



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
Sincelejo, veinticuatro (24) de junio de dos mil dieciséis (2016)

SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL
MAGISTRADO PONENTE: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

ASUNTO: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
M. CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN: 70-001-33-33-005-2014-00016-01
DEMANDANTE: CARLOS ALBERTO ANAYA LOZANO
DEMANDADO: MUNICIPIO DE SINCÉ

TEMAS: TEORÍA DEL CONTRATO REALIDAD EN EL
SECTOR PÚBLICO.

Decide la Sala, la apelación interpuesta por la parte demandada en oposición a la sentencia del 21 de octubre de 2015, proferida por el JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO - SUCRE, en el proceso que en ejercicio del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO instauró CARLOS ALBERTO ANAYA LOZANO en contra del MUNICIPIO DE SINCÉ.

1. ANTECEDENTES:

1.1 LA DEMANDA.

La parte actora formuló las siguientes PRETENSIONES¹:

Que se declare nulo el acto administrativo de noviembre de 2011, mediante el cual se le niega al demandante el reconocimiento y pago de prestaciones sociales y demás emolumentos.

¹ fol. 68 y 69 C.1.



Que se ordene a la entidad demandada que reconozca, liquide y pague al señor CARLOS ALBERTO ANAYA LOZANO el mes adeudado.

Que se ordene a la entidad demandada a reconocer, liquidar y pagar al señor CARLOS ALBERTO ANAYA LOZANO la prima de servicio, prima de navidad, la cuota parte que la entidad demandada no trasladó a los fondos de salud, pensión y riesgos profesionales, indemnización por no afiliación a la caja de compensación familiar, la compensación en dinero de las vacaciones, el auxilio de las cesantías y los intereses de las mismas, el subsidio de alimentos, la indemnización por concepto de calzado y vestido de labor y la bonificación por los servicios prestados durante el tiempo laborado.

Que se ordene a la entidad demandada a reconocer, liquidar y pagar al señor CARLOS ALBERTO ANAYA LOZANO la indemnización por falta de pago oportuno contenida en el artículo 65 del CST, por el no pago de las prestaciones sociales debidas.

Que se ordene a la entidad demandada a reconocer, liquidar y pagar al demandante la sanción por el no pago oportuno de los intereses sobre las cesantías.

Que se ordene a la entidad demandada a reconocer, liquidar y pagar al demandante, los demás derechos laborales causados desde el día primero (1) de abril de 2008, hasta el día veintinueve (29) de julio de 2011, en el cargo de mensajero.

Como FUNDAMENTOS FÁCTICOS se expuso:

El actor prestó sus servicios como mensajero en el municipio de Sincé desde el día primero (1) de abril de 2008 hasta el veintinueve (29) de julio de 2011, recibiendo un salario de \$670.000.

Que cumplió a cabalidad y de manera subordinada con la labor encomendada por el municipio de Sincé cumpliendo con un horario comprendido de 8:00 a.m. a 12:00 m, y de 2:00 p.m. hasta las 6:00 p.m.

Asegura que fue despedido el día 29 de julio de 2011 sin previo aviso y sin causa justificada.

Mediante oficio de fecha 25 de octubre de 2011, presentó derecho de petición ante



el municipio de Sincé con el fin de solicitar el reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones sociales a que tiene derecho.

A través de oficio de noviembre de 2011 la entidad demandada dio respuesta al derecho de petición, indicándole que no se encontró documentación que demuestre la existencia de una relación laboral, legal o contractual con el municipio de Sincé, por lo que fueron negadas todas las peticiones.

El municipio de Sincé no le pagó sus prestaciones sociales como lo son las cesantías, intereses sobre las cesantías y primas de servicios, además de las vacaciones, diferencia de salarios, entre otros.

Como **NORMAS VIOLADAS** se señalaron los artículos 1, 2, 4, 13, 25, 28, 48, 53, 58, 122, 123 y 124 de la C.P.; artículos 58, 59 y 60 del Decreto 1919 de 2002; Ley 50 de 1990; Ley 244 de 1995, artículo 2, en concordancia con el artículo 13 de la Ley 344 de 1996; artículo 83 del Decreto 1042 de 1978; artículo 7 Decreto 1950 de 1993; Decreto 1848 de 1969; artículos 3 y 5 del Decreto 3130 de 1968 y artículos 6 y 8 del Decreto 3135 de 1968.

Como **CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN** argumenta la actora que la entidad demandada contrató a su poderdante de manera verbal para así beneficiarse del trabajo de este, escondiendo de forma atípica la relación de trabajo subordinada, en la que se integran los elementos constitutivos de todo contrato laboral. Por tal razón resulta falsa la motivación del acto administrativo que dio respuesta al Derecho de Petición presentado por el demandante, pues desconoce el principio de la primacía de la realidad sobre la formalidad.

1.2 ACTUACIÓN PROCESAL

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 2 de febrero de 2012 (Folio 4 C. Ppal.).
- Remisión por competencia: 25 de noviembre de 2013 (Folio 58 C. Ppal.).
- Admisión de la demanda: 12 de mayo de 2014 (Folio 90 C. Ppal.).
- Notificación a las partes: 29 de agosto de 2014 (Folio 94 a 96 C. Ppal.).
- Contestación de la demanda: 21 de octubre de 2014 (Folio 100 C. Ppal.).



- Audiencia inicial: 8 de abril de 2015 (Folio 157 a 162 C. Ppal.).
- Audiencia de pruebas: 4 de junio de 2015 (Folio 174 a 178 C. Ppal.)
- Sentencia de primera instancia: 21 de octubre de 2015 (Folio 209 a 216 C. Ppal. 2).
- Recurso de apelación: 28 de octubre de 2015 (Folio 221 a 235 C. Ppal. 2).
- Audiencia de conciliación y auto que concede el recurso: 12 de febrero de 2016 (Folio 254 a 255 C. Ppal. 2).
- Auto que admite el recurso de apelación: 9 de marzo de 2016 (Folio 4 C. de Apelación).
- Auto que corre traslado para alegar en segunda instancia: 31 de marzo de 2016 (Folio 13 C. de Apelación).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La entidad contestó la demanda en memorial visible a folios 100 a 103, oponiéndose a todas las pretensiones propuestas. Respecto de los hechos, manifiesta aceptar unos, negar otros.

