



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, catorce (14) de noviembre de dos mil catorce (2014)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-001-2013-00248-01
DEMANDANTE: BENJAMÍN TEHERÁN ARRIETA
DEMANDADO: MUNICIPIO DE COROZAL - SUCRE
M. DE CONTROL: NULIDAD Y REST. DEL DERECHO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación, interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia de fecha 25 de julio de 2014, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se accedió, parcialmente, a las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1. Pretensiones¹:

El señor **BENJAMÍN TEHERÁN ARRIETA**, por intermedio de apoderado judicial, presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contra el **MUNICIPIO DE COROZAL - SUCRE**, con el fin de que se declarara la nulidad del acto administrativo de fecha 2 de julio de 2013, como consecuencia de lo anterior, se ordenara a la entidad demandada, a reconocerle y pagarle las prestaciones sociales y los salarios adeudados, desde el 11 de enero a 3 mayo de 2012.

¹ Ver folio 1-2, del cuaderno de primera instancia.

Así mismo, solicitó, se diera aplicación al artículo 53 de la Constitución Política y a cada uno de los convenios y tratados internacionales de la OIT, ratificados por el Congreso de la República.

1.2.- Hechos y fundamentos jurídicos de la demanda²:

Se resumen de la siguiente manera:

Indicó el accionante, que laboró a favor del Municipio de Corozal, en el cargo de celador del Hogar Agrupado los Guayacanes, a través de un contrato verbal - contrato realidad, desde el 11 de enero al 3 de mayo de 2012, por órdenes del alcalde, de manera continua e interrumpida, las 24 horas del día, sin descanso alguno.

El día 3 de mayo de 2012, se dio por terminado el vínculo laboral, que el actor tenía con la entidad demandada, por cuanto, se había nombrado nuevo personal; así mismo, se le comunicó al señor Benjamín Teherán, que se acercara a la Oficina de Planeación Municipal, para legalizarle su situación, respecto del pago de los meses de trabajo adeudados, no obstante, luego de haberse dirigido en varias oportunidades, no recibió respuesta, por lo que presentó reclamación formal el día 12 de junio de 2013.

El 30 de enero de 2013, la Secretaria de Educación Municipal de Corozal Sucre, certificó la prestación de los servicios laborales del demandante y el valor de los salarios pactados.

El último salario devengado por el actor, fue la suma de \$ 700.000.00, conforme a las directrices indicadas por el alcalde, para la prestación de sus servicios como celador; el horario de trabajo, era de lunes a domingo, 24 horas diarias, sin descanso alguno.

² Ver folios 3-8, del cuaderno de primera instancia.

Al tener la calidad de trabajador permanente, el señor Benjamín Teherán Arrieta, tiene derecho a que se le reconozca y pague las prestaciones sociales: cesantías, intereses a la cesantía, prima de servicio, prima de navidad y vacaciones, sanción moratoria, consistente en un día de salario, por cada día de retardo injustificado en el pago de las cesantías, dotación de calzado y vestido de labor, recargos nocturnos, dominicales y festivos; así mismo, tiene derecho, a que se le paguen los salarios adeudados.

Durante la vigencia de la relación laboral, el demandante, no fue afiliado a ningún fondo de pensiones y cesantías, ni se le reconoció suma alguna, por este concepto.

Adujo, que en atención a lo anterior, presentó derecho de petición a la entidad demandada, el cual, fue resuelto de manera negativa, el día 2 de julio de 2013, al considerar que su vinculación, fue a través de órdenes de prestación de servicios, las cuales no daban derecho a las acreencias laborales reclamadas. Al respecto, aclaró el actor, que durante el tiempo que laboró a favor del Municipio de Corozal, no estuvo vinculado por OPS, sino a través de contrato verbal.

El día 9 de Octubre de 2013, se llevó a cabo la audiencia de conciliación, ante la Procuraduría 103 Judicial I para Asuntos Administrativos de Sucre, la cual, se declaró fallida, ante la falta de ánimo conciliatorio.

