos similares en el orden nacional [...]» (Resaltado de la Sala).

De acuerdo con la norma citada, el gobierno nacional tiene la competencia para establecer el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos del orden territorial, quien debe expedirlo con atención al marco que le fije el Congreso de la República. Queda claro entonces que tal competencia no puede ser asumida por las corporaciones públicas territoriales.

Ahora, a estas (asambleas departamentales y concejos municipales) les corresponde - conforme a lo dispuesto por los artículos 300 ordinal 7.º y 313 ordinal 6.º de la Constitución Política- fijar la escala salarial de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos dentro de su jurisdicción. Por su parte, a los gobernadores y alcaldes les compete determinar los emolumentos de los empleos de sus dependencias (artículos 305 ordinal 7.º y 315 ordinal 7.º de la Constitución).

No obstante, ambas autoridades territoriales deben ejercer tales competencias sin desconocer lo señalado en el párrafo del artículo 12 de la Ley 4ª de 1992, esto es, con respeto al límite máximo salarial fijado por el Gobierno Nacional³.

En conclusión: En la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos del orden territorial corresponde al Congreso de la República señalar los principios y parámetros generales que ha de tener en cuenta el ejecutivo en la determinación de este régimen.

Con fundamento en lo anterior, le compete al gobierno nacional determinar el régimen salarial y prestacional y señalar los límites máximos de los salarios de los empleados del orden territorial.

A las asambleas departamentales y a los concejos municipales les incumbe establecer las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias, según la categoría del empleo de que se trate y con respeto de los límites máximos fijados por el gobierno nacional.

Y finalmente, los gobernadores y alcaldes deben fijar los emolumentos de los empleos de sus dependencias, teniendo en cuenta las estipulaciones que para el efecto dicten las asambleas departamentales y concejos municipales, en las ordenanzas y acuerdos correspondientes⁴.

2. Régimen salarial y prestacional de los trabajadores y empleados del sector salud.

En el artículo 48 de la Constitución Política de 1991 se indicó que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio, cuya dirección, coordinación y control es competencia del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

³ Sentencia C-315 de 1995.

⁴ Sentencia C- 510 de 1999.

En concordancia con lo anterior, los artículos 150 y 152 de la misma normativa otorgaron al Congreso de la República la facultad para expedir leyes que regulen la prestación de los servicios públicos, entre los que se encuentra el de la salud³.

Con fundamento en ello, se expidió la Ley 100 de 1993 con la cual se creó el sistema general de seguridad social integral. La ley en mención, dispuso que los servicios de salud deben ser prestados en forma directa por la nación o las entidades territoriales a través de las empresas sociales del Estado conforme lo señala el artículo 194 de la misma normativa:

“[...] ARTÍCULO 194. NATURALEZA. La prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, **se hará principalmente a través de las Empresas Sociales del Estado**, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo [...]” (Subraya de la Sala).

Así las cosas, compete al Congreso de la República crear las ESE de carácter nacional y a las asambleas y concejos municipales las del nivel territorial, las cuales en ambos casos, son entidades descentralizadas que gozan de autonomía administrativa y patrimonio propio⁵.

La Ley 100 de 1993 también determinó el régimen laboral aplicable a los servidores públicos vinculados a las ESE. Al respecto el artículo 195 señaló:

«[...] ARTÍCULO. 195.-Régimen jurídico. Las empresas sociales de salud se someterán al siguiente régimen jurídico:

(...)

5. Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, **conforme a las reglas del capítulo IV de la Ley 10 de 1990** [...]». (Resaltado fuera de texto)

De conformidad con la norma transcrita el régimen laboral tanto de los trabajadores oficiales como de los empleados públicos de las ESE es el establecido en el capítulo IV de la Ley 10 de 1990. Esta norma clasificó en trabajadores oficiales a quienes ocupen cargos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales y a los demás servidores en empleados públicos (artículo 26).

³ Al respecto pueden verse las sentencias de la Corte Constitucional T-999-2008; T-1024-2010 y T-195-2011.

⁵ Ver sentencia C- 665 de 2000, en la que se indicó que la función primordial de las empresas sociales del Estado, no consiste en el cumplimiento de tareas administrativas en un sentido general, sino que radica ante todo en la prestación del servicio público de salud.

El artículo citado fue reglamentado por el Decreto 1876 del 3 de agosto de 1994⁴, el cual señaló en el artículo 17 el régimen del personal que se vincule a las ESE advirtiendo que «[...] tendrán el carácter de empleados públicos o trabajadores oficiales, en los términos establecidos en el artículo 674 del Decreto-ley 1298 de 1994 [...]». A su vez, el decreto-ley en mención, en el artículo aludido clasificó a los empleados públicos y los trabajadores oficiales.

Ahora, la Ley 10 de 1990 en el artículo 30 fijó el régimen laboral de los trabajadores oficiales y de los empleados públicos de las ESE de la siguiente manera:

*«[...] Artículo 30º.- Régimen de los trabajadores oficiales y de los empleados públicos. Las entidades públicas de cualquier nivel administrativo que presten servicios de salud, aplicarán a sus trabajadores oficiales, en cuanto sean compatibles, los principios y reglas propios del régimen de carrera administrativa, y les reconocerán, como mínimo, el régimen prestacional previsto en el Decreto 3135 de 1968, todo, sin perjuicio de lo que contemplen las convenciones colectivas de trabajo. **A los empleados públicos del sector de la salud de las entidades territoriales y de sus entes descentralizados, se les aplicará el mismo régimen prestacional de los empleados públicos del orden nacional, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 17 de la presente Ley [...]**»* (Subraya fuera de texto).

Por su parte, el artículo 17 de la misma disposición indicó en el inciso primero que a los empleados y trabajadores, se les aplicará el régimen salarial y prestacional propio de la respectiva entidad.

De esta manera, en lo que corresponde a los empleados públicos vinculados a las entidades prestadoras de los servicios de salud, el régimen de administración de su personal, salarial y prestacional que los rige es el mismo que se estableció para los empleados públicos del orden nacional. Lo que implica que las entidades territoriales deben, para el efecto, sujetarse a las competencias explicadas en el acápite anterior.

En conclusión:

La Ley 100 de 1993 dispuso que los servicios de salud deben ser prestados en forma directa por la nación o las entidades territoriales a través de las empresas sociales del Estado, las cuales, de acuerdo con lo señalado en el artículo 194 de la misma normativa, deben ser creadas por el Congreso de la República, las asambleas o concejos municipales y son entidades descentralizadas que gozan de autonomía administrativa y patrimonio propio.

