

Radicado: 13001-33-33-008-2013-00090-01

Cartagena de Indias D. T. y C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-008-2013-00090-01
Demandante	FLORENCIO BASTIDAS CERVANTES
Demandado	MUNICIPIO DE CICUCO y DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR
Tema	Reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales.
Magistrado Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Procede la Sala Fija de Decisión N° 2 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha veintidós (22) de septiembre de dos mil quince (2015), proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, que denegó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1 Pretensiones¹

Declarar: i) la nulidad del acto administrativo de fecha 24 de septiembre de 2012, expedido por el Municipio de Cicuco- Bolívar mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de los emolumentos laborales pretendidos por el accionante, ii) la existencia de un vínculo laboral con el municipio demandado, en el cual no ha operado el fenómeno de solución de continuidad.

A título de restablecimiento, ordenar al Municipio de Cicuco: **iii)** reconocer el pago de las acreencias laborales insolutas por concepto de salarios, vacaciones, auxilio de transporte, dotación de calzado y vestido; horas extras, dominicales, recargo nocturno y diurno, auxilio de cesantías, primas de alimentación, de navidad y de vacaciones de enero a diciembre de 2002, 2003, el mes de enero de 2004; de enero a diciembre de 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010 y de enero a junio de 2011, **iv)** la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías consistente en el pago de un (1) día de salario por cada día de retardo debidamente indexado y **iii)** indemnización de 24 meses por mora en el pago de salarios. **v)** descontar de las sumas adeudadas el pago de los montos que debió aportar a los fondos correspondientes a salud y pensión en los porcentajes determinados en la ley, y que se efectúen las cotizaciones a que haya lugar; **vi)** que sobre la liquidación de la condena se realicen los ajustes de valor de conformidad con el IPC y con lo dispuesto en el artículo 178 del CCA. **vii)** reconocer y pagar los intereses comerciales

¹ Ver escrito de corrección de demanda a folios 71 a 80.





Radicado: 13001-33-33-008-2013-00090-01

durante los primeros seis (06) meses contados a partir de la ejecutoria del fallo, e intereses moratorios después del término de seis (06) meses conforme lo establece el artículo 177 del C.C.A **viii**) al pago de costas del proceso.

1.2 Hechos relevantes narrados en la demanda.

1.2.1 Estuvo vinculado al Municipio de Cicuco en el cargo de auxiliar de mantenimiento en la sede No. 02 de la Institución Educativa Técnica Acuícola Nuestra señora de Montecarlo de Cicuco-Bolívar, nombrado en provisionalidad mediante la Resolución No. BIS003 del 24 de enero de 2002.

1.2.2 Durante ese término, prestó personalmente y de manera continuada el servicio encomendado, encontrándose subordinado a la autoridad y orientaciones que le daban el rector, coordinador y demás profesores del plantel educativo en relación a los oficios varios que desempeñaba -celador, aseador, electricista, plomero-, sin embargo el municipio demandado nunca le canceló sueldos ni prestaciones sociales como tampoco fue afiliado al sistema de seguridad social.

1.2.3 El Departamento de Bolívar, por medio de una conciliación prejudicial canceló la suma de \$3.652.000 por concepto de sueldos de los meses de febrero a diciembre de 2004, previas certificaciones del servicio prestado de fechas 26 de febrero de 2004 y 21 de noviembre de 2005 expedidas por el alcalde municipal y por el secretario de educación municipal.

1.2.4 Que el alcalde del municipio demandado tenía conocimiento que el señor FLORENCIO BASTIDAS CERVANTES no venía siendo vinculado por orden de prestación de servicio como funcionario administrativo en los planteles educativos de Cicuco- Bolívar a 1 de noviembre de 2000, tal como está estipulado en el artículo 38 de la Ley 715 de 2000 y que por el contrario se renovó su nombramiento en provisionalidad mediante la resolución No. BIS003 del 24 de enero de 2002, la cual no da cuenta de la vinculación con el actor en periodos anteriores a su expedición, esto, con la finalidad de esconder la relación laboral y evadir el pago de los sueldos adeudados.

1.2.5 El día 13 de septiembre de 2012, presentó reclamación administrativa ante el municipio demandado, solicitando el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que considera adeudadas, petición que fue resuelta en forma negativa mediante el acto acusado.

1.3 Normas violadas y concepto de violación.

Artículos 6, 13, 25, 53, 54, 151, 288 y 315 de la Constitución Política.





Radicado: 13001-33-33-008-2013-00090-01

Artículos 22, 23, 24, 25, 34, 57, 59, 61, 158 y 161 de la Ley 715 del 2001.

Artículos 25 y 50 del C.S.T.

Leyes 909 de 2004, 60 de 1993, 100 de 1993, 50 de 1990.

Decretos 1042 de 1978, 758 de 2005 y 1333 de 1986.

A través de la vinculación en provisionalidad, la entidad pretende esconder la relación laboral existente y evadir el pago de salarios, prestaciones sociales y la afiliación a la seguridad social, violando con ello lo dispuesto en la Ley 715 del 2001 y la Ley 909 de 2004.