Como **soportes jurídicos** de su pretensión, adujo preceptos de carácter constitucional y legal, así: artículos 1, 2, 4, 13, 25, 28, 48, 53, y 122, 123, 124, 300 numeral 7 y 305 de la C.P, artículo 7 de la Ley 6ª de 1945, artículo 2º de la Ley 244 de 1995, artículo 83 del Decreto 1042 de 1978, artículo 7 del Decreto 1950 de 1993, Ley 100 de 1993, Ley 344 de 1996, y Ley 50 de 1990, Decreto 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969, artículos 3 y 5 del Decreto 3130 de 1968, Ley 80 de 1993, Decreto 1042 de 1978, Ley 1233 de 2008, Decreto 4588 de 2006, artículo 16, 17, 23 del CST y demás normas concordantes.

Concepto de la violación: Adujo el demandante, que estuvo vinculado con el Municipio de Corozal-Sucre, en el periodo comprendido entre el 11 de

enero al 3 de mayo de 2012. La prestación de sus servicios, se llevó a cabo de manera personal e ininterrumpida, cumplió con las funciones propias de un empleado, sujeto a las órdenes y horarios de trabajo asignados por la entidad demandada, no obstante, se desconoció esa calidad, para negarle el derecho a las prestaciones sociales y demás emolumentos laborales reclamados.

1.3. Contestación de la demanda³.

La entidad demandada, mediante escrito de fecha 18 de febrero de 2014, contestó la demanda, oponiéndose a cada una de las pretensiones, por carecer de fundamentos fácticos y jurídicos.

Propuso las excepciones de falta de jurisdicción y competencia, de prescripción y la genérica.

1.4.- Sentencia impugnada⁴.

El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de 25 de julio de 2014, declaró la nulidad del acto administrativo demandado; en consecuencia, ordenó al Municipio de Corozal, a reconocer y pagar al señor Benjamín Teherán Arrieta, las prestaciones sociales reconocidas a los empleados de la entidad, que desempeñaban similar labor, causadas en el periodo comprendido entre el 11 de enero al 3 de mayo de 2012, tomando como base para la liquidación respectiva, los honorarios contractuales, es decir, la suma de \$700.000.

Así mismo, resolvió negar las demás pretensiones de la demanda, consistente en el pago de salarios y de sanción moratoria.

Como fundamento de su decisión, el A quo señaló, que de acuerdo al recaudo probatorio, se observaba que el actor, demostró la existencia del vínculo con la entidad y si bien, se afirmaba en la demanda, que fue

³ Folios 62 – 66.

⁴ Folios 103 – 111.

vinculado mediante orden verbal, existía evidencia de ello, tanto en el acto administrativo demandado, como en las diferentes certificaciones expedidas por sus jefes inmediatos, advirtiéndose, que prestó los servicios como Celador en el Hogar Agrupado los Guayacanes, por el periodo comprendido entre el 11 de enero a 3 de mayo de 2012.

Así mismo, consideró, que se encontraba acreditado el cumplimiento de horario por parte del demandante, con la prueba testimonial recaudada, el certificado expedido por la Coordinadora del Hogar Agrupado los Guayacanes y la constancia de fecha 30 de enero de 2013, suscrita por la Secretaria de Educación y Cultura Municipal de Corozal, pruebas estas que no fueron objetadas, además se evidenció que el actor, recibió una contraprestación en dinero por sus servicios.

Igualmente, con base a los testimonios de las madres comunitarias del referido hogar, se advirtió que el demandante, se desempeñó en el cargo de celador, en el cual permanecía las veinticuatro horas del día y se encontraba bajos las órdenes del alcalde municipal.

Concluyó, que se demostró el elemento subordinación, acreditándose realmente la relación laboral, aun cuando el actor se vinculó verbalmente, pues, se debía prevalecer el principio de la realidad sobre las formas.

Finalmente, no accedió a la pretensión consistente en el reconocimiento y pago de los salarios, correspondientes a los meses de enero a mayo de 2012, por cuanto, no se acreditó el supuesto incumplimiento en el pago de los honorarios pactados, por dicho periodo.

Respecto al pago de la sanción moratoria, indicó que no procedía tal reconocimiento, había cuenta, que solo hasta la emisión de la sentencia que reconocía la existencia de la relación laboral, era cuando nacía el derecho prestacional del auxilio de cesantía.

1.5.- El recurso⁵.

Inconforme, en parte, con la decisión de primer grado, el demandante, a través de su apoderado judicial, la apeló, a fin de que fuera revisada y **revocada parcialmente** en esta instancia, en cuanto, se negó el pago de salarios adeudados por la entidad demandada y el pago de la sanción moratoria.