Como razones de la defensa, señaló que no existió relación laboral de ningún tipo entre el señor CARLOS ALBERTO ANAYA LOZANO y el MUNICIPIO DE SINCÉ – SUCRE toda vez que no hay registro o documentación alguna que permita probar que el demandante laboró para la entidad demandada.

Menciona que nuestro ordenamiento jurídico no consagra el contrato verbal como forma de vincularse con la administración pública, por lo que no hay lugar a probar un vínculo laboral por medio de un contrato jurídicamente prohibido por la ley.

Del certificado laboral expedido por la Secretaría de Salud Municipal, aduce que esta no tiene la competencia para expedir certificados de tiempo de servicios.

Afirma que el certificado suscrito por Antonio José Ramírez Madera carece de veracidad, de conformidad con los documentos que reposan en el archivo de la entidad.

Por último, respecto de las solicitudes de permiso, dentro de la administración no hay ninguna resolución que los otorguen, por cuanto solo a las personas nombradas legal



y reglamentariamente se les otorgaban permisos.

1.4 LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA APELADA.

El Juez de primera instancia, luego de estudiar en su conjunto las pruebas documentales y testimoniales practicadas dentro del discurrir procesal, encontró debidamente acreditados los tres elementos de una relación de naturaleza laboral, estos son, la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación.

Expuso el *A quo*, que se logró acreditar que el demandante prestó sus servicios al MUNICIPIO DE SINCÉ como mensajero, durante el período comprendido entre el 1 de abril de 2008 y el 30 de junio de 2011; así mismo, que dicha labor la desempeñaba en las dependencias de la entidad y cumpliendo un horario de trabajo, es decir, de manera subordinada, tal como lo señalan los testimonios recepcionados en el proceso.

Estima el Juez de primera instancia, que en prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, de acuerdo a las pruebas testimoniales y documentales, el demandante estuvo vinculado como mensajero sin que mediara orden escrita, lo que lo configura como un funcionario de hecho desde el 1 de abril de 2008 hasta el 30 de julio de 2011, actividad realizada de manera personal, cumpliendo horarios, con el deber de solicitar permisos para ausentarse, por lo que es dable concluir que el elemento de subordinación y dependencia queda debidamente probado, junto a la prestación personal del servicio y la contraprestación a la labor desarrollada, para configurar así una verdadera relación laboral.

1.5 LA APELACIÓN:

El ente territorial demandado presentó recurso de apelación contra la decisión adoptada por el *A quo* en el siguiente sentido:

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda haciendo énfasis en la inexistencia de un vínculo laboral entre el demandante y el demandado y el pretender probar una relación laboral por medio de un contrato verbal, el cual no está permitido para los vínculos con la administración.



Sostuvo que de los testimonios practicados dentro del proceso no es posible concluir que se acreditan los tres elementos necesarios para la existencia de una relación laboral, a saber, prestación personal del servicio, subordinación y remuneración.

Argumentó, finalmente, que los testimonios prestados por los señores GILMA NICOLASA MARTÍNEZ y ALBERTO TERÁN ACOSTA no reportan la suficiente claridad y fuerza convincente para demostrar que la prestación personal del servicio por parte del demandante haya sido de manera subordinada.

1.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA:

- **PARTE DEMANDANTE:** La parte actora no se allanó a presentar alegaciones finales en segunda instancia.

- **PARTE DEMANDADA:** La entidad demandada no alegó de conclusión en segunda instancia.

- **CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:** El Agente del Ministerio Público delegado ante esta Corporación presentó su concepto dentro del término legal, señalando que en el caso en concreto no se cumplen las prerrogativas legales necesarias para que se configure el contrato realidad por medio de la figura del funcionario de hecho, toda vez que no existe documentación o prueba que demuestra una vinculación contractual.

Por lo tanto, solicita revocar la sentencia apelada y negar las pretensiones del demandante.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. COMPETENCIA.

Esta Sala es competente para conocer de la apelación interpuesta en el presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento, según lo establecido en el artículo 153 del C.P.A.C.A., en Segunda Instancia. Se advierte que no se observa causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, por lo que se procede a decidir el fondo del asunto.



2.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Con fundamento en la argumentación del demandado apelante, entra el Sala a determinar si se encuentra acreditado la existencia de un contrato realidad entre el demandante quien afirmó prestó sus servicios como mensajero en el municipio de Sincé, desde el 1 de abril de 2008 hasta el 29 de julio de 2011 y el municipio de Sincé?

Para dar respuesta a los anteriores cuestionamientos, la Sala abordará los siguientes temas, teniendo en cuenta los planteamientos presentados en los problemas jurídicos y las particularidades del caso bajo estudio: 1. Del contrato realidad en el sector público. Desarrollo jurisprudencial. 2. El caso concreto.

2.1 DEL CONTRATO REALIDAD EN EL SECTOR PÚBLICO. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL:

Es copiosa la jurisprudencia emanada tanto del Consejo de Estado, como de la Corte Constitucional², sobre la cual se ha construido un fuerte precedente judicial, en virtud del principio de primacía de la realidad consagrado constitucionalmente en el artículo 53 de la Carta Política, que nos enseña que, una vez reunidos los elementos de la relación laboral, a saber, prestación personal del servicio, subordinación y remuneración, surge la consecuencia directa de ella, que no es otro que el reconocimiento de los derechos laborales que la legislación colombiana prevé, lo cual siguiendo la tesis vigente del Tribunal Rector de lo Contencioso Administrativo³, se hace a título de reparación de daño.