Sostiene que la demandada ha infringido las citadas normas, al no haberle reconocido y pagado la debida remuneración como contraprestación a los servicios por los que fue contratado, vulnerándose de esta forma los derechos laborales y patrimoniales del actor.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

2.1. MUNICIPIO DE CICUCO – BOLÍVAR².

Solicitó se denieguen las pretensiones de la demanda y planteó como excepciones las de “inexistencia de la relación laboral”, “falta de competencia y jurisdicción”, “inexistencia de nulidad en tratándose de funciones regladas”, “buena fe”, y “cobro de lo no debido”, sosteniendo con respecto a la primera que, no existe prueba documental en el ente territorial que establezca la veracidad de la resolución No. BIS 003 del 24 de enero de 2004, por medio de la cual se nombró en provisionalidad al demandante. Así mismo, sostiene que como bien reza en el cuerpo del documento, tal nombramiento obedeció a la necesidad de un celador en la institución Técnica Acuícola Nuestra Señora de Montecarlo y mientras el Departamento de Bolívar incorporaba a todo el personal docente, directivo y administrativo a la planta de personal del sistema educativo departamental, como lo establecían los artículos 34 a 38 de la Ley 715 de 2001 y el Decreto No. 3020 de 2002, incorporación que se hizo efectiva mediante el Decreto 213 de 2004. Por lo anterior, sostiene que el nombramiento del demandante no pudo extenderse hasta el 30 de junio de 2011.

Sostiene que, en el evento en que las obligaciones supuestamente contraídas hasta el año 2002 no hayan sido pagadas, las mismas se encuentran prescritas respecto del ente demandado.

Por otra parte, alega con sustento en el artículo 23 de la Ley 715 de 2001 reglamentado por el Decreto 1528 de 2002, que la vinculación de funcionarios para el sector educativo, o la contratación bajo cualquier modalidad sea de personas o instituciones para la prestación de tal servicio en los municipios no certificados, era función exclusiva del departamento y por lo tanto en su momento debió la parte demandante iniciar ante el Departamento de Bolívar

² Fl. 89-98





Radicado: 13001-33-33-008-2013-00090-01

las gestiones necesarias para asegurar su vinculación en carrera administrativa, o en su defecto, iniciar las acciones judiciales pertinentes en contra del mismo.

Resalta que el artículo 37 ibídem estableció un periodo de dos años para la organización de las plantas de personal de las instituciones educativas, largo periodo durante el cual, el actor pudo adelantar las acciones respectivas para que el Departamento de Bolívar realizará la vinculación pretendida; máxime cuando la ley le otorgó prelación al personal que por aquel entonces ya se encontraba al servicio de la institución y que cumpliera con los requisitos para el cargo.

Respecto de la segunda de las excepciones planteadas, sostiene que se encuentra configurada una inadecuada escogencia de la acción porque debió acudir a la justicia laboral.

En cuanto a la excepción de "cobro de lo no debido", sostiene que en el evento en que se tenga como cierta la resolución No. BIS 003 del 24 de enero de 2004 y que ésta tuvo como sustento la Ley 715 de 2001, se tiene que el pago a cargo del municipio sería hasta el 2002 y la conciliación adelantada por el Departamento de Bolívar abarcó el pago de salarios hasta el año 2004, por lo cual no puede pretender ahora el demandante cobrar obligaciones inexistentes.

2.2. DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR³.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones contenidas en la demanda en el evento en que no prosperen las excepciones propuestas. Frente a los hechos de la demanda, aceptó como ciertos los referentes al nombramiento en provisionalidad del demandante por el municipio de Cicuco Bolívar mediante la resolución No. BIS003 del 24 de enero de 2002, a los sueldos adeudados al demandante por parte del municipio antes mencionado por concepto de prestación de servicios y a la respuesta a la solicitud elevada que dio origen al acto cuya nulidad se pretende.

Planteó como excepciones las de "falta de legitimación en la causa por pasiva", "prescripción" y "expresa prohibición legal" sosteniendo con respecto a la primera que, el Departamento de Bolívar no tiene la obligación legal de reconocer lo pretendido por el demandante, toda vez que en ningún momento fungió como parte en la relación contractual entre el Municipio de Cicuco y el señor FLORENCIO BASTIDAS CERVANTES, como quiera que los servicios fueron prestados a la institución educativa técnica acuícola nuestra señora de Montecarlo del municipio de Cicuco.

Con relación a la prescripción, sostiene que cualquier derecho que hay estado en cabeza del demandante, y habiendo cumplimiento 3 años sin haber

³ Fl.136-142.



Radicado: 13001-33-33-008-2013-00090-01

exigido su cumplimiento debe extinguirse por haber operado el fenómeno de la prescripción.