Alegó el demandante, que presentó petición ante el Municipio de Corozal, para que se le reconocieran y pagaran los meses de salarios, comprendidos entre el 11 de enero a 3 de mayo de 2012, por lo que mal podría el operador judicial afirmar, que no existía prueba al respecto, pues, la petición fue aportada al proceso.

Arguyó, que a folio 32 del expediente, también obraba memorial calendado 3 de mayo de 2012, mediante el cual, la entidad demandada le informaba al actor, que su vínculo laboral se daba por terminado y por tanto, debía acercarse a la Secretaria de Planeación Municipal de Corozal – Sucre, para legalizar su situación, para el pago de los meses laborados.

Con lo anterior, indicó el recurrente, que se desvirtuaban los argumentos del A-quo, al señalar, que no existía prueba sobre la reclamación de los meses de salario u honorarios adeudados, además, que dentro de la contestación de la demanda, no se presentó la excepción de pago, con las respectivas pruebas que así lo acreditaran.

En cuanto a la sanción moratoria, refirió que era procedente su pago, en virtud de la relación laboral y no contractual que existió entre las partes, pues, los servicios como celador, era una función propia de la estructura funcional de la planta de personal de la entidad y la omisión de posesionarlo, no era un argumento válido, para negar los derechos y garantías laborales a que se hacía acreedor.

⁵ Folios 120 – 123.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de 23 de septiembre de 2014, se admitió el recurso de apelación, interpuesto por la entidad demandada⁶.
- En proveído de 3 de octubre de 2014⁷, se dispuso correr traslado a la partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para emitir concepto de fondo⁸.

Las partes, no alegaron en esta instancia procesal y el Ministerio Público, no conceptuó de fondo.

2.- CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal, que invalide lo actuado, el Tribunal es competente, para conocer en **segunda instancia** de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.2. Problema Jurídico.

De los extremos de la litis y específicamente del recurso planteado (art. 320 del C.G. del P.), el problema jurídico a desatar en el presente asunto, se contrae a decidir: ¿Al señor **BENJAMÍN TEHERÁN ARRIETA**, le asiste derecho al pago de salarios y de sanción moratoria, reclamadas por el servicio de celador, prestado en el **MUNICIPIO DE COROZAL - SUCRE**, en razón a su vinculación mediante orden verbal, dada por el alcalde municipal?

Sobre la problemática señalada, se ha de establecer, que la misma se circunscribirá a los argumentos fijados en el recurso de apelación, es decir,

⁶ Folio 3, cuaderno de segunda instancia.

⁷ Por error involuntario, la providencia tiene fecha de 3 de septiembre, siendo que lo es del mes de octubre de 2014.

⁸ Folio 12.

con relación al pago de salarios adeudados y de la sanción moratoria, en atención a los límites infranqueables en materia del recurso de alzada⁹.

Para solucionar la anterior problemática, esta Sala considera prudente, abordar el siguiente hilo conductor: i) Materialización del contrato realidad - elementos que caracterizan una relación laboral. ii) Funcionarios de hecho, y iii) Caso en concreto.

2.2.1.- Materialización del contrato realidad - elementos que caracterizan una relación laboral.

La Constitución Política de 1991, en atención al nuevo marco sustancial, definido por la categorización de un Estado Social de Derecho, se preocupó en consolidar la garantía y protección de los derechos fundamentales, de nuestra organización política y social.

Bajo este paradigma, el constituyente, estableció una serie de catálogos, que buscaron definir, cuáles bienes jurídicos, son de especial protección, con miras a dar preeminencia, a las situaciones que ameritan la mayor atención del Estado y sus asociados, para efectos de concretar una relación justa y adecuada a las exigencias del contexto contemporáneo.