Ha dicho el Consejo de Estado que “se ha denominado contrato realidad aquél que teniendo apariencia distinta, encierra por sus contenidos materiales una verdadera relación laboral en donde se establece el primado de la sustancia sobre la forma”⁴, agregando que, “el inciso 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no contiene una presunción legal que permita considerar como laboral toda relación contractual estatal en la modalidad de prestación de servicio que traslade a la entidad contratante

² Ver entre otras, la sentencia C – 154 de 1997 Corte Constitucional.

³ Entre otras, Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez, Bogotá, D. C., 19 de Febrero de 2009. Radicación Número: 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05). CONSEJO DE ESTADO. Sección II, sentencia del 4 de marzo de 2010, expediente No Interno: radicado 1413-08, C. P. Gustavo Gómez Aranguren.

⁴ Consejo de Estado, Sección II Subsección B, Sentencia del 4 de febrero de 2016. Radicación número: 05001-23-31-000-2010-02195-01(1149-15). C. P. Sandra L. Ibarra.



la carga de probar que el contratista ejecutó el objeto contractual con autonomía e independencia”.

Se ha concluido, la forma en que se ejecuta la vinculación formal se impone frente a lo pactado por las partes, siempre y cuando se demuestre o pruebe la presencia de los elementos de la relación laboral, en especial, la subordinación. No obstante, se debe precisar que la relación laboral que surge de develar la verdadera naturaleza de un vínculo entre quien presta un servicio y quien lo recibe y se beneficia, en el caso que el contratante del mismo sea una entidad Estatal, ello no confiere ni otorga la calidad de empleado público, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el solo hecho de trabajar para el Estado, puesto que *“para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la constitución y en la ley. La circunstancia de trabajar para el Estado, no confiere la condición de empleado público.”*⁵

El Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, constante y reiteradamente ha señalado en sus pronunciamientos que:

“La relación de trabajo se encuentra constituida por tres elementos, a saber, la subordinación, prestación personal del servicio y remuneración por el trabajo cumplido.

Es pertinente destacar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, no implica conferir la condición de empleado público, pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado:

“Como ya lo ha expresado la Corporación, para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la Ley. La circunstancia de trabajar para el Estado, no confiere la condición de empleado público.”.

...Sin embargo y pese a lo anterior, si el interesado vinculado bajo la forma de contrato de prestación de servicios, logra desvirtuar su existencia al demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador, prestación personal del servicio y remuneración, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo (Art. 53 C.P)”.^{6,7} (negritas fuera del texto).

Ahora, si bien el artículo 32 de la Ley 80 de 1993⁸, que trata sobre el contrato de

⁵ Sentencia del 25 de enero de 2001, expediente N° 1654-2000, Magistrado Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda.

⁶ Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez, Bogotá, D. C., 19 de Febrero de 2009. Radicación N°. 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05). Ver igualmente los siguientes expedientes: 05001-23-31-000-2000-04732-01(7979-05); 540012331000200000020 01 (2776-2005); 23001 23 31 000 2002 00244-01 (2152-06); 52001-23-31-000-1999-01215-02(4669-04); 47001-23-31-000-2000-00147-01(1106-08).

⁷ Sentencia del 15 de junio de 2011, expediente No. 25000-23-25-000-2007-00395-01(1129-10).Consejo de Estado, Sección II Subsección B, consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

⁸ Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades

prestación de servicios, permitiría su celebración también para aquellas actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad pública, el tribunal supremo de lo Contencioso Administrativo ha señalado claramente que este, no se puede pactar para realizar actividades o prestar servicios misionales, o tengan que ver con el giro ordinario de actividades de la entidad, pues ello implica permanencia⁹. Dijo el Alto Tribunal:

“En el caso de autos, según obra en el plenario, se suscribieron con la demandante Contratos de Prestación de Servicios, de forma continua e ininterrumpida. No se trató, entonces, de una relación o vínculo de tipo esporádico u ocasional sino de una verdadera relación de trabajo que, por ello, requirió de la continuidad durante más de 24 meses, constituyéndose en un indicio claro de que bajo la figura del Contrato de Prestación de Servicios se dio en realidad una relación de tipo laboral, en idénticas condiciones a las de una Enfermera de planta.

Mal podría sostenerse, entonces, que existió una relación de coordinación, cuando la actividad de la actora se cumplió de conformidad con las orientaciones emanadas por la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, prestando sus servicios de manera subordinada y no bajo su propia dirección y gobierno³.

En este orden de ideas, no puede desconocer la Sala la forma irregular como ha procedido la Entidad demandada, utilizando Contratos de Prestación de Servicios para satisfacer necesidades administrativas permanentes. En estas condiciones la modalidad de contrataciones sucesivas para prestar servicios se convierte en una práctica contraria a las disposiciones atrás señaladas, pues la función pública no concibe esta modalidad para cumplir los objetivos del Estado en tareas que son permanentes e inherentes a éste.

En conclusión, quedó desvirtuada la vinculación como contratista para dar lugar a una de carácter laboral, que si bien es cierto no puede tener la misma connotación del empleado vinculado mediante una relación legal y reglamentaria, no es menos cierto que este tipo de personas laboran en forma similar al empleado público con funciones administrativas”

En tal sentido, la facultad de contratación, tiene una limitante en la medida que no puede ser utilizada para encubrir o enmascarar relaciones permanentes que configuren relaciones laborales subordinadas, tal como lo ha expuesto el Consejo de Estado, veamos:

“La existencia de un contrato de prestación de servicios que genere que la prestación del servicio se dé a favor de un tercero ajeno a este contrato de prestación de servicios, no impide que encontrándose reunidos los requisitos de la relación laboral, se declare su existencia, en desarrollo del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades, como una verdadera garantía de los derechos de los trabajadores.

relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.”