Por último se refiere al artículo 21 de la Ley 715 de 2000, para efectos de indicar que existe una prohibición legal para los departamentos, distritos y municipios, los cuales no podrán autorizar planta de personal docente o administrativo a cargo del Sistema General de Participaciones, que superen el momento de los recursos de éste.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁴.

En sentencia de fecha veintidós (22) de septiembre de dos mil quince (2015), el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, negó las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos:

La parte demandante no demostró la existencia de una vinculación laboral con el Estado, ya sea por medio de la relación legal o reglamentaria o por intermedio de un contrato de prestación de servicios.

En efecto el a quo señaló que, inicialmente existió un nombramiento en provisionalidad realizado mediante la Resolución No. BIS003 del 24 de 2002, en el cargo de auxiliar de mantenimiento, mientras el Departamento de Bolívar asumía la planta de personal de los diferentes empleos del sector educación con sustento en la Ley 715 de 2001. Siendo que tal incorporación se realizó a través del Decreto 2113 de 2004 y que no se incluyó dentro del personal al señor FLORENCIO BASTIDAS CERVANTES por lo que se entiende que, su vinculación terminó ese año, y como consecuencia de lo anterior el Departamento de Bolívar por medio de una conciliación prejudicial le canceló la suma de \$3.652.000, por concepto de sueldos de los meses de febrero a diciembre de 2004.

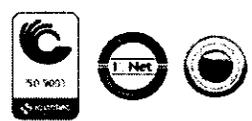
Conforme a lo expuesto, el juez concluyó que al no existir ninguna forma de vinculación con las entidades demandadas, los sueldos y prestaciones sociales pretendidas no pueden ser reconocidos.

4. RECURSO DE APELACIÓN⁵.

En concreto la parte demandante solicita se revoque la sentencia de primera instancia y se acceda a las pretensiones de la demanda, como quiera que el juez al proferir dicho fallo incurrió en una indebida valoración de las pruebas tanto documentales como testimoniales y realiza una errona interpretación d los hechos planteados en la demanda.

Al respecto, señaló que la vinculación en provisionalidad del accionante por parte

⁴ Fl. 269-289
⁵ Fl. 646-655





Radicado: 13001-33-33-008-2013-00090-01

del municipio de Cicuco, se encuentra acreditada mediante la Resolución No. BIS003 del 24 de 2002, por las declaraciones rendidas por los testigos el 2 y 3 de junio de 2015 ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Cicuco Bolívar y por las certificaciones del servicio prestado de fechas 13 de mayo de 2009, 21 de noviembre de 2005, 27 de enero de 2010, 25 de enero de 2011 y 30 de junio de 2013, que reposan en el expediente.

Señala que, el Municipio de Cicuco en su escrito de contestación no tacha de falsa la resolución de nombramiento antes indicada, como tampoco logra desvirtuar la autenticidad de tal documento, por lo tanto debió dársele valor probatorio de conformidad con lo previsto en reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado en sentencia del 19 de noviembre de 2012, dentro del expediente identificado bajo el radicado No. 05001-23-31-000-1995-00464-02 (21285)

Sostiene que, no es cierto que el accionante estuvo vinculado a diferentes instituciones educativas en el año 2011, como lo afirma el juez de primera instancia, toda vez que no existe prueba en el proceso que demuestre tal afirmación.

Alega que es errónea la motivación que hace el juez al afirmar que la vinculación del accionante con el municipio terminó en el año 2004, porque que el Departamento de Bolívar no lo incluyó en la planta de personal departamental. Sobre el particular arguye que dicha entidad no podía dar por terminado dicho vínculo, en la medida que el Departamento de Bolívar no fue la entidad contratante y que además es ilógico e ilegal pretender que opere una desvinculación automática, sin que esté de por medio un acto administrativo.

Indica que la omisión del Departamento de Bolívar en resolver de fondo la situación del actor, conllevó al municipio a desatenderse del pago de las acreencias laborales del actor, como quiera que al enviar la documentación a la Secretaria de Educación y Cultura de la Gobernación, le transfirió la carga obligacional a tal entidad, quien de allí en adelante asumiría los sueldos conforme a lo establecido en la Ley 715; prueba de ello es, el pago de los salarios del actor del año 2004, hasta tanto se resolvía la situación de nombramiento del demandante.

Por ultimo resalta que el Departamento de Bolívar no suministró las razones jurídicas bajo las cuales llevó a cabo la conciliación consignada en la resolución 2004, aprobada por el comité de conciliación de ésta entidad en la cual reconoce el pago de \$3.652.000 al actor, por concepto de salarios devengados en los meses de febrero a diciembre de 2004.

5. ACTUACION PROCESAL.

Por auto del primero (01) de diciembre de 2015, se admitió el recurso de apelación contra la sentencia de veintidós (22) de septiembre de dos mil



Radicado: 13001-33-33-008-2013-00090-01

quince (2015), y se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público por el término común de diez (10) días, para que alegaran de conclusión y rindiera concepto de fondo, respectivamente⁶.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

6.1. Parte demandante.

Reiteró los argumentos expuestos en su escrito inicial de demanda⁷.