⁹ Sobre los límites del recurso de apelación ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda-Subsección B. Sentencia del 18 de noviembre de 2010. Expediente con radicación interna 2292-08. C.P Dr. Víctor Antonio Alvarado Ardila. Donde se indicó: "*Según lo establecido en el artículo 357 del C.P.C., aplicable por expresa remisión del artículo 267 del C.C.A., el recurso de apelación se entiende interpuesto en lo desfavorable al apelante, por lo cual el superior, en principio, no puede pronunciarse sobre aspectos que no fueron objeto del mismo. Al respecto, esta Corporación en Sentencia de 5 de julio de 2007 expresó: "Ahora, entrando al fondo del asunto, debe recordarse que esta Sección ha reiterado que en el recurso de apelación, cuya sustentación es obligatoria, so pena de declararse desierto, la competencia de la Corporación está restringida a los motivos de inconformidad expuestos por el recurrente contra la providencia objeto del recurso y que se relacionen, desde luego, con las causales de nulidad planteadas en la demanda, o con las consideraciones que sirvieron de sustento al Tribunal para dictar la sentencia. En consecuencia, la Sala estudiará los puntos sobre los cuales alegó la parte apelante en la sustentación del recurso, según se vio anteriormente."* La sentencia proferida por el juez de lo contencioso administrativo, a su turno, debe ser motivada y resolver todos los puntos objeto de controversia formulados por las partes demandante y demandada dentro de la oportunidad procesal respectiva. En este sentido, a la luz de lo establecido en el artículo 170 del C.C.A., debe concluirse que la sentencia proferida por el juez de lo contencioso administrativo no puede ser infra, extra o ultra petita, sino, en virtud de la naturaleza predominantemente rogada de la jurisdicción, sujetarse a todos y cada uno de los aspectos sometidos a su decisión".

Dentro de dicha tutela, se erige el derecho al trabajo, el cual ha sido protegido, desde sus múltiples aristas de concretización e interpretación, destacándose en esta oportunidad, la valoración ínsita en el *principio de la primacía de la realidad sobre la forma*¹⁰, en la contratación de servicios laborales.

Sobre este último aspecto, y conforme a la jurisprudencia de la Corte constitucional¹¹, es claro, que la materialización del contrato realidad, está supeditada a la acreditación de los elementos que caracterizan una relación laboral, pero de manera fundamental, cuando se compruebe la subordinación o dependencia respecto al empleador, evento en el cual, surge el derecho al pago de las prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas, en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución, independientemente de la denominación jurídica, que se le haya dado a dicha relación.

La jurisprudencia del Alto Tribunal de cierre de lo contencioso administrativo¹², a diferencia del constitucional, ha tenido una línea disímil, que en los últimos años, ha logrado encontrar una posición equiparable a la asumida por la Honorable Corte Constitucional, donde destaca, la protección de las garantías laborales y el respeto, por la relación laboral asumida en los artículos 25 y 53 de la Constitución Nacional, donde resalta, la configuración de una verdadera relación laboral, en los eventos en que

¹⁰ Constitución Política Art. 53. Sobre su naturaleza la Corte Constitucional en Sentencia C-665 de 1998 con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara indico "*Conforme lo establece el artículo 53 de la Carta Fundamental, el principio de la prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral, implica un reconocimiento a la desigualdad existente entre trabajadores y empleadores, así como a la necesidad de garantizar los derechos de aquellos, sin que puedan verse afectados o desmejorados en sus condiciones por las simples formalidades. Y si la realidad demuestra que quien ejerce una profesión liberal o desarrolla un contrato aparentemente civil o comercial, lo hace bajo el sometimiento de una subordinación o dependencia con respecto a la persona natural o jurídica hacia la cual se presta el servicio, se configura la existencia de una evidente relación laboral, resultando por consiguiente inequitativo y discriminatorio que quien ante dicha situación ostente la calidad de trabajador, tenga que ser este quien deba demostrar la subordinación jurídica*".

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-154-97 del 19 de marzo de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.

¹² Sobre la evolución del tema del Contrato Realidad ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda-Subsección A. Sentencia del 19 de abril de 2012. Expediente con radicación interna 2204-11. C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón.

es acreditado, fehacientemente, la existencia de los tres elementos de un contrato de trabajo, que son a saber: *la prestación del servicio, la remuneración y la subordinación.*

Ahora bien, en cuanto a la **carga de la prueba**, de conformidad con el artículo 177 del C.P.C, según el cual corresponde a las partes probar los supuestos de hecho, tratándose de contratos de prestación de servicio, donde se alegue el principio de la primacía de la realidad, frente las formalidades propias de la contratación, le corresponde probar al interesado, que durante el tiempo que duró su vinculación, se dieron los elementos propios de la relación laboral, como son: la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación.

En ese sentido, el Consejo de Estado ha manifestado¹³:

“Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido personal y que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.

Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral”.