⁹ Consejo de Estado, Sección II Subsección “B, sentencia de 7 de 2013. Consejera ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez. Expediente No. 250002325000200800653 01. No. interno: 2696-2011.

³ Esta posición ha sido sostenida por fallo de esta Subsección del 4 de noviembre de 2004, Expediente No. 150012331000199902561-01, Referencia No.3661-2003, Consejero Ponente: Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, demandante: Marlen Fúquene Ramos.

Acorde con el argumento precedente, en los casos en que el operador jurídico verifique que entre quien presta el servicio y la entidad donde este se ejecuta están presentes los elementos de la relación laboral, esta no puede desconocerse por el hecho de que por la prestación cumplida se recibió un pago por parte de un tercero, denominado contratante, pues se debe enfatizar que precisamente esta remuneración se derivó por la labor cumplida o realizada en la entidad beneficiada a título de contraprestación del servicio.

Servicio que, se insiste, si se dio bajo las condiciones de una relación laboral, debe ser reconocido como tal, pues la remuneración es originada por la prestación personal de quien se identifica como contratista, en el contrato original de prestación de servicios.

No se puede por la formalidad del contrato de prestación de servicio, desconocerse el verdadero vínculo que subyace y que genera una relación laboral, al verificarse que el pago se realizó por un tercero aparentemente sólo por la labor cumplida, pues precisamente esta remuneración se deriva del trabajo realizado personalmente en la entidad que efectivamente se benefició de la labor, es decir que debe resaltarse que el elemento económico de la prestación sí existe pues esta remuneración se reconoce por el servicio prestado directamente a la entidad.

Se reitera por la Sala que la contraprestación económica pagada por un tercero a la labor que desempeñó una contratista, no impide que la entidad en la que se ejecutó el servicio, asuma la responsabilidad por la desfiguración del contrato primigenio y en tales condiciones la entidad beneficiaria de la labor desempeñada por el denominado contratista, esté en la obligación de reconocer los derechos económicos laborales propios del contrato de trabajo¹⁰.

2.3 FUNCIONARIO DE HECHO-ELEMENTOS ESENCIALES.

Como quiera que en el presente asunto se hace alusión al funcionario de hecho, resulta oportuno recordar lo que sobre el particular ha considerado el CONSEJO DE ESTADO:

"Según la doctrina se denomina habitualmente funcionario de hecho a la persona que, sin título o con título irregular, ejerce funciones públicas como si fuese verdadero funcionario".

Estas situaciones, pueden originarse de muy distintas maneras, pero cabe distinguir dos series de casos:

a) En los períodos de normalidad institucional pueden surgir funcionarios de hecho. Se da esta situación cuando media título que habilita para el ejercicio de la función pública pero por causas anteriores o supervivientes resulta inválido o deja de surtir efectos. Esto ocurre en hipótesis muy variadas: designación de una persona que no reunía las condiciones legales exigidas, por lo cual más tarde es revocada; funcionario que posteriormente a su designación se inhabilita para el ejercicio del cargo y que, no obstante, continúa ejerciéndolo, o que permanece en funciones luego de vencido el término de su mandato, etc.

b) En épocas de anormalidad institucional, producida por guerras, revoluciones, grandes calamidades, etc., el panorama es distinto.

¹⁰ Sentencia del 15 de junio de 2011, expediente No. 25000-23-25-000-2007-00395-01(1129-10). Consejo de Estado, Sección II Subsección B, consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Igualmente, Consejo de Estado, sentencia del 15 de mayo de 2013, Sección II Subsección B, Radicación: No.05001233100020010363101. CP. Gerardo Arenas Monsalve.

¹¹SAYAGUES LASO, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Cuarta Edición, Montevideo 1974, páginas 300 a 302.



En tales casos es frecuente que asuman el ejercicio de funciones públicas quienes no tienen título legal alguno. A veces son personas de buena voluntad que, frente a la desaparición de las autoridades constituidas, toman a su cargo ciertas funciones públicas.

En este orden, los requisitos esenciales para que se configure el funcionario de hecho en los períodos de normalidad institucional son, que existan de jure el cargo y la función ejercidas irregularmente y que el cargo se ejerza en la misma forma y apariencia como lo hubiera desempeñado una persona designada regularmente¹².

El Consejo de Estado ha acogido el concepto de funcionario de hecho, entre otros, en el fallo del 16 de agosto de 1963, proferido por la Sala de Negocios Generales, Consejero Ponente Jorge de Velasco Álvarez, actor Guillermo Chocontá Cruz, demandado Ministerio de Guerra, en el que expresó:

"[...]

El demandante considera que durante el tiempo en que duró la orden de suspensión y sin embargo estuvo desempeñando el cargo, fue un funcionario de hecho, y que como tal, tiene derecho al pago de su trabajo.

La Sala estima que, a pesar de la irregularidad de que Chocontá Cruz hubiera seguido desempeñando su cargo con una orden de suspensión, es lo cierto que prestó sus servicios al Estado y que tales servicios deben serle pagados pues, por una parte el sueldo es una contraprestación de servicios y por otra las primas que cobra son parte del salario.

Ya se dijo que el Ministerio había dado aplicación al artículo 525 del Decreto 250 de 1958. Sin embargo esa disposición hace referencia a los militares y a los empleados civiles con categoría de oficiales Tanto el Ministerio como el demandante convienen en que el cargo que desempeñó Chocontá Cruz era eminentemente civil.

El artículo 17 de la Constitución Nacional estatuye que el trabajo goza de la especial protección del Estado. Esta protección abarca, a más del derecho a trabajar, el que el trabajador reciba la remuneración que al cargo que desempeña le haya sido fijada por la ley.