6.2. Parte demandante.

No presentó alegatos.

7. Concepto Del Ministerio Público.

No emitió concepto.

II.- CONTROL DE LEGALIDAD.

Revisado el expediente se observa que de conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció control de legalidad de las mismas. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión de fondo, se procede a resolver la alzada.

III.- CONSIDERACIONES

1. Competencia.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 152 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en primera instancia del presente asunto.

2. ASUNTO DE FONDO

2.1 Problemas jurídicos

Conforme al tema de impugnación, la Sala habrá de resolver los siguientes interrogantes:

¿La sentencia de primera instancia debe ser revocada y/o confirmada, porque el actor tiene derecho o no, a que se le reconozca y pague los emolumentos laborales que reclama, por haber laborado al servicio de la

⁶ F. 663

⁷ Fl. 666-671.





Radicado: 13001-33-33-008-2013-00090-01

entidad demandada durante el lapso comprendido entre el 24 de enero de 2002 hasta el 30 de junio de 2011?

En ese marco, deberá determinarse ¿Si el accionante efectivamente prestó sus servicios para el Municipio de Cicuco? Y, si así fue, a qué título lo hizo, y si como consecuencia de lo anterior, resulta procedente el pago de las acreencias laborales perseguidas?

Así mismo, tendrá que analizarse ¿si en el caso concreto operó la prescripción en los términos señalados en la contestación de la demanda?.

3. TESIS

La Sala sostendrá que, la sentencia de primera instancia se debe revocar porque el accionante, adquirió la calidad de funcionario de hecho cuando se desempeñó en distintas sedes de la Institución educativa Técnica Acuícola Nuestra Señora de Montecarlo desde el 24 de enero de 2002 al 30 de junio de 2011, desempeñando labores varias, dentro de las cuales se encuentran las de vigilancia, aseo general, mensajería, plomería y de electricidad que contribuían al mantenimiento de la institución.

Además la prestación de funciones se llevó a cabo con la anuencia de la administración pública, lo cual corresponde a uno de los requisitos que ha señalado la jurisprudencia del H. Consejo de Estado para que se declare la calidad de funcionario de hecho.

*“Adicionalmente se puede hablar de funcionario de hecho cuando la persona ejerza funciones públicas con la anuencia de las autoridades encargadas de controlar e impedir que se presenten esta clase de situaciones”.*⁸

Por lo anterior resulta viable ordenar el restablecimiento de su derecho, reconociendo el pago de Indemnización por concepto de salarios y prestaciones sociales.

4. Marco Jurídico y Jurisprudencial.

4.1 De la vinculación del personal con la Administración Pública.

4.1.1. Empleados Públicos.

Las constituciones Política de 1991, al regular diversos aspectos de la función

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, C. P CÉSAR PALOMINO CORTÉS, dieciocho (18) de mayo de dos mil dieciocho (2018)





Radicado: 13001-33-33-008-2013-00090-01

pública en su capítulo II, del título V, realiza varias precisiones con relación al empleo público, los cuales se encuentran consignados en los siguientes artículos: 122, 123 y 125.

A su vez, la Ley 909 de 23 septiembre de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, en materia de empleo público, señaló en su artículo 119 que el mismo corresponde al *"conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado..."*

Por su parte, el Decreto 770 de 2005⁹ que coincide en lo relevante con el artículo 2 del Decreto 2400 de 1968¹⁰, define el empleo de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 2º. Noción de empleo. Se entiende por empleo el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.

Las competencias laborales, funciones y requisitos específicos para su ejercicio serán fijados por los respectivos organismos o entidades, con sujeción a los que establezca el Gobierno Nacional de acuerdo con los parámetros señalados en el artículo quinto del presente decreto, salvo para aquellos empleos cuyas funciones y requisitos estén señalados en la Constitución Política o en la ley."

El Consejo de Estado en sentencia del 1 de marzo de 2018 dentro del expediente identificado bajo el radicado 70001-23-33-000-2012-00182-01 (4361-2013) C.P: Carmelo Perdomo Cuéter, luego de efectuar un análisis al marco normativo que antecede, concluyo que: **(i) no hay empleo público sin funciones, (ii) este debe estar contemplado en la respectiva planta de personal, (iii) sus emolumentos deben estar previstos en el presupuesto correspondiente y (iv) la titularidad para ejercerlo se adquiere partir de: la correspondiente posesión¹¹.**

⁹Por el cual se establece el sistema de funciones y de requisitos generales para los empleos públicos correspondientes a los niveles jerárquicos pertenecientes a los organismos y entidades del Orden Nacional, a que se refiere la Ley 909 de 2004.

¹⁰ Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones.