⁴ Posteriormente aclarado por el Decreto 1621 del 25 de septiembre de 1995.

La aludida norma determinó en el artículo 195 que el régimen laboral aplicable a los servidores públicos vinculados a las ESE es el establecido en el capítulo IV de la Ley 10 de 1990, disposición que señala que es el mismo que rige la situación de los empleados públicos del orden nacional.

3. Competencia de las juntas directivas de las ESE para aplicar el incremento salarial fijado por el gobierno nacional para sus empleados públicos.

Conforme se expuso en precedencia, el artículo 194 de la Ley 100 de 1993 señaló que las empresas sociales del Estado constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa. A su vez el artículo 68 de la Ley 489 de 1998 señala:

«[...] **Artículo 68º.- Entidades descentralizadas.** Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, **las empresas sociales del Estado** [...].»

El régimen salarial de los empleados públicos del orden territorial se fija de manera concurrente con la intervención del Congreso, el gobierno nacional, el concejo municipal o la asamblea departamental y el alcalde o el gobernador, según sea el caso. Estos últimos, de acuerdo a lo que se explicó, son los encargados de fijar los emolumentos de los empleos de sus dependencias, teniendo en cuenta las estipulaciones que para el efecto dicten las asambleas departamentales y concejos municipales.

Ahora, cuando de entidades descentralizadas del orden territorial se trata, también existe tal concurrencia, no obstante, en estas el rol del alcalde o del gobernador lo ejercen sus juntas directivas, en razón a la autonomía con que cuentan, pero deben hacerlo con respeto del límite máximo establecido por el gobierno nacional, pues solo a éste le compete determinar el régimen salarial y prestacional de los empleados del orden territorial, según el mandato del artículo 12 de la Ley 4ª de 1992.

La anterior posición fue fijada por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta corporación en el concepto 1393 de 2002⁶ que ratificó el emitido en el año 1999 con radicación 1220. Al respecto, la Sala indicó:

⁶ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce. Bogotá D.C., 18 de julio de 2002. Radicación: 139. Actor: Ministro del Interior. Referencia: Distrito Capital. Régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.

«[...] e) El régimen salarial de los empleados públicos de las entidades descentralizadas del Distrito también se fija de manera concurrente, con la intervención del Congreso, el gobierno nacional, y las juntas directivas de tales entes, según se analizó.

f) El límite máximo salarial de todos los servidores públicos de las entidades territoriales y de sus entes descentralizados por servicios, es establecido por el gobierno guardando equivalencias con cargos similares del orden nacional, de manera que aquéllas no pueden desbordar ese marco (...)

En este sentido y con referencia a otro de los puntos de la Consulta, advierte **la Sala que las juntas directivas de las entidades descentralizadas del orden distrital, tienen autonomía para fijar el régimen salarial de sus empleados públicos, con respeto del límite máximo establecido en el decreto 2714 de 2001 y demás normas relacionadas con la materia - como por ejemplo el decreto 2712 de 1999 -, y con fundamento en los factores salariales determinados por el gobierno nacional para la liquidación de las prestaciones sociales [...]**» (La Sala resalta).

Tal criterio fue reiterado en reciente providencia proferida por la subsección B de esta sección el día 12 de marzo de 2015⁷, en la que se resolvió la demanda de nulidad contra un acuerdo emitido por el municipio de Medellín (Antioquia) que dispuso que los incrementos salariales de los empleados públicos de las entidades descentralizadas del orden territorial debían ser fijados directamente por sus juntas directivas. En aquella ocasión, se señaló, con fundamento en el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil citado, lo siguiente:

«[...] Precisado el régimen legal que regula el caso *sub examine*, se considera que las súplicas de la demanda no están llamadas a prosperar, en la medida en que contrario a lo sostenido por la apoderada del Sindicato accionante, los Concejos de los Municipios tanto Constitucional como legalmente están autorizados para establecer el régimen salarial de sus dependencias primero, sin establecer nuevos factores salariales, porque esta última es una competencia restrictiva del Congreso de la República, y el límite máximo de los emolumentos puede ser el establecido por el Gobierno para el orden Nacional.

Respecto de los entes descentralizados, no tiene competencia el Concejo Municipal, sino su Junta Directiva, siguiendo además de los citados lineamientos la situación financiera de las empresas o sociedades de economía mixta que se trate.

(...)

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Bogotá, D.C., doce (12) de marzo de dos mil quince (2015). Radicación: 05001-23-31-000-2006-03028-01(1463-14). Actor: Asociación de Empleados y Trabajadores de Metrosalud (ASMETROSALUD). Demandado: Concejo municipal de Medellín.

Competencia para la fijación del incremento salarial de servidores públicos de las Empresas Sociales del Estado – E.S.E. del Orden Territorial.-
(...)

Así las cosas, tal como lo sostuvo el A-quo, de acuerdo con las normas que rigen las Empresas Sociales del Estado del orden Territorial, es claro, que tal como lo estableció el Acuerdo N° 55 de 2005 en el artículo 3° demandado, **corresponde a las Juntas Directivas de estas entidades fijar el incremento salarial de acuerdo al presupuesto y sin exceder los límites determinados por el Gobierno Nacional.** [...]»

De otro lado, el artículo 83 de la Ley 489 de 1998 determinó el régimen al que las empresas sociales del Estado deben sujetarse cuando de prestar el servicio de salud se trata, al indicar:

«[...] **Artículo 83°.- Empresas sociales del Estado.** Las empresas sociales del Estado, creadas por la Nación o por las entidades territoriales para la prestación en forma directa de servicios de salud, **se sujetan al régimen previsto en la Ley 100 de 1993, la Ley 344 de 1996 y en la presente Ley en los aspectos no regulados por dichas leyes** y a las normas que las complementen, sustituyan o adicionen [...]» (Negrilla del Sala).

A su turno, la Ley 344 de 1996 por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público y a la cual remite la disposición transcrita, señala:

«[...] **Artículo 21°.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 5 y el inciso segundo del artículo 123 del Decreto 111 de 1996 (artículo 69 de la Ley 179 de 1994), la programación presupuestal de las instituciones prestadoras de servicios de salud y de las empresas sociales del Estado del orden nacional o territorial **se realizará proyectando los recursos que se espera recaudar por concepto del valor de los servicios producidos,** a las tarifas que determine el Gobierno Nacional.
(...)