Es claro que Chocontá Cruz era un funcionario de hecho pues, de acuerdo con la doctrina, tales funcionarios son aquellos que desempeñan un cargo en virtud de una investidura irregular. "La irregularidad de la investidura - dice el tratadista Sarria - puede ser por efecto de origen o causa, como cuando se nombra a un empleado que no llena las calidades que exige la ley; o cuando habiéndosele otorgado inicialmente con regularidad la condición o investidura de empleado, la pierde luego y sigue sin embargo en ejercicio de sus funciones, bien sea por ministerio de la ley o bien por circunstancias de hecho no previstas en las leyes."
(Subraya la Sala)

En la providencia anterior, se ordenó el reconocimiento, a favor del actor, de los haberes correspondientes al cargo desempeñado por la totalidad del tiempo laborado.

Esta tesis doctrinal fue reiterada por la Sección Segunda, Subsección "A" en sentencia del 8 de marzo de 2001, en la que sostuvo¹³:

"Para la Sala es indudable que el nombramiento del actor, como Auditor del Grupo de Auditoría Interna, por ser de nivel profesional, conforme a los Estatutos del ente demandado (f.11), requería de la previa aprobación por la Junta Directiva, lo cual no ocurrió, según se deduce del respectivo acto (f.3) y frente a la inexistencia de ella en el expediente, como lo alegó el Hospital en la contestación de la demanda.

Según la jurisprudencia de la Corporación (ver sentencia 16 agosto/63, Anales 2º semestre

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección "A", Consejero Ponente: Alberto Arango Mantilla, sentencia de 15 de marzo de 2007, Exp. No: 25000-23-25-000-1996-41885-01(6267-05).

¹³ Expediente No. 08001-23-31-000-1995-9370-01 (417-00). Actor. Edmundo Drago M. Magistrado Ponente. Nicolás Pájaro Peñaranda.

1963, tomo 67, pág. 57), el funcionario de hecho "es aquel que desempeña un cargo en virtud de una investidura irregular."; como es el caso del actor, que ingresó al servicio sin que la Junta Directiva hubiera aprobado su nombramiento (f.3).

Ahora bien, como es requisito para que esta jurisdicción ordene el reintegro de un funcionario, que el nombramiento que recobraría vigencia por la nulidad del acto que lo declaró insubsistente, se acomode a derecho, y ya se vio que el del demandante no lo está, es evidente que la Sala, aun partiendo de la nulidad del acto de remoción acusado, por la misma razón de faltarle la previa aprobación de la Junta Directiva, no podría ordenar su reintegro y la consecuente orden del pago de los haberes dejados de percibir, porque ello implicaría revivir una situación jurídica contraria a derecho.

Por consiguiente, sin necesidad de más argumentaciones, la Sala revocará la sentencia apelada y, en su lugar denegará las pretensiones de la demanda".

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

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

Ninguna de las hipótesis descritas se ajusta a la situación de la accionante, pues, como se verá, el cargo de mecanotaquígrafa grado 5PA no se encontraba previsto para la época en que reclama el reconocimiento como empleada pública, es decir, en el período comprendido entre diciembre de 1955 y abril 30 de 1967.

La mera prestación de servicios personales en el Consulado de Colombia en Buenos Aires no puede catalogarse como servicios a la Nación Colombiana para hacer derivar de ella los derechos contemplados en las normas que regulan las situaciones de los empleados públicos, pues no coloca a la actora en situación legal y reglamentaria.

En efecto, no existió, y con ello está acorde la actora:

1) Acto administrativo que ordenara la respectiva designación; sólo aparece la simple práctica de tareas realizada al margen de las condiciones constitucionales y legales, que debieron darse para poder producir la vinculación;

2) Posesión para tomar el cargo. No se puede admitir que sigilosamente ingresen al servicio público personas que no asuman públicamente el compromiso de obedecer la Constitución y las leyes;

3) Disponibilidad presupuestal para atender el servicio, que implica que sólo se pueden generar obligaciones previstas en las posibilidades fiscales, por parte de personas y autoridades autorizadas para gravar el erario público.

4) Regulaciones generales que gobiernan el ejercicio de las responsabilidades públicas y la forma de remunerarlas, las cuales no pueden ser sustituidas por estipulaciones que desconozcan el régimen legal.

5) *Planta de personal que contemplara el cargo de mecanotaquígrafa grado 5PA que, de hecho, pretende consolidar, pues, acorde con los documentos enviados por la División de Presupuesto del Ministerio de Relaciones Exteriores (folios 137 a 149) para los años 1955 a 1966 la planta de personal del Consulado de Colombia en Buenos Aires estaba compuesta por el Cónsul y el Canciller. En enero 20 de 1967, mediante Decreto 64, se creó el cargo de mecanotaquígrafa (local) en dicho Consulado; y luego, mediante Decreto 1703 de 1973, al establecer la planta de personal administrativo del Servicio Exterior de la República, para el Consulado de Colombia en Buenos Aires (Argentina) se amplió la planta estableciendo los cargos de: auxiliar administrativo 7PA y de mecanotaquígrafo 5PA.*

Conclusión de lo expuesto, es que el funcionario de hecho es aquel que tiene una investidura irregular pero que está ejerciendo en un cargo que figura en la respectiva planta de personal, cargo que tiene funciones detalladas en ley o reglamento y para el cual se encuentra designada una partida presupuestal específica. (Subrayado fuera de texto)

(...)

La Sección Segunda - Subsección "A", Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, en sentencia del 26 de marzo de 2009, Exp. No. 25000-23-25-000-2004-03773-01 (689-2006), Actor: Jorge Alejo Calderón Perilla, realizó similares planteamientos y reiteró la posibilidad de reconocer la existencia de una relación laboral de hecho, en los siguientes eventos:

"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 irregular¹⁴, desempeñan funciones que corresponden efectivamente a un empleo público debidamente creado¹⁵ 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 pública¹⁶.

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.)."

En dicha ocasión, se ordenó el reconocimiento de las diferencias salariales y prestacionales a favor del actor, correspondientes al empleo desempeñado como funcionario de hecho.