Es más, de la posición jurisprudencial esbozada, se destaca a su vez, que la tendencia en estos asuntos, se dirige no solo a la valoración y acreditación de los tres elementos del contrato de trabajo, sino que también es menester,

¹³ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. C. P. Dr. Gerardo Arena Monsalve. Radicado No 050001233100020010363101 Expediente No 1363-12.

apoyarse de ciertos criterios como ejercicio hermenéutico, que permitan evidenciar, de manera más propia y coherente, la tipología del contrato realidad, donde en muchas decisiones, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, suele recurrir a conceptualizaciones, tales como la *permanencia* y la *similitud*.

2.2.2.- Funcionarios de hecho.

En relación a las formas de vinculación con las entidades públicas, el régimen jurídico colombiano, ha contemplado las siguientes: legal y reglamentaria (empleados públicos), laboral contractual (trabajadores oficiales con esa clase de contratos) y por contratos de prestación de servicios (contratistas), las cuales tiene sus propios elementos tipificadores y régimen jurídico¹⁴; sin embargo, excepcionalmente, se ha presentado otra clase de vinculación, reconocida por la doctrina y la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, como lo es la del **funcionario de hecho, la cual surge por el desempeño de una función, en virtud de una investidura irregular**¹⁵, como por ejemplo, cuando se ejerce una función, sin que haya sido dictado el respectivo acto de nombramiento, que en derecho correspondía hacer¹⁶.

Sobre el particular, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub sección B¹⁷, se refirió de la siguiente manera:

“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

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección B, sentencia de octubre 6 de 2005, Expediente No. 07001-23-31-000-2002-00415-01(1981-05), actor: Pedro Octavio Amaya Amaya, demandado: Municipio de Arauquita – Arauca.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección A, sentencia de septiembre 4 de 2008, Expediente No. 08001- 23-31-000-2003- 01435-01, No. Interno: 1673-07 P2.

¹⁶ El inciso 2, del artículo 2º del Decreto 2400 de 1968, señala: "...Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo".

¹⁷ Sentencia de junio 9 de 2011, Radicación No. 85001-23-31-000-2005-00571-01(1457-08), Actor: Ruth Dorys Rodríguez Naranjo, Demandado: Municipio de Támara – Casanare, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

la calidad y cantidad de trabajo garantizado por el artículo 53 de la Carta Política.

Por fuera del marco legal aludido, no es posible efectuar un nombramiento o realizar un movimiento de personal ya que las diferentes modalidades que adquiere la relación laboral de derecho público se encuentran previamente determinadas o reglamentadas en una norma de derecho positivo por tratarse, precisamente, de actuaciones esencialmente regladas.

Sin embargo, puede suceder que dentro de la función pública exista el denominado funcionario de hecho, que identifica a la persona que, habitualmente, sin título o con título irregular, ejerce funciones públicas como si fuese un verdadero funcionario.¹⁸

La anterior situación puede originarse, como en el presente asunto, cuando mediaba título que la habilitara para el ejercicio de la función pública pero, por causas anteriores o supervivientes resulta inválido o deja de surtir efectos; o puede ocurrir 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, entre otras.

En consecuencia los requisitos esenciales para que se configure el funcionario de hecho en los períodos de normalidad institucional son, que exista de jure el cargo, que la función ejercida irregularmente, se haga en la misma forma y apariencia como la hubiera desempeñado una persona designada regularmente.

El Consejo de Estado ha acogido los criterios anteriores, 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

¹⁸ SAYAGUES LASO. Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Cuarta Edición, Montevideo 1974, páginas 300 a 302.

contraprestación de servicios y por otra las primas que cobra son parte del salario.

(...)

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.”.

/.../

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 se indicó:

“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.”.

La Subsección A de esta Sección Segunda, de esta Corporación también se ha ocupado del tema del funcionario de hecho en los siguientes términos:

“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 irregular¹⁹, desempeñan funciones que corresponden efectivamente a un empleo público debidamente creado²⁰ 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 pública²¹.

¹⁹ Sentencia proferida por la Sala Plena de esta Corporación de 6 de octubre de 1992, radicación AC-273.

²⁰ Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativa del Consejo de Estado de 96/08/15, radicación 8886.

²¹ Sentencia de la sección primera de 91/09/26, radicación 1453.