Parágrafo 1.º- Una vez realizado el incremento salarial autorizado por el Gobierno Nacional para la vigencia fiscal de 1997, los gastos de funcionamiento y en especial, los costos de las plantas de personal de las instituciones públicas prestadoras de servicios de salud y de las empresas sociales del Estado, sólo podrán ser incrementados teniendo en cuenta el aumento de la venta de los servicios, de conformidad con lo consagrado en el presente artículo.

Parágrafo 2.º- Cuando en las instituciones públicas prestadoras de servicios de salud y en las empresas sociales del Estado se creen gastos en exceso de las apropiaciones vigentes **o con fundamento en ingresos calculados sin atender lo establecido en el presente artículo y,** por tal motivo, el presupuesto de la entidad resulte deficiente, el representante legal y el jefe de presupuesto, así como los funcionarios que aprueben estos gastos, serán responsables disciplinaria y fiscalmente hasta por una cantidad igual al monto del

déficit generado. Texto subrayado declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-432 de 2000 [...]»

La norma mencionada impone la obligación a las empresas sociales del Estado de realizar la programación presupuestal proyectando los recursos que esperan recaudar por concepto del valor de los servicios producidos. Así mismo, prohíbe a estas entidades, fijar gastos que excedan las apropiaciones presupuestales, so pena de que los funcionarios que así lo ordenen, incurran en falta disciplinaria.

En conclusión:

(i) Las juntas directivas de las empresas sociales del Estado tienen la facultad de fijar los incrementos salariales de los empleados públicos que se encuentren vinculados a las mismas. Lo anterior, en consideración a la autonomía con la que cuentan por ser entidades descentralizadas del orden territorial.

El incremento salarial debe realizarse teniendo en cuenta el límite máximo establecido por el gobierno nacional, pues solo a este le compete determinar el régimen salarial y prestacional de los salarios de los empleados del orden territorial, según el mandato del artículo 12 de la Ley 4ª de 1992.

(ii) Las empresas sociales del Estado no pueden fijar gastos que excedan las apropiaciones presupuestales, so pena de que los funcionarios que así lo ordenen, incurran en falta disciplinaria.

4. El derecho de los servidores públicos a la remuneración mínima vital y móvil.

La Constitución Política de 1991 en su preámbulo y en el artículo 1.º reconoce la importancia del derecho al trabajo al concebirlo como un principio fundante del Estado social de derecho en conjunto con otros esenciales como lo son la dignidad humana, la solidaridad y la prevalencia del interés general.

La relevancia del derecho al trabajo lo hace merecedor de una especial protección por parte del Estado la cual se desarrolla, entre otras normas, en el artículo 53 de la carta, que preceptúa:

« [...] **ARTICULO 53.** 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; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

(...)

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, **no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores** [...]» (Resaltado de la Sala).

Precisamente, uno de las garantías que otorga la norma citada es el derecho del trabajador a mantener una remuneración mínima, vital y móvil⁸, la cual hace referencia al mantenimiento del poder adquisitivo real del salario. Este último concepto surgió de la interpretación sistemática reforzada por los convenios internacionales que ha hecho la Corte Constitucional, según la cual tal garantía tiene estrecha relación con la materialización de otros fines, derechos y principios constitucionales.

Así, la jurisprudencia⁹ relaciona el cumplimiento de dicho precepto con el acatamiento de otros deberes y derechos tales como el de construir un orden social justo, la dignidad humana, la solidaridad, la promoción y garantía de la prosperidad y el bienestar general, el mejoramiento de la calidad de vida de las personas, la igualdad real y efectiva; el aseguramiento de la existencia de igualdad de oportunidades para todas las personas, y en particular para las que perciban menores ingresos, de tener acceso efectivo a los bienes y servicios básicos, entre otros.

Ahora, debe decirse que el derecho constitucional a mantener el poder adquisitivo real del salario no tiene un carácter absoluto. Sobre este punto conviene citar la sentencia C- 475 de 1997¹⁰ proferida por la Corte Constitucional en la que se explicó que los derechos constitucionales no son ilimitados en su ejercicio.

En relación con el derecho al trabajo y las garantías que el mismo contiene, la Constitución es clara en señalar que no pueden desmejorarse ni siquiera en estados de emergencia, así lo determina el artículo 215 constitucional al indicar en su inciso final: «*El Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo*». Sin embargo, la jurisprudencia constitucional explicó que ello no implica que el derecho al trabajo sea absoluto con estas precisiones:

⁸ Solo se analizará este aspecto por su relación directa con el caso *sub examine*.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Sentencia C-475 de 1997, magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

«[...] A este respecto, considera la Corte importante insistir en la distinción entre la naturaleza limitable del derecho, consustancial a todos los derechos constitucionales en un Estado Social de Derecho, de un lado, y el desmejoramiento de los derechos sociales, de otro. **La prohibición de desmejora de los derechos sociales de los trabajadores no convierte a dichos derechos en absolutos, ni implica que el derecho a un reajuste para responder a la inflación que afecta a la población en general deba ser reconocido en forma absoluta a todos los servidores públicos, independientemente de su nivel de ingresos**¹¹.[...]»

En conclusión:

De lo expuesto se puede deducir que: **(i)** El derecho al trabajo goza de una especial protección por parte del Estado la cual se desarrolla, entre otras normas, en el artículo 53 de la carta; **(ii)** una de las garantías señaladas en dicha normativa consiste en que el trabajador mantenga una remuneración mínima, vital y móvil, lo que se traduce en conservar el poder adquisitivo de su salario y; **(iii)** el derecho al reajuste del salario de los servidores públicos no es absoluto, pues depende de su nivel de ingresos.

Por lo anterior debe precisarse cuándo es obligatorio el incremento salarial en los servidores públicos, para posteriormente pasar al análisis del caso concreto.

4.1 Incremento salarial de los servidores públicos. Obligatoriedad.

En sentencia C-1433 de 2000, la Corte Constitucional definió la inexecutable del artículo 2.º de la Ley 547 de 1999 por la cual se expidió el «*presupuesto de rentas y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal de 2000*», norma que fue demandada porque el legislador no previó el aumento salarial para todos los servidores públicos, sino solo a favor de quienes devengarán menos de dos salarios mínimos.

En aquella oportunidad, la Corte Constitucional decidió que todos los servidores públicos tenían el derecho a mantener el poder adquisitivo del salario por lo que el mismo debía ser reajustado anualmente con base en la inflación causada en el año inmediatamente anterior, con lo cual, fijó un método específico y una fórmula precisa de indexación salarial con base en el índice de precios al consumidor.