Recientemente esta Subsección realizó similares planteamientos a los esbozados¹⁷ y reiteró la posibilidad de reconocer la existencia de una relación laboral de hecho, concluyendo lo siguiente:

" (...) para que se configure la existencia de una relación de hecho es necesario que el cargo esté creado de conformidad con las normas legales y la función sea ejercida irregularmente, pero, también puede darse cuando en empleado ejerce funciones públicas con la anuencia y permiso de las autoridades encargadas de controlar e impedir esta clase de situaciones que

¹⁴ Sentencia proferida por la Sala Plena de esta Corporación de 6 de octubre de 1992, radicación AC-273.

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

¹⁶ Sentencia de la Sección Primera de 26 de agosto de 1991. Radicación 1453.

¹⁷ Ver sentencia del 9 de junio de 2011, Expediente No. 85001-23-31-000-2005-00571-01(1457-08), C.P: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ, Actor: RUTH DORYS RODRIGUEZ NARANJO, Demandado: MUNICIPIO DE TAMARA – CASANARE.

permiten el ejercicio irregular de una investidura, por circunstancias de facto, no previstas en la ley, pero que, en todo caso, debe ser objeto de protección a través del principio de la realidad frente a las formas previsto en el artículo 53 Constitucional. Además, de que el cargo debió haberse ejercido en la misma forma y apariencia como si lo hubiese desempeñado un empleado designado regularmente.”

La línea jurisprudencial trazada, permite establecer que los requisitos esenciales para la configuración del funcionario de hecho son que exista de jure el cargo y la función ejercidas irregularmente y que el cargo se haya ejercido en la misma forma y apariencia como si lo hubiese desempeñado un empleado vinculado en debida forma¹⁸.

Atendiendo las pautas jurisprudenciales anteriores, la Sección Segunda, Subsección “A”, en sentencia de 2 de mayo de 2013¹⁹ reconoció la condición de funcionario de hecho al señor Helmán Darío Álvarez Hernández²⁰, por prestar sus servicios como celador a la administración por más de seis (6) años, sin mediar acto de nombramiento y posesión; al respecto indicó:

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

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

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

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

(...)

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

Advierte la Sala que si una persona presta servicios como vigilante por varios años resulta inadmisibles afirmar que realiza actividades temporales e independientes, siendo que la labor contratada por la entidad exige que se brinde el servicio de seguridad en forma permanente para poder funcionar con total tranquilidad.”

Así pues, la Sala reitera la tesis que ha venido acogiendo esta Sección sobre los presupuestos indispensables para que se reconozca la existencia del funcionario de hecho, como son: la existencia del empleo público y el desempeño de funciones públicas con la anuencia y permiso de la administración, en la misma forma y apariencia como lo desempeñaría una persona

¹⁸ Sentencia de 29 de marzo de 2012. Sección Segunda, Subsección “B”, C.P: Gerardo Arenas Monsalve. Radicación número: 50001-23-31-000-2005-10496-02(1146-10), Actor: Himelda Pulido Moreno, Demandado: E.S.E. Policarpa Salavarrieta- En Liquidación.

¹⁹ Sección Segunda, Subsección A, C.P. Alfonso Vargas Rincón. Radicación 73001-23-31-000-2010-00673-01 (1555-12). Actor: Helman Darío Álvarez Hernández. Demandado: Municipio de Ibagué – Secretaria de Educación.

²⁰ De acuerdo con los hechos de la demanda, el mencionado ciudadano es esposo de la señora María Elizabeth Botero Lentino, quien actúa como parte actora dentro del presente proceso.



nombrada regularmente, pero sin que medien la totalidad de los elementos formales que configuran la relación legal y reglamentaria propia de estos servidores.

Por otra parte, es claro que para que una persona natural desempeñe un empleo en calidad de empleado público (relación legal y reglamentaria), es preciso que se realice su ingreso al servicio público en la forma establecida en la ley, vale decir, requiere de la designación válida (nombramiento o elección, según el caso) seguida de la posesión, para poder entrar a ejercer las funciones propias de dicho empleo. Así es dable concluir, que no por el hecho de haber laborado para el Estado se adquiere la calidad de empleado público, dada las condiciones especiales que se predicen de dicha vinculación establecidas en la Constitución y la Ley."²¹

Conforme lo anterior se concluye que los requisitos esenciales para la configuración del funcionario de hecho son: i) existencia del empleo público; ii) desempeño de las funciones con la anuencia de la entidad; iii) ejercicio de las funciones en la misma forma y apariencia como lo desempeñaría una persona nombrada regularmente.

3. CASO CONCRETO. PRUEBA DE LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO REALIDAD.

Recordemos que la relación laboral está compuesta por tres elementos, a saber, i) la prestación personal del servicio, ii) la subordinación o continuada dependencia y, iii) la remuneración o retribución de los servicios prestados.

Acorde con el principio de autorresponsabilidad probatoria, corresponde exclusivamente a quien alega la figura, o espera ser cobijado por la protección que brinda el principio de la primacía de la realidad, demostrar la presencia de los elementos del contrato realidad.

El argumento traído por el apelante se sustenta en la falta de acreditación de los tres elementos de toda relación laboral, puesto que a su juicio, las pruebas aportadas no dan cuenta, en especial, de la prestación del servicio, la remuneración, como tampoco de la subordinación.

Con relación a la prueba recaudada, la Sala entra a realizar el análisis individual y conjunto de la misma.

i. **La prueba documental:** Se aportaron al plenario en la oportunidad procesal pertinente, las siguientes:

²¹ CONSEJO DE ESTADO, sentencia del 13 de febrero de 2014, Exp. No. 73001-23-31-000-2011-00215-01(2300-12), M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.