*Para la Sala, una irregularidad en la designación no puede ir en detrimento de las condiciones mínimas fijadas para el servidor público, pues existen postulados de rango constitucional que garantizan la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, la remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la calidad y cantidad de trabajo, que se traduce en los principios "a trabajo igual salario igual" e irrenunciabilidad de los beneficios establecidos (artículos 25 y 53 de la C.P.)."*²²

Más recientemente esta Subsección ha realizado similares planteamientos a los aquí esbozados²³ y reiteró la posibilidad de reconocer la existencia de una relación laboral de hecho.

En conclusión, 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 ejercidas irregularmente, pero, también puede darse cuando un 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". (Negrita y subrayado fuera de texto).

Acorde con lo citado, se tiene que los requisitos esenciales, para que se configure el funcionario de hecho, **prima facie**, son: que exista de jure el cargo y que la función ejercida, irregularmente, se haga en la misma forma y apariencia, como la hubiera desempeñado una persona designada regularmente.

2.2.3.- Caso concreto

Descendiendo al **caso en concreto**, se tiene que el A-quo, mediante sentencia de 25 de julio de 2014, declaró la nulidad del acto administrativo de fecha 2 de julio de 2013, en consecuencia, condenó al **MUNICIPIO DE**

²² Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección "A", Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, sentencia del 26 de marzo de 2009, Exp. No. 25000-23-25-000-2004-03773-01 (689-2006), Actor: Jorge Alejo Calderón Perilla.

²³ Ver sentencia del 21 de mayo de 2009, Expediente No. 250002325000200301938 01 (2191-2006), Actor: Álvaro Roberto Rivas Patiño.- Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

COROZAL - SUCRE, a reconocer y pagar al **BENJAMÍN TEHERÁN ARRIETA**, todas las prestaciones correspondientes a los periodos en los cuales se demostró la existencia de la relación laboral; no obstante negó el pago de los salarios correspondientes a los meses de enero a mayo de 2012 y de la sanción moratoria.

Por su parte, el demandante, pide se revoque la anterior decisión, en cuanto, a la negativa de los respectivos pagos de salarios y sanción moratoria, porque si había prueba sobre la reclamación de los salarios adeudados por la entidad demandada, y además, el pago de la sanción moratoria era procedente, en razón a la existencia de la verdadera relación laboral.

Ahora bien, previo a abordar los puntos materia de alzada, se debe precisar, que no obstante, el juez de primera instancia resolver el asunto, relativamente a favor del demandante, a partir de la existencia de una verdadera relación laboral entre las partes, en las que mediaron “órdenes verbales”, debiendo primar la realidad sobre las formas, decisión que no fue controvertida por la parte pasiva de la relación procesal, lo cierto es, que para este Tribunal, por las circunstancias especiales del caso, la argumentación debió enfocarse a partir de la figura del típico **funcionario de hecho**, al haber prestado el actor sus servicios al Municipio de Corozal, en calidad de celador del Hogar Agrupado los Guayacanes, sin que mediara, algún elemento formal que configurara la relación legal y reglamentaria, propia de estos servidores, como lo son el acto de nombramiento y posesión y no existir o no haberse probado, vinculación mediante contrato de prestación de servicios.

Acorde con lo anotado y a pesar que la demanda, ni el proceso, fueron encaminados en primera instancia a partir de tal figura, es incuestionable, que los servicios prestados por el señor BENJAMÍN TEHERÁN ARRIETA, al ente municipal, efectivamente se dieron, pese a que no mediaba el aspecto formal en mención, por tanto, se debe, para estudiar los puntos cuestionados en alzada, partir de la calidad de funcionario de hecho, que evidentemente ostenta el demandante, apreciación que tiene soporte, en

las pruebas allegadas al expediente, que indican que el demandante prestó subordinadamente sus servicios al ente demandado, percibiendo por ello una remuneración, sin que mediara una vinculación legalmente establecida, amén de que resulta evidente, que el cargo de celador, es uno de aquellos con que, normalmente, cuenta la administración municipal en su planta de personal (además, en razón de los argumentos de apelación y lo sostenido por el ente municipal a lo largo del proceso -que no discute este tema-, este aspecto no puede ser debatido en esta instancia, dándose por probado y aceptado por las partes).

Precisado lo anterior y atendiendo a los argumentos de la alzada, encuentra esta Colegiatura, que la sentencia recurrida debe ser **revocada parcialmente**, en atención a las siguientes razones:

Tal como quedó visto, uno de los puntos discutidos por el demandante en esta instancia procesal, es lo relacionado con el pago de los salarios, que dice le adeuda el Municipio de Corozal, correspondientes a los meses de enero a mayo de 2012.