¹¹ En sentencia de 13 de febrero de 2014, con ponencia del entonces consejero de Estado Luis Rafael Vergara Quintero, la sección segunda, subsección A, radicado 1943-12, explicó:





Radicado: 13001-33-33-008-2013-00090-01

Así las cosas tenemos que, para que un trabajador asuma un empleo en calidad de **empleado público**, es preciso que el cargo que pretenda ejercer se encuentre contemplado en la planta de personal, las funciones a desempeñar se encuentren debidamente regladas y que su ingreso al servicio público se realice a través de designación válida (nombramiento y/o elección) y que tome posesión del cargo.

4.1.2. Trabajadores oficiales.

Debe precisar la Sala que existe otro tipo de vinculación con la administración para efectos de desempeñar labores complementarias relacionadas con el objeto social de las empresas industriales y comerciales del Estado y de economía mixta o con el mantenimiento de una obra pública, conforme al artículo 5º del Decreto Ley 3135 de 1968. Tales empleados se vinculan por contrato de trabajo y son denominados **trabajadores oficiales** salvo los de nivel directivo, que son considerados empleados públicos.

4.1.3. Contrato de prestación de servicios.

No obstante lo anterior, se tiene que a falta de personal de carrera para cumplir con los fines de la administración se regularon y desarrollaron los contratos de prestación de servicio, como una medida para vincular personal de manera y forma temporal. La contratación de este tipo de servicios ha sido desarrollada por nuestra legislación a través del D. L. 222 de 1983, la Ley 80 de 1993 y más recientemente por la Ley 190 de 1995. La Ley 80 en su artículo 32, dispone: "3. Son contratos de Prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados (...)".

"(...) Un empleado público es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

Los elementos que deben concurrir para que se admita que una persona desempeña un empleo público y pueda obtener los derechos que de ellos se derivan, son, en principio, la existencia del empleo en la planta de personal de la entidad, la determinación de las funciones propias del cargo y la existencia de la provisión de los recursos en el presupuesto para el pago de la labor (artículo 122 de la C.P.).

Entonces, para que una persona natural desempeñe un empleo público se requiere que su ingreso se realice por medio de una designación válida, nombramiento o elección según el caso, seguida de la posesión para poder ejercer las funciones del empleo. Es decir que la persona nombrada y posesionada es la que se encuentra investida de las facultades, cumple con sus obligaciones y presta el servicio correspondiente (...).



Radicado: 13001-33-33-008-2013-00090-01

Conforme a lo anterior, se tiene que coexisten tres maneras de vincularse con entidades del Estado: (i) los empleados públicos (relación legal y reglamentaria)¹², (ii) los trabajadores oficiales (relación contractual laboral)¹³ y (iii) los contratistas de prestación de servicios (relación contractual estatal)¹⁴, cada una con su propio régimen.

4.1.4. Funcionarios de hecho.

No obstante lo anterior, 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 funcionario¹⁵.

Sobre el particular, el máximo organismo de lo contencioso administrativo, en la ya referenciada sentencia del 1 de marzo de 2018, precisó que esta figura en un principio se identificaba en los siguientes eventos:

" i) cuando sin nombramiento ni elección conocidos, un individuo desempeña una función pública bajo tales circunstancias de reputación o aquiescencia que inducen al público a considerarlo como funcionario legítimo; ii) cuando la elección o el nombramiento han existido y son válidos, pero el funcionario ha dejado de cumplir un requisito o condición legal; iii) 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 los administrados y iv)

¹² Regulado por la Ley 4ª de 1913 (artículo 2) y Decretos ley 2400 de 1968 (artículo 2) y 1042 de 1978 (artículo 2.) Para el desempeño en condición 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, en este sentido ver las Leyes 443 de 1998 y 909 de 2004.

¹³ Ver Ley 4ª de 1945, reglamentada por el Decreto 2127 de 1945 (artículos 1 a 4) y artículos 53 y 123 del Código Sustantivo del Trabajo.

¹⁴ Ver Decreto 222 de 1983 y Ley 80 de 1993.

¹⁵ Sobre la noción de funcionario de hecho pueden consultarse las sentencias de 25 de noviembre de 1991, expediente 4639; 6 de octubre de 1992, expediente AC-273; 31 de marzo de 1992, expediente 4367; 15 de agosto de 1996, expediente 8886; 29 de junio de 2000, expediente 2443-98; 8 de marzo de 2001, expedientes 417-00 y 2348-00; 10 de mayo de 2001, expediente 2450-99; 29 de agosto de 2002, expediente 2589-00; 13 de febrero de 2003, expediente 1454-02; 9 de junio de 2011, expediente 1457-08; 28 de junio de 2012, expediente 1783-09; 2 de mayo de 2013, expediente 1555-12, 5 de mayo de 2013, expediente 1363-2012, 15 de agosto de 2013, expediente 1622-12; octubre 10 de 2013, expediente 1184-12; 3 de febrero de 2014, expediente 1943-12 y 2300-12; 27 de abril de 2016, expediente 2275-15, 5 de mayo de 2016, expediente 2119-15, todas de la sección segunda de esta Corporación.





Radicado: 13001-33-33-008-2013-00090-01

cuando el nombramiento o elección se han hecho de acuerdo con una ley que más tarde es declarada inconstitucional!