- Certificado de fecha 11 de mayo de 2011, suscrito por el Profesional Universitario Código 219 G-04 del municipio de Sincé, Sucre, en el que consigna que el señor CARLOS ALBERTO ANAYA LOZANO, identificado con C.C. No. 92.530.427 prestó sus servicios como mensajero de la Alcaldía Municipal de Sincé desde el 1 de abril de 2008, mediante contrato indefinido (Folio 10).
- Solicitudes de permiso suscritos por el señor CARLOS ALBERTO ANAYA LOZANO y dirigidos a Recursos Humanos del municipio de Sincé (Folio 11 a 13 y 15).
- Oficio de fecha 24 de septiembre de 2009, suscrito por el Profesional Universitario Código 219 G-04 del municipio de Sincé, Sucre y dirigido al señor CARLOS ANAYA, como invitación a una capacitación de personal (Folio 14).
- Certificado de fecha 26 de agosto de 2011, suscrito por la Secretaria de Salud Municipal de Sincé, Sucre, en el que consigna que el señor CARLOS ALBERTO ANAYA LOZANO, identificado con C.C. No. 92.530.427 se desempeñó en dicha dependencia como mensajero, desde el 1 de abril de 2008 hasta el 30 de julio de 2011, mediante contrato verbal de prestación de servicios (Folio 16).
- Certificado de fecha 21 de septiembre de 2012, suscrito por el Profesional Universitario Código 219 G-04 del municipio de Sincé, Sucre, en el que consigna que en los archivos físicos de la entidad no reposa documento alguno relacionado con la vinculación laboral del señor CARLOS ALBERTO ANAYA LOZANO, identificado con C.C. No. 92.530.427 (Folio 38).
- Certificado de fecha 24 de septiembre de 2012, suscrito por el Tesorero General del municipio de Sincé, Sucre, en el que consigna que no existen cuentas de egresos o pagos efectuados por concepto de honorarios por prestación de servicios al señor CARLOS ALBERTO ANAYA LOZANO, identificado con C.C. No. 92.530.427 (Folio 39).
- Decreto 0039 de 2007 mediante el cual se modifica la estructura orgánica y funcional del nivel central de la administración municipal de Sincé, Sucre (Folio 40 a 57).

- Manual específico de funciones y competencias laborales para los empleos de la planta de personal del municipio de Sincé (Folio 107 a 150).

ii. Prueba testimonial: En la oportunidad procesal pertinente se recibieron las siguientes declaraciones.

- Testimonio de GILMA MARTÍNEZ PINEDA (Folio 180, CD audiencia de pruebas, min. 12:35 a 31:33). La declarante manifestó que conoce al demandante como trabajador de la alcaldía, donde desempeñaba el cargo de mensajero, adscrito a la Secretaría de Salud, y como ella trabajaba en una E.P.S. como Promotora de Salud, tenían una cercanía laboral. Declaró que como mensajero les llevaba correspondencia del municipio, que lo veía en su cargo, que cumplía un horario, pues lo encontraba en horas de la mañana y en la tarde; Dijo la declarante que el señor ANAYA LOZANO laboró entre 2008 y 2011.
- Testimonio de ALBERTO JAIME TERÁN ACOSTA (Folio 180, CD audiencia de pruebas, min. 33:50 a 55:50). El declarante manifestó que conoce al demandante pues es funcionario de la Alcaldía de Sincé desde el año 2008, ejerciendo el cargo de Jefe de Archivo y el demandante como mensajero. Declaró que en la oficina donde labora, Recursos Humanos, es donde se maneja la correspondencia, por eso es testigo de sus funciones de mensajero, pues allá recibía la correspondencia y la repartía; Dijo el declarante que el señor ANAYA LOZANO laboraba en el mismo horario que los demás trabajadores y recibía una remuneración; Indicó el testigo que el demandante estaba por contrato; manifestó además que el demandante laboró aproximadamente desde el 2008 y finalizó en junio de 2011; declaró que ANAYA LOZANO era mensajero de todas las dependencias, que recibía órdenes del Jefe de Personal, quien estaba pendiente del cumplimiento de horarios y de los secretarios de despacho del municipio.

Vistos los anteriores elementos probatorios y teniendo como horizonte los argumentos de la alzada, procede la Sala a analizar la acreditación de los elementos de la relación laboral, así:

El actor en su demanda afirmó que prestó sus servicios al municipio de Sincé entre el 1º de abril de 2008 y hasta el 29 de julio de 2011, realizando labores de mensajería, para lo cual apoyo su pretensión en las pruebas testimoniales referenciadas en acápite



anterior; No obstante, para esta Sala, dichos elementos no permiten arribar a la certeza de que el señor ANAYA LOZANO efectivamente prestó un servicio al ente demandado con fundamento en la ejecución de un contrato de prestación de servicios que, precisamente por esa ejecución se desnaturalizó.

El primer elemento de la teoría del contrato realidad en el sector estatal, deviene de la prestación de un servicio personal, pero bajo la ejecución de un contrato estatal.

Si bien esta Corporación en una oportunidad consideró que en casos como el presente no está en discusión la existencia de un contrato estatal, dado que no es necesario para que prospere la teoría del contrato realidad la acreditación solemne del contrato²², en el contexto en el que se manifestó aquello existían indicios que permitieron considerar que la forma de vinculación fue mediante un contrato estatal; y ello es necesario evidenciarlo en tales asuntos, dado que el problema jurídico principal que rodea la teoría del contrato realidad es la desnaturalización del contrato estatal, de ahí que deviene necesaria su existencia, más no su acreditación solemne.

En el sub examine, se reitera, no se logró demostrar que el origen del servicio fue la celebración de un contrato estatal, lo que hace imposible analizar el asunto bajo la óptica de la tesis del contrato realidad, en la medida en que no existe contrato estatal que se haya desnaturalizado, no hay lugar a dar primacía a la realidad entre los sujetos, puesto que no ha existido formalidad alguna que se contraponga a esta, misma razón por la cual se descarta la existencia de la figura del funcionario de hecho.