En tal virtud, la Corporación consideró que aumentar el salario mínimo de los servidores públicos que solo percibían menos de dos salarios mínimos mensuales rompía el principio de igualdad en la medida en que la situación de todos los trabajadores estaba igualmente afectada por las circunstancias

¹¹ Sentencia C- 1064 de 2001.

económicas y, en especial, por el fenómeno inflacionario. En consecuencia, concluyó la corte que «[...] si el Estado debe preservar el valor real del salario, como se ha visto, no existe fundamento razonable para que solamente en relación con determinados servidores se logre este propósito y en cambio se desatienda con respecto a otros [...]».

Posteriormente, la Corte Constitucional emitió la sentencia C-1064 de 2001 mediante la cual avaló las consideraciones expuestas en la sentencia C-1433 de 2000 empero, se apartó de las conclusiones que en ella se plasmaron con respecto al reconocimiento del derecho a mantener el poder adquisitivo de los salarios con fundamento solamente en la base de la inflación del año anterior.

Al respecto, señaló la corte que tal orden es incompatible con otros precedentes de la propia corporación y específicamente con la *ratio decidendi* de las sentencias C-710 de 1999 y C-815 de 1999 puesto que estas no limitaron como único criterio para el incremento salarial la base de inflación del año anterior, sino que consideraron que tal medida dependía de una ponderación de un conjunto de factores sociales y económicos y no solo de éste.

En la sentencia C-1064 de 2001 la Corte consideró también, que la sentencia C-1433 de 2000 se separó del precedente jurisprudencial de dicha corporación que concibe el derecho a la igualdad bajo un criterio material o sustancial según el cual «*hay que tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales*¹²».

En efecto, se indicó en la providencia que la corporación desconoció tal precepto al manifestar en la sentencia C-1433 de 2000 que el derecho a la igualdad impedía que se aumentara a algunos servidores públicos el salario y a otros no porque todos eran igualmente afectados por el fenómeno inflacionario, con lo cual aplicó un criterio matemático y no el material o sustancial citado.

También manifestó la corte en la sentencia C-1064 de 2001 que al reconocer como regla general que se debe aumentar el salario a todos los servidores públicos sin excepción, se desconoce el principio según el cual los derechos no son absolutos. En esa medida, se explicó que el derecho a mantener el poder adquisitivo del salario es relativo y por tanto, puede ser limitado por razones constitucionales justificadas y con ponderación de otros derechos, fines y principios constitucionales. Se permite la Sala citar la conclusión a la que llegó la Corte Constitucional en el fallo analizado:

¹² Corte Constitucional, sentencias C-171 de 1993 magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa, C-183 de 1998, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, y C-327 de 1999, magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz.

« [...] 5.1.2.5 En conclusión, en la presente sentencia la Corte **reitera la principal premisa de la sentencia C-1433 de 2000 según la cual la Constitución protege un derecho a mantener la capacidad adquisitiva del salario.** Sin embargo, se aparta de dicha sentencia en varios aspectos, precisamente para respetar otros precedentes - que la C-1433 de 2000 no siguió - sobre cuestiones constitucionales medulares al momento de resolver el problema jurídico que ha planteado el demandante. Así, (i) no impartirá una orden específica contentiva de una fórmula única para aumentar los salarios de todos los servidores públicos, (ii) ni aplicará un concepto formal y matemático del principio de igualdad, (iii) ni sujetará la ley de presupuesto principalmente a la Ley 4 de 1992, (iv) ni se partirá de la premisa según la cual los derechos son absolutos, (v) ni se abstendrá de ponderar otros derechos y fines constitucionales, analizados a la luz del contexto constitucional y real colombiano [...].».

Una vez expuesto lo anterior, la corte analizó entonces cuál es el criterio a tener en cuenta para efectos de los incrementos salariales de los servidores públicos, considerando para ello la diferenciación entre unos y otros por lo que perciben salarialmente (criterio material o sustancial del derecho a la igualdad).

Sobre dicho aspecto, advirtió que, ante la falta de regulación relacionada con el criterio que debe tenerse en cuenta al momento de incrementar los salarios de los servidores públicos se debe acudir directamente a la Constitución. De esta manera, señaló que necesariamente debe diferenciarse qué servidores públicos por su nivel salarial, tienen una protección reforzada al momento de fijar el aumento.

Así, determinó que son sujetos de protección reforzada quienes perciben un salario menor al del promedio general, por lo que el derecho a mantener el poder adquisitivo real del salario se torna en intangible, esto es, no puede ser tocado ni limitado. Las razones de esta decisión son las siguientes:

«[...] Primero, como lo indica la propia Carta Política en su artículo 334, uno de los fines por los que debe propender el Estado cuando interviene en la economía es **“asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos.” Este mandato se suma a la especial protección que debe brindarse al mínimo vital de los trabajadores en un Estado social de derecho,** tal y como fue expuesto anteriormente.

[...] El mantenimiento real del poder adquisitivo del salario de los servidores públicos de más bajos ingresos, aún en circunstancias extraordinarias, cumple cabalmente con este mandato, pues propende cerrar la creciente brecha que distancia a aquellos que ganan menos de quienes ganan más.

Tercero, **el no mantener el poder adquisitivo del salario de los servidores públicos con menores ingresos puede afectar de manera considerable su derecho y el de las personas que dependen económicamente de ellos, a tener una vida digna** (art.

1 de la CP), pues precisamente se trata de la población que es más vulnerable a situaciones económicas críticas.

La cuarta razón tiene que ver con las finalidades sociales del Estado. Dadas las condiciones ponderadas y los argumentos esgrimidos en el presente caso, la justificación por la que se podría limitar el derecho en cuestión para los que se encuentran en las escalas salariales superiores, es el mandato al Estado de destinar prioritariamente recursos para atender sus deberes sociales para con los más necesitados (art. 366 de la CP). **El grupo de servidores públicos con menores ingresos, junto a sus familiares, hacen parte, precisamente, de ese grupo de personas que constitucionalmente merecen una protección especial en un Estado Social de Derecho,** particularmente en situaciones económicas como las que se han vivido en los últimos tres años.

Así pues, este primer grupo de trabajadores tiene derecho a que se les aumente su salario, no sólo nominalmente sino de forma tal que se mantenga el poder adquisitivo real del mismo. Para tal efecto debe tenerse como criterio preponderante la inflación. Dicho derecho no debe ser limitado respecto de quienes ganan un salario inferior al promedio ponderado mencionado [...]»
(Subraya de la Sala).