Seguidamente sostiene, que conforme a la evolución jurisprudencial se ha determinado que se clasifican en dos grupos:

"En los períodos de normalidad institucional, cuando media título que habilita para el ejercicio de la función pública pero por causas anteriores o sobrevinientes resulta inválido o deja de surtir efectos, verbi gratia la designación de una persona que no reunía las condiciones legales exigidas, por lo cual más tarde es revocada; quien posteriormente a su designación se inhabilita para el ejercicio del cargo y, no obstante, continúa ejerciéndolo; etc.

En circunstancias de anormalidad institucional, como las producidas por guerras, revoluciones, desastres o calamidades, entre otras, que no tienen título legal alguno, pero asumen a su cargo ciertas funciones públicas, dado el vacío, desaparición o vacancia de quien las ejercía o debería ejercer".

Concluye la alta Corporación precisando que, para que se configure la mencionada figura denominada "funcionario de hecho" en los períodos de normalidad institucional, deben concurrir los siguientes requisitos: **a)** que existan de jure el cargo (en la planta de personal¹⁶) y la función se haya ejercido irregularmente, y **b)** que se desempeñe de la misma forma y apariencia como la persona regularmente designada¹⁷. También puede predicarse la existencia del funcionario de hecho cuando la persona ejerza funciones públicas con la anuencia y permiso de las autoridades encargadas de controlar e impedir esta clase de situaciones¹⁸.

Aclara el Consejo de Estado en esta misma sentencia que cuando se indica que las funciones deben ser ejercidas de manera irregular, se refiere a que la persona que las cumple no se vinculó al servicio público con el lleno de los requisitos para que surja la vinculación legal y reglamentaria esto es, no existe nombramiento o elección (según el tipo de cargo), ni tampoco la posesión o tales requisitos, pese a que existieron, ya no están vigentes.

¹⁶ Ver sentencia de la sección segunda, subsección B, de 28 de julio de 2005, radicado 5212-03, con ponencia del entonces, consejero de Estado Tarcisio Cáceres Toro.

¹⁷ Consejo de Estado, sección segunda, subsección A, consejero ponente Alberto Arango Mantilla, sentencia de 15 de marzo de 2007, expediente 25000-23-25-000-1996-41885-01 (6267-05), reiterado, entre otras, por la subsección B de la sección segunda en el fallo de 9 de junio de 2011, consejera ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez, radicado 85001-23-31-000-2005-00571-01 (1457-08).

¹⁸ Consejo de Estado, sección segunda, subsección A, consejero ponente Luis Rafael Vergara Quintero; sentencia de 13 de febrero de 2014, expediente 05001-23-31-000-2003-01050-01 (1943-12).



Radicado: 13001-33-33-008-2013-00090-01

5. El caso concreto.

5.1 Hechos relevantes probados.

5.1.1 El señor FLORENCIO BASTIDAS CERVANTES fue nombrado en provisionalidad en el cargo de auxiliar de mantenimiento en la sede No. 2 de la Institución Educativa Técnico Acuícola Nuestra Señora de Montecarlo, mediante la Resolución No, BIS003 del 24 de enero de 2002 expedida por el Alcalde del Municipio de Cicuco- Bolívar (Fl. 17-18).

5.1.2 Recibió por parte de los señores RODOLFO CARREÑO SUAREZ Y ANA LUISA OROZCO OROZCO la suma de \$2.665.960 por concepto de honorarios de conciliación de administrativos de la Gobernación de Bolívar (Fl. 20)

5.1.3 Según certificados obrantes a folios 22 a 26 y 28 a 32 del expediente, el hoy demandante prestó sus servicios en la Institución Educativa Técnico Acuícola Nuestra Señora de Montecarlo, durante los siguientes lapsos:

Periodo	Cargo	Funcionario que certifica	Fecha de expedición	Folio
17/10/2001-21/11/2005	Administrativo en servicios generales	Secretario de Educación y Alcalde el Municipio de Cicuco	21/11/2005	22
01/01/2003-31/08/2004	Celador nocturno	Rector de la inst. Educativa Técnico Acuícola Nuestra Señora de Montecarlo	31/08/2004	23
17/10/2001-01/12/2006	Administrativo en servicios generales	Secretario de Educación y Alcalde el Municipio de Cicuco	01/12/2006	24
01/01/2004-24/01/2005	Celador	Rector y Directora de la Clase No. 40 de la Sede No. 03 de la inst. Educativa Técnico Acuícola Nuestra Señora de Montecarlo	24/01/2005	25
24/01/2002-19/05/2009	Auxiliar de mantenimiento	Secretario de Educación del Municipio de Cicuco	13/05/2009	26
24/01/2002-05/12/2008	Auxiliar de mantenimiento	Secretario de Educación y docente (testigo) del Municipio de Cicuco	05/12/2008	28
24/01/2002-13/05/2009	Auxiliar de mantenimiento (vigilancia)	Rector de la Sede No. 02 de la inst. Educativa	13/05/2009	29





Radicado: 13001-33-33-008-2013-00090-01

		Técnico Acuícola Nuestra Señora de Montecarlo		
14/05/2009-31/12/2009	Auxiliar de mantenimiento (vigilancia)	Rector de la Sede No. 02 de la inst. Educativa Técnico Acuícola Nuestra Señora de Montecarlo	27/01/2010	30
01/01/2010-31/12/2010	Auxiliar de mantenimiento (vigilancia)	Rector de la Sede No. 02 de la inst. Educativa Técnico Acuícola Nuestra Señora de Montecarlo	25/01/2011	31
01/01/2011-30/06/2011	Auxiliar de mantenimiento (vigilancia)	Rector de la Sede No. 02 de la inst. Educativa Técnico Acuícola Nuestra Señora de Montecarlo	30/06/2011	32

5.1.4 Mediante **comunicación de fecha 24 de septiembre de 2012** (Fl. 43-45), expedida por el Alcalde de Cicuco Bolívar, se negó petición elevada por el actor en fecha **13 de septiembre de 2012**, en la cual solicitó el reconocimiento y pago de: **i)** las acreencias laborales insolutas por concepto de salarios, vacaciones, auxilio de transporte, dotación de calzado y vestido; horas extras, dominicales, recargo nocturno y diurno, auxilio de cesantías, primas de alimentación, de navidad y de vacaciones de enero a diciembre de 2002, 2003, el mes de enero de 2004; de enero a diciembre de 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010 y de enero a junio de 2011, **ii)** la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías consistente en el pago de día de salario por cada día de retardo debidamente indexado, **iii)** indemnización de 24 meses por mora en el pago de salarios y **iv)** que se efectuó el descuento de las sumas adeudadas el pago de los montos que debió aportar a los fondos correspondientes a salud y pensión en los porcentajes determinados en la ley, y que se efectúen las cotizaciones a que haya lugar. Dentro de las razones de la negativa, la demandada indicó que, conforme a lo establecido en la Ley 715 de 2001 el Municipio de Cicuco no tiene la facultad presupuestal, financiera ni administrativa para designar a una persona en las condiciones laborales que señala el actor en su reclamación, como tampoco autorizar el pago de las prestaciones sociales pretendidas, como quiera que se encuentra en cabeza del Departamento de Bolívar la función de administrar los recursos asignados a dicho ente no certificado.

5.1.5. A folios 230 a 231, 233 a 234 y 238 a 239 reposa la prueba testimonial recaudada mediante despacho comisorio adelantado por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal del municipio de Cicuco Bolívar, donde se recibieron los testimonios de los señores Hernando Ramos Barragán¹⁹, Santander Baza

¹⁹Testimonio del señor HERNANDO RAMOS BARRAGÁN. "Conozco al señor FLORENCIO BASTIDAS CERVANTES, también nacido en esta misma población de Cicuco, y quien es humilde persona y trabajador ejemplar y me consta que fue vinculado por resolución de la alcaldía





Radicado: 13001-33-33-008-2013-00090-01

Peinado²⁰ y Guillermina Polanco Pérez²¹. De sus de ponencias se deduce que el actor fue nombrado en provisionalidad a través de Resolución No. BIS003 del

Municipal de Cicuco, en el cargo de auxiliar de mantenimiento por resolución No. Bis 003, en la sede No. 2 de la Institución Técnica Acuícola Nuestra señora de Monte claro, de fecha 24 de enero del 2002, fecha en la cual empezó a desempeñarse con el entusiasmo que lo caracteriza como celador hasta el 30 de junio del 2011, a cargo de un rector saliente, y continuo al mandato del actual rector licenciado SANTANDER BAZA PEINADO, hasta el 30 de junio del 2011. BASTIDAS, además de celador nocturno y diurno ejercía múltiples funciones a saber: aseador, mensajero, electricista, plomero cuando había problemas en la tubería, trabajaba con el siguiente horario: de domingo a domingo de 6:00 PM hasta 6:00 AM, y de 6:00 AM hasta 12:00 PM, era su horario de descanso, también le tocaba colaborar en la escuela de enfrente ósea la sede No. 1, todo ese ejercicio bajo el conocimiento del señor rector BAZA PEINADO, y de la coordinadora de apellido RICO, que trabajaba los sábados en ese plantel educativo sede No. 2, con bachillerato empresarial.