La prestación personal del servicio, como elemento de toda relación laboral trae consigo una especial condición cuando se analiza la tesis del contrato realidad en el sector público, puesto que el ejercicio de dicho servicio debe tener origen en un contrato estatal, con sustento en lo dicho en líneas anteriores, bajo el entendido, que ello es lo que se pretende desvirtuar, desnaturalizar o desdibujar; así, no toda prestación personal del servicio constituye prueba de la existencia de un acuerdo de voluntades entre una entidad pública y una persona natural con el objeto de celebrar un contrato estatal, debiendo, como se dijo, acreditarse por lo menos la existencia de un contrato estatal, sin llegar al punto de exigir prueba solemne del mismo.

²² TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, Sala de Descongestión, sentencia del 23 de enero de 2015, Exp. No. 70-001-33-31-071-2011-00550-01.



Preciso es traer a colación lo dicho al respecto por el Consejo de Estado, quien señala que es una carga probatoria del actor demostrar la existencia de una relación laboral que desnaturaliza el contrato estatal.

“CONTRATO REALIDAD – Carga de la prueba / CARGA DE LA PRUEBA - En contrato realidad es del demandante / CARGA PROBATORIA – Demostrar la existencia de una relación laboral que desnaturaliza el contrato estatal. En ese orden, se tiene que el inciso 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no crea una presunción legal que permita considerar como laboral toda relación contractual estatal en la modalidad de prestación de servicio. Antes por el contrario, la disposición en cita de manera expresa estableció que en ningún caso se generaría una relación de trabajo, por lo que, si el contratista recurre a la jurisdicción, está en la obligación de desvirtuar la naturaleza del contrato estatal, como quiera que es él quien está llamado a demostrar los elementos esenciales o configurativos de una verdadera relación laboral” (negritas fuera del texto).²³

Misma providencia donde se señaló:

“En ese orden, se tiene que el inciso 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no crea una presunción legal que permita considerar como laboral toda relación contractual estatal en la modalidad de prestación de servicio. Antes por el contrario, la disposición en cita de manera expresa estableció que en ningún caso se generaría una relación de trabajo, por lo que, si el contratista recurre a la jurisdicción, está en la obligación de desvirtuar la naturaleza del contrato estatal, como quiera que es él quien está llamado a demostrar los elementos esenciales o configurativos de una verdadera relación laboral”

En este aparte, debe la Sala hacer alusión a lo relacionado con la presunta vinculación del demandante mediante acuerdos verbales. En efecto, mediante certificado suscrito por el Profesional Universitario Código 219 G-04 del municipio de Sincé se indicó que en los archivos de la entidad no reposa registro alguno de vinculación laboral entre las partes, además, la Secretaria de Salud Municipal certificó que el demandante se vinculó mediante contrato verbal²⁴. Frente a lo anterior se hace necesario advertir que, contrario a lo señalado por el *A quo*, no encuentra la Sala que se configure un funcionario de hecho. Ello es así por cuanto no se acreditan los elementos necesarios.

Tal como se puntualizó en la correspondiente cita jurisprudencial, uno de los requisitos

²³ Ídem 3.”

²⁴ Valga recordar que el artículo 39 de la Ley 80 de 1993 dispone lo relacionado con la solemnidad de los contratos estatales, al indicar que estos deben constar por escrito. Señala la norma:

“Artículo 39º.- De la Forma del Contrato Estatal. Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles, y en general aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad.

Las entidades estatales establecerán las medidas que demande la preservación, inmutabilidad y seguridad de los originales de los contratos estatales.”



esenciales para la configuración del funcionario de hecho es la existencia del empleo, es decir, que el empleo ejecutado a través de vinculación irregular debe estar en la planta de cargos de la entidad.

Pues bien, al expediente se aportó copia del manual específico de funciones y competencias laborales para los empleos de la planta de personal del municipio de Sincé (Folio 107 a 150), de donde se desprende que el cargo de mensajero no se encuentra en la misma²⁵, razón por lo que no se configura el funcionario de hecho, porque el cargo no estaba creado.

En consecuencia, la Sala dispondrá **REVOCAR** la sentencia apelada, y en su lugar negar las pretensiones de la demanda, con sustento en lo expuesto anteriormente.

4. CON RELACIÓN A LA CONDENA EN COSTAS:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A. en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P. y por la prosperidad del recurso, se condenará en costas de primera y segunda instancia a la parte demandante, y a favor de la entidad demandada. En firme la presente providencia, realícese por el *A quo*, la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

5. CONCLUSIÓN

A guisa de conclusión, el Tribunal considera que en el presente caso, no se acreditó que el demandante haya prestado un servicio al Municipio de Sincé con ocasión de la celebración de un contrato estatal. Además, tampoco se acreditó que tenga la condición de un funcionario de hecho, lo que en el caso concreto, da lugar a **REVOCAR** la providencia apelada, bajo las consideraciones antes expuestas.

6. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

²⁵ Si bien el testigo ALBERTO JAIME TERÁN ACOSTA manifestó que para los años 2008 a 2011 existía el cargo de mensajeros en la planta de personal del municipio de Sincé, ello no se encuentra acreditado con las demás pruebas aportadas.



FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 21 de octubre de 2015 proferida por el JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO - SUCRE, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: NIEGUENSE las pretensiones de la demanda conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

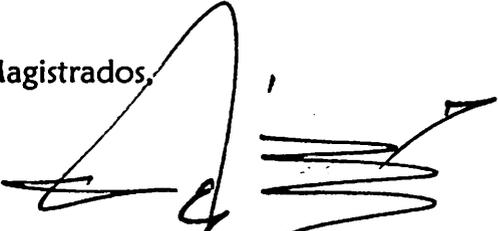
TERCERO: CONDÉNESE en costas de primera y segunda instancia a la parte demandante y a favor de la entidad demandada. En firme la presente providencia, por el *A quo*, REALÍCESE la liquidación correspondiente.

CUARTO: En firme este fallo, DEVUÉLVASE al Despacho de origen, CANCELESE su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta N° 092.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


CESAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY