



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
Sincelejo, treinta (30) 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: 70-001-33-33-007-2014-00035-01
DEMANDANTE: AMAURY ARRIETA MORALES
DEMANDADO: DEPARTAMENTO DE SUCRE – ESCUELA DE BELLAS ARTES DE SUCRE

OBJETO DE LA DECISIÓN.

Decide el Tribunal, la apelación interpuesta contra la sentencia del 2 de febrero de 2016, proferida por el JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO - SUCRE, en el proceso que en ejercicio del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO instauró AMAURY ENRIQUE ARRIETA MORALES en contra del DEPARTAMENTO DE SUCRE y la ESCUELA DE BELLAS ARTES DE SUCRE.

1. ANTECEDENTES:

1.1 LA DEMANDA.

La parte actora formuló las siguientes **PRETENSIONES**¹:

Que se declare nulo el acto administrativo contenido en el Oficio No. 101.11.03/OJ, de fecha 12 de febrero de 2013 procedente del Departamento de Sucre y en el que se despachan desfavorablemente las pretensiones elevadas en derecho de petición del 22 de enero de 2013.

Que se declare nulo el acto administrativo contenido en oficio sin número, de fecha 29 de abril de 2013, procedente de la Escuela de Bellas Artes de Sucre, en donde se despachan desfavorablemente las peticiones elevadas por el actor a dicha entidad.

¹ fol. 3 y 4 C.1.

Que en consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a las entidades demandadas a reconocer, liquidar y pagar al demandante las sumas correspondientes a nivelación y/o diferencia salarial, así como las prestaciones sociales enlistadas en el numeral 3 del acápite de pretensiones, y demás derechos laborales reconocidos por las entidades demandadas derivado del servicio de Instructor desde el mes de enero del año 2003 en la ESCUELA DE BELLAS ARTES y hasta que se haga efectivo el pago, debidamente indexado y con reconocimiento de intereses legales, más los perjuicios de orden moral, estimados en 30 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Que se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 192 y 299 de la Ley 1437 de 2011 y se condene en costas a la parte demandada.

Como FUNDAMENTOS FÁCTICOS se expuso:

Manifiesta el actor que actualmente labora como instructor de hora catedra en la institución de educación para el trabajo y desarrollo humano ESCUELA DE BELLAS ARTES Y HUMANIDADES DEL DEPARTAMENTO DE SUCRE, la cual fue creada mediante Decreto 00463 de 1970 expedido por la Gobernación de Sucre.

Que ha venido prestando sus servicios de manera personal en esta entidad, cumpliendo como mínimo 20 horas semanales, es decir, 80 horas mensuales y como retribución ha recibido al año 2013 la suma de \$535.000, lo cual considera es menos del salario mínimo legal mensual vigente.

Señala, que durante el tiempo que ha laborado jamás ha suscrito algún tipo de contrato o acta de posesión que lo vincule con las entidades demandadas, sin embargo ha venido prestando sus servicios y fuerza de trabajo desde el mes de enero del año 2003 como instructor en el área de artes escénicas, teniendo que cumplir con las instrucciones y directrices impartidas por la entidad demandada en cabeza de su director, entre estas las de cumplir horarios previamente establecidos, realizar los programas acorde con los calendarios académicos, utilizando las aulas escolares.

Reiteró que jamás ha sido nombrado ni vinculado mediante algún tipo de relación legal o reglamentaria, tampoco ha suscrito algún tipo de contrato con las demandadas, simplemente fue vinculado verbalmente.



Que actualmente la ESCUELA DE BELLAS ARTES cuenta en su planta de personal con el cargo DE instructora, el cual se encuentra adscrito a la Secretaria de Educación y es ostentado por la señora NIYIRETH ARRIETA MANJARREZ, quien fue nombrada mediante Decreto 546 de 10 de septiembre de 1984, la cual cumple las mismas funciones, tiene la misma intensidad horaria que él.

Sostiene que a pesar de cumplir con las mismas funciones que la señora NIYIRETH ARRIETA, a él no le es reconocido un salario digno acorde con las actividades que realiza y el tiempo laborado ni mucho menos se le han cancelado las prestaciones sociales establecidas en la Ley, perjudicándole enormemente, toda vez, que de los \$550.000 que recibe como salario le toca tomar una parte para cubrir los gastos relativos a salud.

Alegó además que existe una diferencia salarial entre lo percibido por él y lo devengado por los instructores de hora catedra del nivel técnico y tecnólogo Servicio de Aprendizaje- SENA Regional Sucre.

Señaló, que pese a que la ESCUELA DE BELLAS ARTES Y HUMANIDADES DE SUCRE es una entidad descentralizada de orden departamental, con autonomía administrativa y financiera, en la realidad no posee tal autonomía, pues el pago al personal que prestan los servicios a la institución está a cargo del Departamento de Sucre, quien a través del Fondo Mixto de Cultura transfiere los recursos que son entregados a la dirección de la Escuela, quien a su vez realiza los pagos informales a los instructores de la institución.

Explicó el demandante que a través del derecho fundamental de petición el día 22 de enero de 2013, presento solicitud ante la Gobernación de Sucre en los mismos términos que esta demanda.

Que como respuesta a su petición dicha entidad expidió el oficio N° 101.11.03/OJ de fecha 12 de febrero de 2013, en el cual se despacharon desfavorablemente sus peticiones, argumentándose la no existencia de una relación laboral ni vinculación reglamentaria las cuales permitieran reconocerle lo solicitado.

Finalmente expuso que el día 8 de abril de 2013 presentó petición ante la ESCUELA DE BELLAS ARTES DE SUCRE, la cual fue resuelta negativamente el día 29 de abril del



mismo año, con fundamento que no podría reconocerse lo solicitado porque el venía vinculado contractualmente con la escuela a través de órdenes de prestación de servicios.

Como **NORMAS VIOLADAS** se señalaron los artículos 2, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 54, 125, 209, 233 y 253 de la C.P.; Ley 6ª de 1945, 33 de 1985, 4ta de 1992, 27 de 1992, 443 de 1998, 909 de 2004 y la Ley 244 de 1995. Igualmente los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1042 y 1045 de 1978, 660 de 2002 y Decreto 1919 de 2002.

Como **CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN** argumenta el actor que la entidad enjuiciada con la expedición de los actos hoy cuestionados transgredió todas las disposiciones arriba mencionadas, ya que desconoció las obligaciones en ellas contenidas, las cuales protegen al trabajador en todo lo relacionado con sus derechos salariales y prestacionales. Que las normas citadas establecen que quien asume a cualquier título la función pública, tendrá derecho a percibir la remuneración correspondiente al empleo para el cual es asignado o desplazado, pues, de lo contrario se atentaría contra los principios mínimos laborales, constitucionales, entre otros el de percibir una retribución económica acorde con la calidad y cantidad de trabajo, garantizado concretamente por el Art. 53 de la Carta Política.

Señala, que el Art 32 de la Ley 80 de 1993, regula lo concerniente a los contratos de prestación de servicios haciendo énfasis a que estos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con el personal de planta o cuando se requieran conocimientos especializados.

Hace referencia a lo manifestado por la H. Corte Constitucional en la sentencia C-154 de 1997, para precisar que claramente se han establecido las diferencias entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios, donde se señalan los tres elementos esenciales para que exista un contrato de trabajo.

Dijo a su vez, que debe considerarse su caso como el de un funcionario de hecho, por cuanto actualmente existe el cargo de instructor en la Escuela de Bellas Artes, el cual tiene unas competencias y funciones asignadas de acuerdo con la Ley, las que él ha venido cumpliendo bajo las mismas condiciones, solo que con una vinculación verbal.



Por último, reafirmó que lleva más de 10 años laborando como instructor para la entidad demandada desempeñándose bajo la dependencia y subordinación de la misma, cumpliendo con las instrucciones y directrices impartidas por su director, entre las cuales está la de cumplir horarios, programas previamente establecidos acordes con los calendarios académicos previstos por la Escuela de Bellas Artes.

1.2 ACTUACIÓN PROCESAL

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 13 de febrero de 2014 (Folio 127 C. Ppal.).
- Admisión de la demanda: 4 de marzo de 2014 (Folio 134 C. Ppal.).
- Notificación a las partes: 1º de abril de 2014 (Folio 137 a 144 C. Ppal.).
- Contestación de la demanda: 21 de mayo de 2014 y 9 de junio de 2014 (Folio 153 y 176 C. Ppal.).
- Audiencia inicial: 22 de octubre de 2014 (Folio 234 a 236 C. Ppal. 2).
- Audiencia de pruebas: 3 de diciembre de 2014 (Folio 380 a 383 C. Ppal. 2)
- Continuación audiencia de pruebas: 24 de junio de 2015 (Folio 408 a 410 C. Ppal. 3).
- Sentencia de primera instancia: 2 de febrero de 2016 (Folio 427 a 443 C. Ppal. 3).
- Recurso de apelación: 8 de febrero de 2016 y 15 de febrero de 2016 (Folio 457 a 464 y 467 a 469 C. Ppal. 3).
- Audiencia de conciliación y auto que concede el recurso: 4 de marzo de 2016 (Folio 485 a 487 C. Ppal. 2).
- Auto que admite el recurso de apelación: 28 de marzo de 2016 (Folio 4 C. de Apelación).
- Auto que corre traslado para alegar en segunda instancia: 19 de abril de 2016 (Folio 15 C. de Apelación).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

1.3.1 DEPARTAMENTO DE SUCRE

La entidad contestó la demanda en memorial visible a folios 153 a 156, oponiéndose

a todas las pretensiones propuestas. Respecto de los hechos, en su mayoría manifiesta que no le constan.

Como fundamento a su oposición señaló que la Escuela de Bellas Artes, posee autonomía administrativa y financiera, tal y como lo expresa el Decreto 00463 de 1970 en su artículo, 2, la cual tiene la facultad de realizar contratos o nombramientos por lo que asume las vinculaciones que realice. Así mismo, asegura que sí, esta entidad realizó o celebró con el accionante unas órdenes de prestación de servicios bajos los parámetros de la Ley 80 de 1993, como entidad contratante, como quedó demostrado si llegase a existir algún tipo de vínculo o relación laboral es con la Escuela de Bellas Artes más no con el Departamento.

Sostuvo que el Departamento de Sucre, no tiene vínculo alguno con el accionante; ya que la realización de los convenios con el fondo mixto de cultura fue bajo el cumplimiento de los fines del Estado y que en ningún momento esto genera una obligación contractual o de carácter laboral con el señor Arrieta Morales.

Propuso la excepción de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA: Argumenta esta excepción afirmando que no debe vincularse al Departamento de Sucre, como parte dentro del presente litigio, ya que esta entidad nunca ha celebrado contrato o le ha realizado nombramiento al demandante, es decir que nunca ha existido un vínculo de ninguna índole con este.

1.3.2 ESCUELA DE BELLAS ARTES Y HUMANIDADES DE SUCRE.

La entidad se opuso a todas y cada una de las pretensiones endosadas en la demanda. Con relación a los hechos manifestó que no son ciertos en su mayoría si no que constituyen apreciaciones subjetivas del demandante.

Su tesis de defensa se fundamenta en que el señor Amaury Arrieta prestó sus servicios a esta entidad en calidad de contratista, por medio de contratos prestación de servicios profesionales de conformidad a lo contenido en la Ley 80 de 1993, por lo que no se genera ningún tipo de relación laboral entre esta y la Escuela de Bellas Artes, la cual dé lugar al reconocimiento de alguna prestación económica.

Adujo, que el Art. 122 de la Constitución Política señala que no habrá empleo público



que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento y para proveer los cargos de carácter remunerado requieren que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente, por su parte el Art. 123 señala quiénes son las personas que adquieren la calidad de servidores públicos.

Citó concretamente lo establecido en el Art. 32 de la ley 80 de 1993, para manifestar que al interior de esta institución se presentó la necesidad de contratar la prestación de servicios profesionales de personas no vinculados al servicio estatal, para que desempeñaran funciones propias de los instructores en artes plásticas, música, diseño gráfico y artes escénicas para atender los alumnos de la escuela tal como lo permite esta normativa y que además estas personas tenían la flexibilidad al ser contratados de concertar el cronograma de trabajo con el coordinador, lo que les permitía desempeñar funciones en otras entidades o empresas.

Concluye, que en virtud de lo anterior, la Escuela de Bellas Artes y humanidades de Sucre no puede reconocer la existencia laboral ni tampoco prestaciones sociales al señor Amaury Arrieta Morales, toda vez que lo que existió fue un vínculo contractual.

Propuso las excepciones de: i) INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO. La vinculación del demandante fue realizada a través de contratos, mediante Órdenes de prestación de servicios, contratación que no genera ningún tipo de relación laboral y por ende ninguna prestación social, ello con base a lo establecido por el Art. 32 de la Ley 80 de 1993; ii) PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS RECLAMADOS. Arguyendo esta excepción en el análisis del factor tiempo transcurrido entre la fecha en que se celebraron los contratos y el momento en que inicia su reclamación ante la sede Judicial es decir 3 años o más; iii) COBRO DE NO LO DEBIDO: Funda esta solicitud en que el demandante está cobrando a esta entidad unas sumas que no adeuda.

1.4 LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juez de primera instancia consideró que se logró establecer que la vinculación del actor se dio por medio de órdenes de servicios, las cuales dan cuenta de una relación de tipo contractual, de la que se infiere tenía conocimiento la parte demandante, teniendo en cuenta los comprobantes de pago de honorarios que respaldan las

órdenes y que fueron firmados por él.

Consideró el *A quo* que, demostrada como está la prestación personal del servicio del demandante, al tenor de las Jurisprudencias atrás transcritas, la subordinación y la dependencia se encuentran ínsitas en las labores que desarrollan los docentes como también en los docentes de cátedra, considera este Despacho Judicial, que en el caso bajo estudio se generó una relación laboral, pues no es posible concebir el desarrollo de la labor docente de manera autónoma o independiente, resultando de su esencia no sólo la subordinación si no la prestación personal del servicio, que le da derecho al actor a recibir a título de reparación del daño, el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales con base en los honorarios señalados en las respectivas órdenes de prestación de servicios allegadas al proceso.

Indicó además, que el elemento remuneración se encuentra acreditado con las órdenes de prestación de servicios, comprobantes de pago de honorarios, cuenta de cobro, anexos una de ellas certificaciones y demás documentos que dan cuenta de los pagos recibidos por el actor por la labor.

Al pronunciarse respecto de la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el DEPARTAMENTO DE SUCRE, indicó que existe una responsabilidad directa en cabeza del Departamento de Sucre para responder de manera solidaria en el caso en estudio y como consecuencia de ello resolvió declarar no prospera la excepción propuesta por la parte demandada DEPARTAMENTO DE SUCRE.

En consecuencia, el *A quo* declaró la nulidad de los actos demandados, al tiempo que condenó al DEPARTAMENTO DE SUCRE y a la ESCUELA DE BELLAS ARTES Y HUMANIDADES DE SUCRE a pagar al actor a título de indemnización, el valor equivalente a las prestaciones sociales comunes devengadas por los docentes vinculados mediante relación legal y reglamentaria a la Escuela de Bellas Artes, durante los periodos que prestó sus servicios a esta entidad esto.

1.5 EL RECURSO DE APELACIÓN:

1.5.1 PARTE DEMANDANTE: El apoderado de la parte actora interpuso oportunamente recurso de apelación contra la sentencia del 2 de febrero de 2016,

alegando que si bien se reconocieron unos periodos laborados, existen pruebas que acreditan que el señor AMAURY ARRIETA MORALES, laboró desde FEBRERO de 2003, con la Escuela de Bellas Artes de Sucre, y por lo tanto debió reconocerse desde esa fecha la indemnización respectiva.

Citó lo dispuesto en los artículos 211 del CPACA y 176 del CGP, en lo que respecta al análisis de las pruebas para una decisión de fondo.

Manifestó que el derecho del demandante de obtener el reconocimiento de los períodos que realmente trabajó, a título de indemnización del daño, no puede estar supeditada únicamente a los documentos que aportó dicha entidad, la cual como quedó probado en el proceso solo existe en los documentos de su constitución y/o creación, sin que se haya organizado y formado de manera estructurada, pues dicha entidad jamás ha tenido un presupuesto propio, ni una planta de personal propia, pese a ser una entidad descentralizada del orden Departamental jurídicamente reconocida. Dicha entidad ha sido manejada por la Gobernación de Sucre de manera informal desde que fue creada, lo que la ha llevado siempre a la improvisación en términos administrativos y financieros que son requisitos indispensables en toda organización, máxime si se trata de una entidad pública. Dicha improvisación y manejo informal es lo que llevó a la Escuela de Bellas Artes de Sucre a prácticas irregulares en la forma de vinculación de los docentes hora cátedra, como quedó demostrado dentro del proceso con el señor AMAURY ARRIETA MORALES, quien a pesar de haber laborado de manera ininterrumpida desde FEBRERO del año 2003, tan solo se allegaron ordenes de servicio y otros documentos, del año 2011 en adelante.

Señaló que en un pronunciamiento anterior, en un caso de similares características, el *A quo* reconoció la existencia de un funcionario de hecho.

Indicó el recurrente que el Juez de la causa no puede desconocer por el solo hecho de la ritualidad, los hechos probados en el proceso, es decir, que el demandante desde febrero del año 2003 laboró con la Escuela de Bellas Artes de Sucre, así lo señaló la señora NIYIRETH ARRIETA, en su testimonio bajo la gravedad del juramento el cual fue valorado en la sentencia dándosele credibilidad y se corroboró con el dicho del señor SAMITH CENTANARO SUAREZ, quien también señaló que el señor AMAURY

ARRIETA MORALES inició su labor como instructor de la escuela desde el 2003, en el programa de artes escénicas, por su parte el demandante en su interrogatorio bajo juramento así lo confirmó cuando dijo que venía laborando con la Escuela de Bellas Artes desde febrero del año 2003 mediante la modalidad de contratación verbal. Estos testimonios al unísono mencionan la fecha desde la cual comenzó su labor ininterrumpida como docente el señor AMAURY ARRIETA en la Escuela de Bellas Artes y Humanidades de Sucre, dichos testimonios fueron valorados por el Juzgado, el cual les dio plena credibilidad, pues no son mentirosos, por lo tanto merecen ser tenidos en cuenta no solo para determinar que entre el demandante y la demanda Escuela de Bellas Artes existió una relación basada en la subordinación laboral y que dicha relación era similar a la que cumplía la Sra. NIYIRETH ARRIETA y otros docentes más que venían nombrados por la Gobernación de Sucre, es decir, que pertenecen a la planta de personal, asignados a la Escuela de Bellas Artes, sino que deben tenerse en cuenta también para establecer el extremo temporal de dicha relación como funcionario de hecho.

Resalta el apelante el hecho que al señor YONI HERRERA, nombrado por la Gobernación de Sucre como docente asignado a la Escuela de Bellas Artes, le fueron asignada funciones de Director de la Escuela desde el año 2011, antes de esa fecha fungía también como docente en la misma; es decir, que si el mismo director de la escuela fue nombrado por la Gobernación de Sucre, es una prueba más demostrativa, que el análisis debe hacerse como funcionario de hecho, y que los requisitos para su configuración debe partir comparando la labor que realizaba el demandante con la que realizaban los docentes de la planta de personal de la Gobernación de Sucre asignados a la Escuela de Bellas Artes, pues ya se ha dejado claro en este proceso, que dicha Escuela no posee ningún tipo de autonomía administrativa ni financiera, siendo todo manejado directamente por la Gobernación, de ahí que se le haya condenado al pago de la indemnización a que haya lugar.

Que desde el año 2011 que entró con funciones de Director el señor HERRERA, es que al parecer se inició la vinculación de los docentes hora cátedra mediante órdenes de servicio, las cuales se aportaron al proceso, sin embargo, la inexistencia de ese documento de los años anteriores, no puede ser óbice para no reconocer que el demandante realizó su labor docente, pues exigirle al mismo que los aportara para

poder demostrar su relación laboral no es una carga que esté obligada a soportar, máxime si quien omitió obligación de realizarlos fue la entidad pública, debiéndose aplicar en este caso lo señalado en el art. 167 del Código General del Proceso.

Señaló, respecto de la certificación de fecha 14 de agosto de 2013, suscrita por el señor YONY ALBERTO HERRERA FLOREZ, Director actual de la Escuela, que muestra la poca responsabilidad asumida frente al tema de vinculación laboral de los docentes allí relacionados, entre ellos el demandante ARRIETA MORALES, omitiendo sus fechas de vinculación; sin embargo, deja ver claramente que el demandante venía laborando desde años atrás con la institución, También se observa otra certificación de fecha agosto 16 de 2013, en donde el mismo director de la Escuela señala que el demandante se encuentra vinculado mediante órdenes de servicio.

Finalmente alude que la evidencia de la prestación personal del servicio del señor AMAURY ARRIETA MORALES, el hecho de que no fue nombrado mediante acto administrativo que lo vinculara formalmente al servicio como empleado público ni tomó posesión de un destino público como docente, que recibió salarios con cargo al presupuesto del Departamento de Sucre y que en la ejecución de la labor desempeñada por el actor se configuran los elementos de una relación laboral, son razones suficientes para afirmar que fungió como empleado de hecho al servicio de la Escuela de Bellas Artes y Humanidades del Departamento de Sucre, ininterrumpidamente desde el año 2003 hasta diciembre del año 2014, fecha en la que fue desvinculado.

1.5.2 PARTE DEMANDADA: El DEPARTAMENTO DE SUCRE apeló oportunamente la sentencia de primera instancia, argumentando que la Escuela de Bellas Artes posee autonomía administrativa y financiera, tal y como lo expresa el Decreto 00643 de 1970, en su artículo 2º, es decir tiene facultad para realizar contrato o nombramientos, por lo que asume las vinculaciones que realice; dicha entidad celebró unas ordenes de prestación de servicio con el accionante, bajo los parámetros de la Ley 80 de 1993, como entidad contratante, dejando claramente demostrado que si llegare a existir algún tipo de vínculo o relación laboral es con la Escuela de Bellas Artes, y no con el Departamento de Sucre.

Que la Escuela de Bellas Artes celebró ordenes de prestación de servicios con el accionante pero en ningún momento celebró contratos con el Departamento de Sucre y además no se violó norma alguna sino que hizo uso de la forma de contratación estipulada en la ley 80 de 1993, vigente al momento de la contratación, y el vínculo contractual que emerge de los contratos de prestación de servicios no es contrario a la ley.

Adujo que no existe identidad entre la relación jurídica derivada del contrato y la situación legal y reglamentaria, ya que, entre otras razones, el hecho de prestar un servicio a favor del Estado no puede en ningún caso conferir el status de empleado público, sujeto a un específico régimen nomológico.

Manifestó el apelante que no existe violación del derecho de igualdad por el hecho de la suscripción de los contratos de prestación de servicios, puesto que la situación del empleado público, la cual se estructura por la concurrencia de elementos sin los cuales dicha relación no tiene vida jurídica¹- tales como el concurso previo, el nombramiento y la posesión-, es distinta de la que se origina en razón de un contrato de prestación de servicios. Esta última no genera una relación laboral ni prestaciones sociales.

La concurrencia de los requisitos para que se declare la existencia de un contrato de trabajo no ha sido demostrada por la demandante.

Además, que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador, y en ese evento surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales, (art. 53 C.P.). Lo cual no ocurrió en el presente caso que en realidad lo que ocurrió fue la gestión de una actividad coordinada y complementaria.

Finalmente indicó que el Departamento de Sucre, no tiene vínculo alguno con el accionante, ya que la realización de unos convenios con el fondo mixto de cultura se hicieron, bajo cumplimiento de los fines del Estado, en ese orden la Gobernación de Sucre, como cualquier entidad de carácter público está en la obligación de cumplir con los fines Sociales Estatales, por lo que el Departamento de Sucre, destinó unos



recursos específicos, para el Fondo Mixto de Cultura, que serían girados previo cumplimiento del objeto del convenio; convenio que en ningún momento genera obligación contractual o de carácter laboral con el accionante, ya que éste fue realizado entre el Fondo Mixto de Cultura y el Departamento de Sucre, por un periodo determinado y valor específico como apoyo a los programas culturales que realiza el Fondo Mixto de Cultura.

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 no presentó concepto de fondo.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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. CUESTIÓN PREVIA. LIMITES DEL RECURSO DE APELACIÓN.

En este punto, es menester aclarar, que conforme a las normas que regulan la materia, la competencia del *Ad quem*, se encuentra claramente determinada por los argumentos de los recursos de apelación, tal como lo consagran los artículos 320 y 328 del C.G.P. La primera de dichas normas es del siguiente tenor:

“ARTÍCULO 320. FINES DE LA APELACIÓN. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión”.

La apelación exige que el recurrente confronte los argumentos expuestos por el fallador de primera instancia con sus propias razones de inconformidad, para determinar si las pruebas y el sustento jurídico han sido correctamente valorados², por cuanto, siguiendo lo dicho por el H. Consejo de Estado, *“la labor de la segunda instancia consiste en verificar, sobre la base de la decisión impugnada, el acierto o el error del A-quo en el juicio realizado, circunscribiéndose a dicho aspecto la competencia”*³.

Por ello, el procedimiento impugnatorio en sede de alzada, solo permite al *Ad quem* revisar la providencia en cuanto al agravio que se denuncie en el escrito contentivo del recurso, esto es, la segunda instancia no es oficiosa, sino que depende de la iniciativa impugnatoria de la parte, limitando ello, la competencia del superior para pronunciarse sobre aspectos no alegados o argumentos que no fueron formulados por el recurrente contra la decisión judicial⁴.

Así lo ha expuesto, el Tribunal Supremo de lo C. A., señalando que, *“el marco de competencia funcional de esta Sala, para decidir la controversia en segunda instancia, se circunscribe al análisis de los puntos que fueron materia de apelación, referidos a los aspectos conceptuales y argumentativos esbozados por el recurrente, en la medida en que éste es el único que puede calificar lo que de la decisión de primera instancia fue desfavorable a sus intereses, de suerte que los aspectos que no fueron objeto del recurso de apelación se encuentran excluidos del debate sustancial en esta instancia, tal como lo dispone el inciso primero del artículo 357 del C. de P.C. La jurisprudencia ha sostenido a este respecto que “las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo”*⁵

Por consiguiente, los reparos específicos que de forma concreta se expresen en la sustentación del recurso de apelación, constituyen el marco del Juez de segunda instancia para llevar a cabo la función revisora de la providencia impugnada, puesto que, esa función de –revisar sentencia –, que no es oficiosa tiene que apoyarse en la argumentación contenida en la sustentación del recurso de apelación, que le debe

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta C. P. Dr. William Giraldo Giraldo, providencia de 13 de agosto de 2009. Rad. 76001-23-31-000-2006-00004-01 (17136).

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta C. P. Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié, sentencia de 12 de mayo de 2003, Exp.13444.

⁴ Consejo de Estado, Sección II, Subsección A, Expediente No. 70001-23-31-000-1998-00428-01(0536-11).

⁵ Consejo de Estado, Sección III, Subsección A, Radicación número: 855001-23-31-000-1998-00118-01(19705), sentencia del 16 de septiembre de 2013. C. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Igualmente Consejo de Estado, providencia de 26 de enero de 2011, C. P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

servir al *Ad quem*, para soportar la decisión de revocar o modificar la sentencia de primera instancia según lo pretendido por el apelante

2.3. PROBLEMA JURÍDICO.

En orden de lo expuesto, se presenta como problema jurídico, el siguiente, con fundamento en los planteamientos de los recurrentes⁶.

Debe la Sala establecer: 1. ¿si él demandante tiene derecho al reconocimiento de la nivelación salarial, prestaciones sociales y demás derechos laborales, con ocasión del presunto servicio prestado como instructor en la ESCUELA DE BELLAS ARTES Y HUMANIDADES DE SUCRE desde el año 2003 y hasta el año 2011, bajo la figura del funcionario de hecho; 2. ¿Está legitimado el DEPARTAMENTO DE SUCRE para entrar a responder por las pretensiones de la parte demandante?

De cara a lo anterior, La Sala estima que los reparos expuestos a la sentencia de primera instancia por los apelantes no están llamados a prosperar y por consiguiente la providencia será confirmada, bajo los siguientes argumentos:

2.3.1 FUNCIONARIO DE HECHO. ELEMENTOS ESENCIALES.

Como quiera que el argumento central de la alzada de la parte actora lo constituye el tema del 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 funcionario⁷.

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

⁶ Sobre el alcance de la apelación, nos ilustra el máximo tribunal de lo contencioso: “Los límites materiales y formales que se tiene en esta instancia están determinados por el contenido de la apelación. Por esta razón, dispone el artículo 357 CPC que este recurso se entiende interpuesto en lo desfavorable al apelante, de manera que no se puede agravar la situación del apelante único”. A este principio se le ha denominado como la no reformatio in pejus.

No obstante la anterior regla, ella se rompe en dos casos, por lo menos en este tipo de procesos ordinarios, pues en algunos de naturaleza constitucional, como la tutela, se admite la posibilidad de reformar en peor, pero en la instancia de la revisión oficiosa que hace la Corte Constitucional -no cuando se trata de la resolución al recurso de apelación del apelante único-: i) cuando apelan las dos partes del proceso, o ii) cuando quien no apela se adhiere al recurso.

En estos dos supuestos la ley autoriza, por razones lógicas, que el juez no quede atado a la favorabilidad que cada apelante busca para su situación procesal, con la interposición del recurso, pues es preciso dotarlo de la capacidad para resolver con libertad, pues de no hacerlo carecerían de sentido los recursos interpuestos, pues el *ad quem* no podría decidir en ningún sentido.

En efecto, si las dos partes apelan, y si además no se pudiera reformar en peor, se tendría que mantener intacta la sentencia, pues lo que se diga frente a cada recurso normalmente busca mejorar la posición de quien lo interpone, y desmejorar la de su contraparte. En tal caso, sería inútil tramitar los recursos de apelación.” CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Sentencia del 1 de octubre de 2008. Radicación número: 52001-23-31-000-1994-06078-01(17070). Actor: RICARDO HERNÁNDEZ SUÁREZ. Demandado: CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL PARA EL DESARROLLO DE NARIÑO-CORPONARIÑO.

⁷SAYAGUES LASO. Enrique. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Cuarta Edición. Montevideo 1974. páginas 300 a 302.

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.

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 regularmente⁸.

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.

⁸ 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).

Esta tesis doctrinal fue reiterada por la Sección Segunda, Subsección "A" en sentencia del 8 de marzo de 2001, en la que sostuvo⁹:

"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 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

⁹ Expediente No. 08001-23-31-000-1995-9370-01 (417-00). Actor. Edmundo Drago M. Magistrado Ponente. Nicolás Pájaro Peñaranda.

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 irregular¹⁰, desempeñan funciones que corresponden efectivamente a un empleo público debidamente creado¹¹ 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 pública¹².

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.).”.

¹⁰ Sentencia proferida por la Sala Plena de esta Corporación de 6 de octubre de 1992, radicación AC-273.

¹¹ Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativa del Consejo de Estado de 96/08/15, radicación 8886.

¹² Sentencia de la Sección Primera de 26 de agosto de 1991. Radicación 1453.

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 esbozados¹³ 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 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 forma¹⁴.

Atendiendo las pautas jurisprudenciales anteriores, la Sección Segunda, Subsección “A”, en sentencia de 2 de mayo de 2013¹⁵ reconoció la condición de funcionario de hecho al señor Helmán Darío Álvarez Hernández¹⁶, 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

¹³ 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.

¹⁴ 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.

¹⁵ 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 – Secretaría de Educación.

¹⁶ 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.

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 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 predicán de dicha vinculación establecidas en la Constitución y la Ley.”¹⁷ (Negrillas para resaltar)

Conforme lo anterior se concluye que los requisitos esenciales para la configuración del funcionario de hecho son: i) existencia del empleo o cargo 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.

En el presente asunto, la parte actora solicitó la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio N° 101.11.03/OJ, de fecha 12 de febrero de 2013, procedente de la Gobernación de Sucre, así como del oficio sin número de fecha 29 de abril del mismo año, expedido por la Escuela de Bellas Artes de Sucre.

Manifestó la parte actora en la demanda, que el señor ARRIETA MORALES laboró como instructor de hora catedra en la institución de educación para el trabajo y desarrollo humano ESCUELA DE BELLAS ARTES Y HUMANIDADES del Departamento de Sucre desde el mes de enero del año 2003 y hasta la fecha.

Tramitado el plenario, el *A quo* consideró que se encontraba acreditada la prestación del servicio del señor AMAURY ENRIQUE ARRIETA MORALES, más no por los tiempos solicitados en la demanda sino desde el 30 de enero de 2011 al 30 de mayo de 2011, del 30 de junio de 2011 hasta el 30 de octubre de 2011, del 18 de julio de 2011 hasta el 18 de noviembre de 2011, del 30 de enero de 2012 al 30 de mayo de

¹⁷ 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.



2012, del 30 de julio de 2012 hasta el 30 de septiembre de 2012, del 30 de septiembre de 2012 hasta el 30 de noviembre de 2012, del 30 de octubre de 2012 al 30 de diciembre de 2012, del 30 de enero de 2013 hasta el 30 de abril de 2013, del 30 de abril de 2013 al 30 de mayo de 2013 y del 30 de mayo de 2013, hasta el 30 de septiembre de 2013. El *A quo* guardó silencio en torno al presunto tiempo de servicio del demandante desde el año 2003.

Inconforme con ello, la parte actora argumentó en su recurso de apelación que el demandante laboró desde febrero del año 2003 con la Escuela de Bellas Artes de Sucre, tal como lo relatan los testimonios rendidos en el proceso, los que deben tenerse en cuenta para establecer el extremo temporal de dicha relación como funcionario de hecho.

En cuanto a lo relacionado con la presunta vinculación del demandante mediante acuerdos verbales¹⁸, son los testigos traídos al proceso quienes manifiestan que el demandante sí prestó sus servicios a la ESCUELA DE BELLAS ARTES Y HUMANIDADES DE SUCRE desde el año 2003, no obstante lo anterior, se hace necesario advertir que, contrario a lo señalado por el apelante, 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 esenciales para la configuración del funcionario de hecho es la existencia del empleo, es decir, que las funciones ejecutadas a través de vinculación irregular corresponde a un cargo que esta creado en la planta de la entidad.

En el sub iudice, al expediente no se aportó copia de la planta de cargos o manual específico de funciones y competencias laborales para los empleos de la planta de la ESCUELA DE BELLAS ARTES Y HUMANIDADES DE SUCRE, como tampoco del DEPARTAMENTO DE SUCRE, a efectos de verificar que el cargo que presuntamente ejecutó el señor ARRIETA MORALES (Instructor), se encuentra en la planta de personal, razón por lo que no se configura el funcionario de hecho.

¹⁸ 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."

2.3.2. FALTA DE LEGITIMACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE SUCRE.

El DEPARTAMENTO DE SUCRE en su recurso de apelación reitera su falta de legitimación para entrar a responder por los hechos alegados en este asunto, dado que la ESCUELA DE BELLAS ARTES Y HUMANIDADES DE SUCRE goza de autonomía administrativa y financiera.

Al plenario se aportó copia del Decreto 00463 de 1970, suscrito por el Gobernador del Departamento de Sucre, en cuyo artículo 2º se dispuso (Folio 167 y 168 C. Ppal.):

“Créase la escuela de BELLAS ARTES Y HUMANIDADES del Departamento de Sucre como entidad autónoma descentralizada que tendrá a su cargo la preparación de personal en Arte Dramático, Pintura, Artesanía, Escultura, Danzas y Música, Mediante cursos de información general y enseñanza de técnicas auxiliares.”

No obstante lo anterior, mediante Decreto 0607 de 2009 (Folio 224 y 225 C. Ppal. 2), se modificó el artículo primero del Decreto 00463 de 1970, en el sentido de reconocer a la escuela de BELLAS ARTES Y HUMANIDADES como una Institución de Educación para el Trabajo y el Desarrollo Humano.

Mediante el Decreto 2888 del 31 de julio de 2007 se reglamentó la creación, organización y funcionamiento de las instituciones que ofrecen el servicio educativo para el trabajo y el desarrollo humano, lo que antes se denominaba “educación no formal”.

El artículo 4º de la norma en mención señaló:

“ARTÍCULO 4º. _ NATURALEZA Y CONDICIONES DE LAS INSTITUCIONES DE EDUCACION PARA EL TRABAJO Y EL DESARROLLO HUMANO: Se entiende por institución de educación para el trabajo y el desarrollo humano, toda institución de carácter estatal o privada organizada para ofrecer y desarrollar programas de formación laboral o de formación académica de acuerdo con lo establecido en la ley 115 de 1994.

La institución de educación para el trabajo y el desarrollo humano para ofrecer el servicio educativo debe cumplir los siguientes requisitos:

- a). Tener licencia de funcionamiento o reconocimiento de carácter oficial.
- b). Obtener el registro de los programas de qué trata el presente decreto.”

Por su parte, el artículo 6 *ídem* señala:

“ARTICULO 6º. _ RECONOCIMIENTO OFICIAL. Para las instituciones de educación para el trabajo y el desarrollo humano de carácter estatal, el acto administrativo de creación constituye el reconocimiento de carácter oficial.”



Como se aprecia, si bien la ESCUELA DE BELLAS ARTES Y HUMANIDADES DE SUCRE en un principio fue creada como una entidad descentralizada del orden departamental, a partir del Decreto 0607 de 2009 obtuvo una nueva naturaleza jurídica, puesto que como lo dispone la norma antes citada, el acto de reconocimiento oficial constituye el de creación de la Institución de Educación para el Trabajo y el Desarrollo Humano.

En este caso, la ESCUELA DE BELLAS ARTES Y HUMANIDADES DE SUCRE se constituyó como una Institución de Educación para el Trabajo y el Desarrollo Humano de carácter oficial y del orden departamental, razón por lo que depende de la administración Departamental de Sucre¹⁹, muy a pesar que cuente con personería jurídica propia y su representante legal tenga facultades para celebrar contratos en nombre de dicha entidad conforme las disposiciones de la Ley 80 de 1993, situación que se advierte en el expediente (Folio 157 a 166 C. Ppal.).

En consecuencia de lo anterior, y como quiera que el demandante manifiesta haber prestado sus servicios a la ESCUELA DE BELLAS ARTES Y HUMANIDADES DEL DEPARTAMENTO DE SUCRE, no comparte esta Sala los argumentos de la demandada apelante, de modo que el DEPARTAMENTO DE SUCRE si está llamado a responder por lo pretendido en la demanda.

Recapitulando, el Tribunal considera que en el presente caso, no se acreditó que se haya configurado un funcionario de hecho con ocasión de la prestación del servicio del demandante en la ESCUELA DE BELLAS ARTES Y HUMANIDADES DE SUCRE desde el año 2003; como tampoco la falta de legitimación del DEPARTAMENTO DE SUCRE para responder por los hechos del presente asunto, lo que en el caso concreto, da lugar a CONFIRMAR la providencia apelada, bajo las consideraciones antes expuestas.

3. CON RELACIÓN A LA CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

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 no prosperidad de ninguno de los recursos interpuestos por las partes, no se condenará en costas de segunda instancia a

¹⁹ En consulta hecha en el SISTEMA NACIONAL DE INFORMACIÓN CULTURAL se constató la naturaleza pública de la ESCUELA DE BELLAS ARTES Y HUMANIDADES DEL DEPARTAMENTO DE SUCRE, así como su dependencia con la administración del orden Departamental. Al respecto puede consultarse en <http://www.sinic.gov.co/SINIC/Secciones/PaginaDireCulDetalle.aspx?AREID=2&Id=768&SERID=14>



la parte demandante.

4. 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,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 2 de febrero de 2016, proferida por el JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO – SUCRE, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

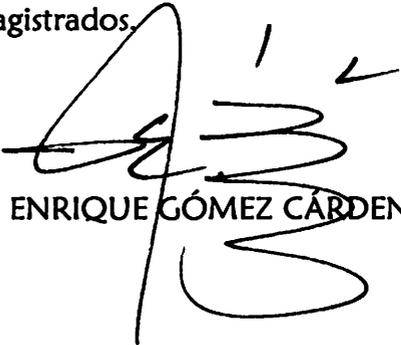
SEGUNDO: Sin condena en costas.

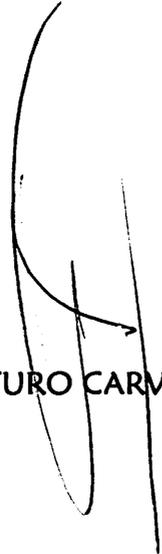
TERCERO: En firme este fallo, DEVUÉLVASE al Despacho de origen, CANCELESE su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

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° 097.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


CESAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS


RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Ausente con permiso