Contrario a lo definido para esta clase de servidores, se consideró que los que devengan los salarios más altos no deben recibir una protección constitucional reforzada, pues no tienen una situación tan gravosa. No obstante lo anterior, y a pesar de que se aceptó la posibilidad de limitar su derecho al incremento salarial, la corte advirtió que la limitación no implica el desconocimiento total, por lo que señaló que no es posible dejar de reconocer algún porcentaje que garantice a estos el derecho a conservar el poder adquisitivo de su salario.

Las precitadas conclusiones encuentran igualmente su fundamento en la necesidad de garantizar el mínimo vital de los servidores públicos entendido este como «aquella parte del ingreso del trabajador destinado a solventar sus necesidades básicas y del núcleo familiar dependiente, tales como alimentación, vivienda, salud, educación, recreación, servicios públicos domiciliarios, entre otras prerrogativas que se encuentran previstas expresamente en la Constitución Nacional y que además, posibilitan el mantenimiento de la dignidad del individuo como principio fundante del ordenamiento jurídico constitucional »¹³.

Por otra parte, es importante recordar que el mínimo vital no debe confundirse o equipararse con el concepto de salario mínimo, puesto que el primero depende de las condiciones particulares en que se encuentra cada persona y su grupo familiar. Sobre el particular se ha dicho:

¹³ Sentencia SU-995 de 1999 magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz y sentencia T-944 de 2004 magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis.

«[...] el concepto de mínimo vital del trabajador no debe confundirse con la noción de salario mínimo, como quiera que la “*garantía de percibir los salarios y las demás acreencias laborales, se asienta en una valoración cualitativa, antes que en una consideración meramente cuantitativa*”¹⁴. **De ahí pues, que la valoración del mínimo vital corresponde a las condiciones especiales de cada caso concreto y no al monto de las sumas adeudadas** o a “*una valoración numérica de las necesidades biológicas mínimas por satisfacer para subsistir, sino con la apreciación material del valor de su trabajo [...]*»¹⁵.

En conclusión:

Los servidores públicos tienen derecho a mantener el poder adquisitivo real de su salario, por lo que respecto de todos, sin distinción, procede el incremento salarial.

Ahora, el mismo debe atender al derecho de igualdad desde su concepción material o sustancial «*hay que tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales*». Lo que implica que para efectos de los incrementos salariales de los servidores públicos, es necesario tener en cuenta la diferenciación salarial entre unos y otros a fin de determinar cuáles de ellos (por sus ingresos más bajos) tienen una protección reforzada y por ende su derecho no puede ser restringido.

Finalmente, en lo que respecta a los servidores públicos que devengan los salarios más altos, a pesar de que se aceptó la posibilidad de limitar su derecho al incremento salarial, tal limitación no implica el desconocimiento total, por lo que se debe reconocer algún porcentaje que garantice a estos el derecho a conservar el poder adquisitivo de su salario.

Todo lo anterior pretende proteger el mínimo vital, que en todo caso, no debe confundirse o equipararse con el concepto de salario mínimo, puesto que el primero depende de las condiciones particulares en que se encuentra cada persona y su grupo familiar.

5. Solución al caso concreto

5.1. Sobre la aprobación del incremento salarial para los años 2002, 2003, 2004 y 2005 por parte de la junta directiva del hospital demandado.

El Hospital Departamental San Rafael ESE Zarzal (Valle del Cauca) señaló que el *a quo* dio por acreditado, sin ser cierto, que la entidad mediante varios acuerdos aprobó los incrementos salariales correspondientes a los años 2002, 2003, 2004 y 2005. Sostuvo que el hospital no podía aplicar los

¹⁴ Sentencia SU-995 de 1999 magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz.

¹⁵ *Ibidem*.

incrementos salariales porque no habían sido autorizados por la junta directiva del mismo.

Pues bien, dentro del proceso se demostró que el señor Hernán Llanos Panesso se vinculó al Hospital Departamental San Rafael ESE Zarzal (Valle del Cauca) y tomó posesión en el cargo de ayudante de estadística el día 28 de febrero de 1990 (acta visible en el folio 4 del expediente) y que la entidad no le pagó el incremento salarial correspondiente a los años 2002, 2003, 2004 y 2005, como lo aceptó en la contestación de la demanda.

Sin embargo, no se acreditó que la junta directiva del hospital demandado hubiese aprobado el incremento salarial para los años mencionados. En efecto, y si bien es cierto el demandante allegó unos documentos en los cuales se fija un plan de cargos y asignaciones de la entidad enjuiciada, y se reconoce un incremento salarial para cada periodo de los nombrados, lo cierto es que tal prueba no es suficiente para acreditar que la junta directiva aprobó dicho gasto, como quiera que los documentos mencionados no identifican el número del acuerdo ni la fecha en que fue expedido. Tampoco se encuentran firmados por ningún funcionario de la entidad demandada (ff. 26 a 37 del cuaderno principal).

De hecho, los anteriores documentos no encuentran respaldo en las demás probanzas allegadas al proceso. Así, en la Resolución núm. 034 del 9 de noviembre de 2004 proferida por el Ministerio de la Protección Social¹⁶ se hizo referencia a la declaración rendida por el gerente general de la entidad, en la cual se indicó que «[...] la junta directiva del Hospital San Rafael E.S.E. no ha aprobado dichos aumentos salariales, por lo tanto no puede cancelarlos [...]»¹⁷ refiriéndose a los incrementos salariales de los años 2002 y 2003.

Existe además, certificado suscrito por el contador del hospital en el que afirma que la entidad adeuda al señor Llanos Panesso horas extras, dominicales, recargos y festivos por los años 2001 y 2002, empero nada dice con relación a los incrementos salariales (f. 56, Cuaderno 1). Obra igualmente copia del documento suscrito por el jefe de personal de la entidad demandada en el que informa que el único acuerdo de nivelación salarial data del año 2007. Agrega que para los años 2002, 2003, 2004, 2005 y 2006 no se efectuaron incrementos salariales en favor de los empleados públicos del hospital (f. 22, cuaderno de pruebas).

De acuerdo con lo anterior, para la Subsección es claro que la junta directiva del hospital no aprobó los incrementos salariales para los años que solicita el demandante. Tampoco lo hizo la Asamblea Departamental del Valle del

¹⁶ Por medio de la cual se sancionó al Hospital Departamental San Rafael ESE de Zarzal (Valle del Cauca).

¹⁷ Ver folio 39 del cuaderno 1.

Cauca y así lo manifestó su presidente a través del oficio visible en el folio 1.º del cuaderno de pruebas.

5.2. Obligación de la junta directiva del hospital demandado de fijar el incremento salarial.

La entidad demandada afirmó, que los Decretos 2714 de 2001, 693 de 2002, 3573 de 2003, 4177 de 2004 y 941 de 2005 por medio de los cuales el gobierno nacional fijó el aumento salarial se aplican a los empleados públicos del orden nacional y no a las empresas sociales del Estado del orden territorial como el hospital.

Al respecto, la Subsección encuentra que el salario devengado por el señor Hernán Llanos Panesso para el año 2006 equivalía a la suma de \$ 495.625 (f. 105) valor que, de acuerdo a la demanda y a la contestación, permaneció invariable desde el año 2002 porque no fue incrementado.

Así, se tiene que la cifra es superior al salario mínimo estipulado para los años 2002 (\$309.000), 2003 (\$332.000), 2004 (\$358.000) y 2005 (\$381.500) empero, el salario del demandante no se puede considerar dentro de los salarios altos del sector público, como quiera que no supera los dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En esa medida, y conforme se explicó en precedencia, el señor Llanos Panesso goza de protección reforzada con respecto al incremento salarial, luego el mismo no podía ser limitado por la junta directiva del Hospital Departamental San Rafael ESE Zarzal (Valle del Cauca).

La Subsección debe precisar que si bien es cierto la junta directiva de la ESE demandada es el órgano administrativo con facultad de fijar los incrementos salariales de los empleados públicos que se encuentren vinculados a dicha entidad en consideración a la autonomía con la que cuenta por ser una entidad descentralizada del orden territorial, ello no implica que pueda válidamente dejar de incrementar el salario de sus servidores, porque según se señaló en precedencia todos los servidores públicos, sin excepción, tienen derecho a mantener el poder adquisitivo real de su salario, tal como lo consagra el artículo 53 de la Constitución Política.

En conclusión: Así las cosas, la decisión de fijar el incremento salarial de los servidores públicos de la ESE Hospital San Rafael de Zarzal ESE no era opcional para la junta directiva de la entidad, la cual debía decretarlo obligatoriamente por los años 2002, 2003, 2004 y 2005 atendiendo los parámetros salariales fijados por el gobierno nacional en los Decretos 2714 de 2001, 693 de 2002, 3573 de 2003, 4177 de 2004 y 941 de 2005.

Para la Subsección el argumento según el cual la junta directiva de la ESE no realizó el incremento salarial debido a las difíciles condiciones financieras en las que se encontraba la entidad y en la prohibición que trae la Ley 344 de 1996, no es válido porque en todo caso, los gastos de la entidad deben fijarse atendiendo los derechos laborales de los empleados en primer lugar, que como se señaló, por mandato constitucional (artículo 215) no pueden desmejorarse en ninguna circunstancia, máxime cuando se trata de los derechos laborales de los servidores de menores ingresos, como es el caso del señor Llanos Panesso. Bajo tal perspectiva, el hospital podía limitar otra clase de gastos, pero no abstenerse de incrementar el salario de su personal durante varios años.

Por tal motivo se confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto ordenó el pago de los incrementos salariales por los años 2002, 2003, 2004 y 2005 en favor del demandante.

6. Sobre el reconocimiento del pago de las horas extras y trabajo suplementario.

Señaló el hospital en el recurso de apelación, que el *a quo* ordenó pagar horas extras y trabajo suplementario al señor Hernán Llanos Panesso pese a que tal pretensión no fue incluida en la demanda.

En efecto, al revisar el escrito introductor se pudo observar que el actor solicitó el pago de «los recargos festivos laborados durante los años 2001 y 2002» (f. 76). No obstante, no incluyó dentro del *petitum* el reconocimiento y pago de las horas extras. En esa medida, es claro que el tribunal no podía reconocer el pago de estas últimas porque no fueron pedidas en la demanda. Por tal razón se revocará la sentencia de primera instancia en este sentido.

Por otro lado, se advierte además que el *a quo* ordenó el pago del trabajo suplementario sin especificar los períodos respectivos, esto es, no tuvo en cuenta que el accionante pidió su reconocimiento solamente por los años 2001 y 2002 y procedió a emitir la condena de manera general. Por tal motivo, esta Sala considera que tal orden debe ser modificada con el fin de limitar la misma al período especificado en la demanda.

Así las cosas, y a efectos de adecuar la referida condena, la Sala tendrá en cuenta que el señor Hernán Llanos Panesso presentó la petición a la entidad el día 16 de mayo de 2005 (f. 10), lo que implica que el reconocimiento de los valores por recargo de festivos laborados procede desde el 16 de mayo de 2002, atendiendo el término prescriptivo señalado en el artículo 102 del

Decreto-Ley 1848 de 1969 reglamentario del Decreto 3135 de 26 de diciembre de 1968.

De conformidad con lo expuesto, la condena solamente puede comprender el año 2002 y así lo ordenará esta subsección teniendo en cuenta que la entidad demandada aceptó que adeuda al demandante dichos valores.

En conclusión: El *a quo* reconoció el pago de horas extras en favor del señor Llanos Panesso pese a que el mismo no incluyó dicha pretensión en la demanda. Por lo que la Sala revocará la sentencia de primera instancia en lo que a este reconocimiento se refiere.

El reconocimiento de los valores por recargo de festivos laborados procede desde el 16 de mayo de 2002, atendiendo el término prescriptivo señalado en el artículo 102 del Decreto-Ley 1848 de 1969 reglamentario del Decreto 3135 de 26 de diciembre de 1968.

7. Derecho al calzado y vestido de labor.

La Ley 11 de 1984 creó en favor de los trabajadores particulares del país el derecho al suministro de vestido y calzado de labor como una prestación pagadera en especie, sin que la misma tuviera un carácter retributivo o salarial.

El artículo 1.º de la Ley 70 de 1988 estableció tal prerrogativa en favor de los empleados de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos, unidades administrativas especiales, empresas industriales y comerciales de tipo oficial y sociedades de economía mixta del nivel nacional. Señala la norma:

«[...] Artículo 1º.- Los empleados del sector oficial que trabajan al servicio de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos, unidades administrativas especiales, empresas industriales o comerciales de tipo oficial y sociedades de economía mixta, tendrán derecho a que la entidad con que laboran les suministre cada cuatro (4) meses, en forma gratuita, un par de zapatos y un (1) vestido de labor, **siempre que su remuneración mensual sea inferior a dos (2) veces el salario mínimo legal vigente. Esta prestación se reconocerá al empleado oficial que haya cumplido más de tres (3) meses al servicio de la entidad empleadora** [...]».

De esta manera se otorgó el derecho a los empleados públicos del orden nacional que: (i) Perciban una remuneración mensual inferior a dos salarios

mínimos y; (ii) hayan prestado sus servicios a la entidad empleadora por el término mínimo de tres meses.

El Decreto 1978 de 1989 en el artículo 1.º extendió tal beneficio a los empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades territoriales, ratificó los requisitos ya enunciados y determinó que la dotación debía entregarse los días 30 de abril, 30 de agosto y 30 de diciembre de cada año¹⁸.

Finalmente, el artículo 1.º del Decreto 1919 de 2002 otorgó el derecho al calzado y vestido de labor a partir de la fecha de su expedición (27 de agosto de 2002) a los empleados que sirven en las entidades del sector central y descentralizado de la rama ejecutiva de los niveles departamental, distrital y municipal en los siguientes términos:

«[...] ARTÍCULO 1o. A partir de la vigencia del presente decreto todos los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del sector central **y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles departamental, distrital y municipal**, a las asambleas departamentales, a los concejos distritales y municipales, a las contralorías territoriales, a las personerías distritales y municipales, a las veedurías, así como el personal administrativo de empleados públicos de las juntas administradoras locales, de las instituciones de educación superior, de las instituciones de educación primaria, secundaria y media vocacional, gozarán del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional.

Las prestaciones sociales contempladas en dicho régimen serán liquidadas con base en los factores para ellas establecidas [...]» (Subraya de la Sala).

Ahora bien, el pago de la dotación no puede hacerse en dinero mientras el vínculo laboral esté vigente. Sin embargo, en caso tal de que el empleador no la hubiera suministrado durante este período y se produzca el retiro del servicio procede la indemnización. Así lo ha establecido esta sección al indicar¹⁹:

«[...] La dotación se entregará en especie, a razón de tres (3) pares de zapatos y tres (3) vestidos de labor, para el empleo de bibliotecaria, **por cada año de servicios prestados**, teniendo en cuenta que el Decreto 1978 de 1989, en su artículo 2, dispone que **el suministro debe realizarse los días 30 de abril, 30 de agosto, y 30 de diciembre de cada año, siempre y cuando no haya prescrito**

¹⁸ Artículos 2.º y 3.º del Decreto 1978 de 1989.

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Bogotá D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil doce (2012). Radicación: 15001-23-31-000-2000-01466-01(0716-10). Actor: Emperatriz Bayona de Ramírez. Demandado: Municipio de Pesca – Boyacá. Ver también sentencia del 30 de julio de 2009, Radicación: 15001-23-31-000-2000-02298-01(0489-08), Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez.

este derecho y la demandante tenga vigente el vínculo laboral
[...]

En caso de que se haya producido el retiro del servicio de la demandante, habrá lugar a reconocer la dotación en dinero, de los periodos adeudados, pues si se ha negado el suministro en vigencia del vínculo laboral, a su terminación surge el derecho a la indemnización de esta prestación.

La jurisprudencia y doctrina han señalado que sólo es viable la compensación en dinero, en los siguientes casos: a) Que se trate de fallos judiciales, dentro de los cuales se ordene a la entidad al pago de dicha "Prestación Social" y b) Cuando el reconocimiento de la dotación se haga con posterioridad a la vigencia del vínculo laboral [...]» (Subraya fuera de texto).

En conclusión: Tienen derecho al suministro de calzado y vestido de labor los empleados públicos del orden nacional enunciados en el artículo 1.º de la Ley 70 de 1988, tanto del orden departamental y municipal del sector central y también los del sector descentralizado por disposición del artículo 1.º del Decreto 1919 de 2002 siempre que cumplan los siguientes requisitos: (i) Percibir una remuneración mensual inferior a dos salarios mínimos y; (ii) prestar sus servicios a la entidad empleadora por el término mínimo de tres meses.

La dotación se entregará en especie y el suministro debe realizarse los días 30 de abril, 30 de agosto y 30 de diciembre de cada año, siempre y cuando no haya prescrito este derecho y se encuentre vigente el vínculo laboral, caso en el cual no se pagará en dinero.

No obstante lo anterior y en los casos en que se haya producido el retiro del servicio sin que la misma hubiese sido suministrada, surge a favor del empleado el derecho a la indemnización en dinero de esta prestación.

- Caso concreto

El señor Hernán Llanos Panesso apeló la sentencia de primera instancia con el fin de que se le reconociera el pago por concepto de dotación y vestido de labor correspondiente a los años 2002, 2003, 2004 y 2005, pretensión que fue negada por el Tribunal al considerar que el demandante no logró demostrar que la dotación no le fue suministrada.

Dentro del proceso se encuentra acreditado que el señor Hernán Llanos Panesso se vinculó con el Hospital Departamental San Rafael ESE Zarzal (Valle del Cauca) desde el día 28 de febrero de 1990 y que para el año 2006 su salario era de \$495.625 (f. 105). El valor del salario enunciado fue el mismo que percibió el demandante desde el año 2002 porque no fue incrementado y así lo aceptó la entidad en la contestación de la demanda.

Ahora, como el pago por concepto de dotación y vestido se solicita por los años 2002, 2003, 2004 y 2005 conviene precisar el salario mínimo que correspondía a cada uno de ellos, a efectos de determinar si el demandante cumplió los requisitos señalados en el artículo 1.º de la Ley 70 de 1988. Para el efecto se tiene:

Salario mínimo y año	Dos salarios mínimos por año	Salario devengado por el demandante en cada año
2002: \$309.000	\$618.000	\$495.625
2003: \$332.000	\$664.000	\$495.625
2004: \$358.000	\$716.000	\$495.625
2005: \$381.500	\$762.000	\$495.625

De acuerdo con lo anterior, es claro que el demandante cumplió los requisitos señalados en el artículo 1.º de la Ley 70 de 1988 para acceder al derecho de calzado y vestido de labor, esto es, tener una antigüedad mayor a tres meses y devengar menos de dos salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Ahora, en cuanto a la prueba del suministro del calzado y vestido de labor el señor Llanos Panesso señaló en el escrito de apelación que en su calidad de trabajador le era un imposible acreditar tal omisión de la entidad. Así, advirtió que por tratarse de una afirmación negativa no era su obligación probarla.

Sobre el particular debe decirse que esta corporación definió las negaciones indefinidas como « [...] *aquellas que ni indirecta o implícitamente conllevan ninguna afirmación o negación opuesta: que no sólo son indeterminables en el tiempo y en el espacio, sino que, en la práctica, no son susceptibles de probar por medio alguno [...]*²⁰». Precisamente el artículo 177 del CPC señaló al respecto que los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba, regla que se mantuvo en el artículo 167 del CGP.

De acuerdo con lo anterior, la Subsección considera que le asiste razón al demandante, por cuanto al tratarse de una negación indefinida la carga de la prueba se invierte y en consecuencia corresponde a la entidad accionada desvirtuarla allegando al proceso los medios probatorios que acreditaran que efectivamente cumplió su obligación realizando dicha entrega.

Ahora bien, en el presente caso la ESE no solo no aportó elementos probatorios para desvirtuar la afirmación del demandante, sino que en la misma contestación de la demanda aceptó expresamente que no suministró al actor el calzado y vestido de labor desde el año 2001, por lo que está plenamente acreditado que la entidad faltó a ese deber, por las restantes

²⁰ Consejo de Estado. Sentencia del 26 de julio de 2012. Expediente núm. 19981. Magistrado ponente Danilo Rojas Betancourth.

anualidades que se solicitaron que fueron 2002 a 2005)

Así las cosas, procede la Sala a emitir pronunciamiento de condena al respecto, la cual se hará en dinero, toda vez que el señor Hernán LLanos Panesso se retiró del servicio el día 30 de junio de 2009, según consta en la Resolución núm. 184 del 24 de junio de dicho año mediante la cual se le aceptó la renuncia al cargo (f. 112, cuaderno número 3).

Para la liquidación de la indemnización lo primero a tener en cuenta es el término prescriptivo, que conforme el artículo 102 del Decreto-Ley 1848 de 1969 reglamentario del Decreto 3135 de 26 de diciembre de 1968 es de 3 años contados a partir de la fecha en que la obligación se hizo exigible, el cual se interrumpe una vez presentada la petición a la entidad.

Así las cosas, toda vez que la petición se radicó el día 16 de mayo de 2005 (f. 10) los valores a reconocer por concepto de calzado y vestido de labor proceden desde el 16 de mayo de 2002 en adelante.

Ahora, al no existir dentro del expediente documento que determiné el valor exacto a reconocer por concepto de calzado y vestido de labor, se ordenará a la entidad pagar el correspondiente al número de los pares de zapatos y vestidos de labor a cuya dotación tenía derecho el señor Hernán LLanos Panesso, por cada año de servicios desde el año 2002 y hasta el 2005 de acuerdo con los topes de cuantía establecidos por el hospital al momento de la adquisición de la dotación de los empleados que desempeñan un cargo igual o similar al ocupado por el actor²¹.

En este caso, el valor equivalente a la dotación deberá ser actualizado, como lo ordena el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde 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 correspondiente pago. Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente para la fecha

²¹ *Ibidem*.

en que se hizo exigible cada obligación teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Decisión de segunda instancia.

Por lo expuesto la Subsección A revocará parcialmente el numeral segundo de la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el día 3 de agosto de 2010 en lo que respecta al reconocimiento de las horas extras y el trabajo suplementario por festivos anterior al año 2002.

Así las cosas, el numeral mencionado quedará así:

«**Segundo:** Se ordena al Hospital Departamental de Zarzal (Valle del Cauca) liquidar y pagar:

(a) Los incrementos salariales correspondientes a los años 2002, 2003, 2004 y 2005 en favor del señor Hernán Llanos Panesso teniendo en cuenta los decretos 693 de 2002, 3573 de 2003, 4177 de 2004 y 941 de 2005 por medio de los cuales el gobierno nacional estableció los límites máximos salariales de los empleados públicos de las entidades territoriales y fijó otras disposiciones en materia salarial.

Con fundamento en lo anterior deberá reajustar y pagar la diferencia que resulte de lo cancelado por sus prestaciones sociales tales como prima de servicios, de navidad, vacaciones, cesantías y aportes al sistema de seguridad social por dichos años.

(b) Los valores correspondientes por trabajo suplementario por los días festivos laborados desde el 16 de mayo de 2002 hasta el 31 de diciembre del mismo año.

(c) La indemnización por concepto de calzado y vestido de labor por los años 2002, 2003, 2004 y 2005 conforme la parte motiva de esta providencia.

Deniéguense las demás pretensiones de la demanda.»

Condena en costas

Toda vez que el artículo 55 de la ley 446 de 1998 indica que solo hay lugar a la imposición de condena en costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna procedió de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

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

Primero: Revocar parcialmente el numeral segundo de la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el día 3 de agosto de 2010, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por Hernán Llanos Panesso contra el Hospital Departamental San Rafael de Zarzal (Valle del Cauca) en lo que respecta al reconocimiento de las horas extras y el trabajo suplementario por festivos anterior al año 2002. El numeral mencionado quedará así:

«**Segundo:** Se ordena al Hospital Departamental de Zarzal (Valle del Cauca) liquidar y pagar:

(a) Los incrementos salariales correspondientes a los años 2002, 2003, 2004 y 2005 en favor del señor Hernán Llanos Panesso teniendo en cuenta los decretos 693 de 2002, 3573 de 2003, 4177 de 2004 y 941 de 2005 por medio de los cuales el gobierno nacional estableció los límites máximos salariales de los empleados públicos de las entidades territoriales y fijó otras disposiciones en materia salarial.

Con fundamento en lo anterior deberá reajustar y pagar la diferencia que resulte de lo cancelado por sus prestaciones sociales tales como prima de servicios, de navidad, vacaciones, cesantías y aportes al sistema de seguridad social por dichos años.

(b) Los valores correspondientes por trabajo suplementario por los días festivos laborados desde el 16 de mayo de 2002 hasta el 31 de diciembre del mismo año.

(c) La indemnización por concepto de calzado y vestido de labor por los años 2002, 2003, 2004 y 2005 conforme la parte motiva de esta providencia.

Deniéguense las demás pretensiones de la demanda.»

Segundo: Confirmar en lo demás la sentencia apelada.

Tercero: Sin condena en costas.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

Notifíquese y cúmplase

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