Frente a tal solicitud, se aprecia que el demandante, en la **petición elevada a la entidad el día 12 de junio de 2012**, en el acápite de peticiones pide lo siguiente:

“1. Le solicito se sirva reconocerme y pagarme los meses de salarios que a la fecha me adeuda esta entidad territorial, por haber laborado como celador diurno u nocturno en el hogar agrupado de los Guayacanes durante el tiempo comprendido entre el 11 de enero al 3 de mayo de 2012, durante las 24 horas continua e interrumpida de lunes a domingo y festivos”.

Y en el hecho segundo de la referida petición, manifiesta:

“durante toda la relación laboral que tuve con este ente territorial no se me pagaron los salarios y las prestaciones sociales, dotaciones de calzado de vestido y labor, horas extras, recargos nocturnos dominicales y festivos por lo que hago uso del presente instrumento legal a efecto de obtener el pago de mis acreencias laborales que a la fecha me adeuda”.

También, se observa, que el actor con la **demanda**, pretende se ordene a la entidad demandada, el pago de los salarios por sus servicios como celador, desde el día 11 de enero a 3 de mayo de 2012; así mismo, en el hecho quinto, señala que el último salario devengado, fue la suma de \$700.000.00, de acuerdo a las directrices que le indicó el alcalde, por la prestación de sus servicios.

Como prueba de lo devengado, se allegó constancia de fecha 30 de enero de 2013, suscrita por la Secretaria de Educación y Cultura del Municipio de Corozal – Sucre, Doctora Soraya Parra Pérez, en la que se lee:

“Que el señor, BENJAMIN THERAN ARRIETA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 9.308.601 expedida en Corozal prestó sus servicios como celador del hogar agrupado los guayacanes del Municipio de Corozal (sic), durante el tiempo comprendido entre el Once (11) de Enero y el Tres (3) de Mayo de 2012”.

*“Que sus servicios obedecieron a la necesidad de salvaguardar los elementos que reposan en el Hogar Agrupado por cuanto en ese momento no se habían nombrado los celadores para el centro en mención y **el sueldo pactado por prestación de servicios fue de \$700.000.00 Pesos mensual**”.* (Negrita fuera de texto).

Igualmente, se aprecia como prueba allegada con la demanda, sin contradicción alguna, el oficio fechado 3 de mayo de 2012, suscrito por el alcalde municipal de Corozal, en el que se le informa al señor BENJAMÍN TEHERÁN ARRIETA, lo siguiente:

“Por medio de la presente me permito manifestarle que hasta el día de hoy debe prestar sus servicios como celador en el Agrupado los Guayacanes, ya que se ha nombrado el nuevo personal para los servicios en la entidad”.

*“**De igual manera le informo que debe acercarse a la oficina de Planeación ante el asesor Jurídico Contractual, Doctor Manuel Mendoza, para legalizar su situación con respecto a los meses de trabajo que se le adeudan**”.* (Negrita fuera de texto).

Del anterior recuento probatorio y de lo manifestado en la demanda, esta Sala considera, que efectivamente, le asiste razón al recurrente, al refutar los argumentos del A quo, que resolvió negar la orden de pago de los salarios reclamados, al considerar que no se arrió al expediente documentos que

acreditaran dicho incumplimiento, ni presentación de derechos de petición en tal sentido; ello es así, porque, realmente, hubo petición previa sobre dicho pedimento (agotamiento debido de actuación administrativa), la cual, al ser resuelta, el ente municipal indicó, que el actor no tendría otra contraprestación distinta, a los honorarios señalados en el contrato de prestación de servicios (sic); contrato este, que al decir del actor y de las pruebas recaudadas, nunca se formalizó.

Además, véase que la existencia tal deuda, se infiere del oficio suscrito por el alcalde municipal de Corozal, mediante el cual, le informa al señor TEHERÁN ARRIETA, la finalización de su labor como celador y en el que lo invita a acercarse a la Oficina de Planeación, para legalizar su situación, con respecto a los meses de trabajo debidos, prueba, que no fue debatida, refutada o tachada de falsa por el ente accionado, quien tampoco, de tenerla como válida, presentó dentro de la oportunidad legal la excepción de pago, con los respectivos soportes que así lo acreditará.

A lo dicho se le suma, la existencia de una afirmación indefinida²⁴ del actor, en relación a la falta de pago de los salarios, producto de la relación laboral de hecho en ejecución de su labor, como celador en el Hogar Agrupado los Guayacanes del Municipio de Corozal – Sucre, afirmación que dicho sea de paso, no fue controvertida, categóricamente, por el municipio a lo largo del trámite procesal, atendiendo el concepto de carga probatoria.

Así las cosas y contrario a lo sostenido por el juez de primer grado, esta Corporación, considera viable a través del presente medio de control, reconocer los salarios que se le adeudan al señor Teherán Arrieta, producto de la relación laboral de hecho, en ejecución de su labor como celador en el Hogar Agrupado los Guayacanes del Municipio de Corozal, sin que este tipo de pretensiones haga de suyo, que el demandante adquiera la calidad de empleado público.

²⁴ De conformidad con el artículo 167 del C.G.P., antiguo art. 177 del C.P.C., según el cual, *Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. /.../ Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.*

En este punto se aclara, que no se tendrá en cuenta, a efectos de ordenar el pago del salario, la liquidación de las acreencias²⁵ aportada por el demandante, como quiera que tales documentos no son idóneos, para demostrar, que la suma reclamada por concepto de salario (\$2.917.640.00)²⁶, es la realmente adeudada por la entidad demandada; y ello es así, porque de la liquidación presentada, no puede predicarse certeza de quien la realizó, ni cuáles fueron sus soportes, para determinar tal acreencia.

Así, entonces, se tendrá en cuenta la constancia visible a folio 36 del expediente, suscrita por la Secretaria de Educación y Cultura Municipal de Corozal, en la que se lee que la contraprestación del actor, por los servicios prestados como celador en el Hogar Agrupado los Guayacanes, correspondía a la suma mensual de \$700.000.00; documento, que tampoco fue controvertido por la entidad demandada, por lo que se le da pleno valor.

En ese orden de ideas, este Tribunal, debido a la prosperidad parcial del recurso impetrado por el apoderado de la parte demandante, dispondrá la revocatoria parcial de la decisión de primera instancia que negó el reconocimiento y pago de los salarios.

En relación al segundo punto discutido por el demandante en esta instancia procesal, relacionado con el pago de la **sanción moratoria**, debe señalarse, que tal reconocimiento, no fue solicitado en sede de actuación administrativa, en tanto, leída la petición previa presentada ante la entidad, de fecha 12 de junio de 2013²⁷, no se vislumbra que el solicitante, haga solicitud expresa, sobre el pago de la referida sanción²⁸.

Al no quedar duda de lo anotado, no queda más, que confirmar la **sentencia apelada**, en cuanto negó el pago de la sanción moratoria.

²⁵ Folio 40 y ss.

²⁶ Folio 20.

²⁷ Folio 27 - 33

²⁸ La petición solicita el reconocimiento y pago de los salarios y de las prestaciones sociales, relativas a las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, dotaciones de calzado y vestido de labor, horas extras, recargos nocturnos dominicales y festivos.

2.3. Condena en costas.

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

En este caso, debido a la prosperidad parcial del recurso impetrado por la demandante, este Tribunal, se abstendrá de condenar en costas a la parte recurrente, atendiendo lo dispuesto en artículo 365, numeral 5 del C.G.P., en concordancia con el artículo 188 del C.P.A.C.A.

En mérito de lo expuesto la Sala Segunda de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia proferida el 25 de julio de 2014, por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, en cuanto negó el pago de la sanción moratoria, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia proferida el 25 de julio de 2014, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, en cuanto negó el pago de los salarios al actor, correspondientes a los meses de enero a mayo de 2012, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. En su lugar se dispone:

“CONDÉNESE al MUNICIPIO DE COROZAL - SUCRE, al pago de los salarios adeudados al señor BENJAMÍN TEHERÁN ARRIETA, desde el mes de enero a mayo de 2012, teniendo en cuenta el valor certificado por la entidad demandada - Secretaria de Educación

y Cultura del Municipio de Corozal, esto es, setecientos mil pesos \$700.000.00, mensuales”.

TERCERO: ABSTENERSE de condenar en costas de segunda instancia, al recurrente, de conformidad con lo motivado.

CUARTO: Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

NOTIFIQUÉSE, COMUNIQUÉSE Y CÚMPLASE

Estudiado y aprobado en sesión ordinaria de la fecha, Acta No. 00172/2014

Los magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