Me consta que trabajo desde el 24 de enero del 2002, hasta el 30 de junio del 2011, de este tiempo el Departamento de Bolívar, por conciliación prejudicial le canceló los meses de febrero a diciembre de 2004. Además le adeudan a Bastidas el mes de enero del 2004, más los años 2005 al año 2011"

²⁰ Testimonio del señor SANTANDER BAZA PEINADO "Conozco al señor FLORENCIO BASTIDAS, desde el año 2003, pues llegue a esta comunidad el día 10 de marzo de 2003, para asumir mis funciones de rector en la Institución Educativa Nuestra señora de Monteclaro, mediante traslado que me fue conferido por la Secretaria de Educación del Departamento de Bolívar. Cuando yo ingresé a la institución ya el Señor FLORENCIO BASTIDAS CERVANTES, se encontraba vinculado a la misma por resolución No. Bis 003 emitida por el Municipio de Cicuco, Bolívar, de fecha 24 de enero del año 2002, el señor FLORENCIO, ejercía sus funciones en ese entonces en la sede primaria No. 02 que está integrada a la institución Educativa Técnica Acuícola Nuestra Señora de Monteclaro, ejercía funciones de vigilancia y también colaboraba con el aseo del patio, así mismo realizaba las funciones mantenimiento menores tales como electricidad y plomería cuando se requería. El señor FLORENCIO, estuvo siempre bajo mis orientaciones y las orientaciones dadas por la Coordinadora de la sede, además cumplía un horario laboral de 6 PM Hasta las 6:00 AM, y en las horas de la tarde después de la jornada escolar hacia el aseo o limpieza del patio de la sede. Él estuvo ejerciendo sus funciones desde el 24 de enero de 2002, ósea desde que se posesiono hasta el día 30 de junio del 2011, de manera ininterrumpida. Me consta también que en el traspaso de nómina única al Departamento de todos los administrativos que hacían parte de los establecimientos educativos, él se encontraba en la lista que fue enviada por el Municipio, para darle cumplimiento a lo establecido en la ley 715 de diciembre 21 del 2001. También me consta que el departamento le canceló unos meses mediante conciliación prejudicial emanada de la Gobernación de Bolívar, de los meses febrero a diciembre de 2004, e n lo que corresponde al año 2004 y los meses de enero de 2005 hasta el 30 de junio de 2011 no se los han cancelado".

²¹ Testimonio de la señora Guillermina Polanco Pérez "Primero que todo sé que el señor FLORENCIO BASTIDAS CERVANTES, y me consta que fue vinculado por el MUNICIPIO DE CICUCO, BOLÍVAR, a través de una resolución No. Bis 003, de fecha 24 de enero de 2002, él fue vinculado a la sede No. 2 de la Institución Educativa Técnica Acuícola Nuestra Señora de Monteclaro, para ejercer funciones de celador inicialmente, el allí trabajó en forma continua desde la fecha de su nombramiento que fue el día 24 de enero del 2002, hasta el día 30 de junio del 2011. Además de celador ejercía múltiples funciones como por ejemplo como aseador, plomero, electricista, mensajero entre otros, el laboraba los 7 días de la semana, celaba toda la noche y soltaba su turno a las 6:00 AM, luego regresaba como a las 12:00 AM, y seguía de corrido hasta las 6:00 AM, del día siguiente, dentro de las múltiples funciones que el realizaba él lo hacía bajo la dirección del rector y de la coordinadora. Sé que el señor





Radicado: 13001-33-33-008-2013-00090-01

24 de enero de 2002, y prestó sus servicios a la institución Técnica Acuícola Nuestra Señora de Montecarlo en el lapso comprendido entre el 24 de enero de 2002 y 30 de junio de 2011 en el cargo de auxiliar de mantenimiento donde desempeñaba oficios varios (vigilancia, mensajería, aseo general, arreglos eléctricos y de plomería). Todo esto bajo la dirección y supervisión de los directivos y coordinadores del plantel educativo.

El departamento de Bolívar a través de conciliación prejudicial canceló al señor FLORENCIO BASTIDAS, los salarios de los meses de febrero a diciembre de 2004.

5.1.6. El actor no fue incorporado a la planta de personal docente, directivo y administrativo para la prestación del servicio educativo en el Departamento de Bolívar, esto conforme al Decreto 2113 del 2004 y Decreto 768 de 2003 (Fl. 241-404 y 405-413).

5.2 Valoración de los hechos probados de cara al marco jurídico.

Aplicando el marco jurídico a los hechos que resultaron probados, la Sala concluye que la sentencia de primera instancia debe ser revocada, porque, como se pasa a dilucidar, el accionante adquirió la calidad de funcionario de hecho cuando se desempeñó en distintas sedes de la Institución educativa Técnica Acuícola Nuestra Señora de Montecarlo desde el 24 de enero de 2002 al 30 de junio de 2011, desempeñando labores varias, dentro de las cuales se encuentran las de vigilancia, aseo general, mensajería, plomería y de electricidad que contribuían al mantenimiento de la institución.

La situación de haber sido nombrado en provisionalidad mediante la Resolución No. BIS003 del 24 de enero de 2002 y no haber tomado posesión en el cargo, convierten su situación particular en lo que ha denominado el H. Consejo de Estado, como irregular y calificándolo como funcionario de hecho, como se pasa a demostrar:

- a) El alcalde de Cicuco –Bolívar, ante la necesidad urgente de un celador en la sede No. 02 de la Institución educativa Técnica Acuícola Nuestra Señora de Montecarlo, nombró al demandante en provisionalidad mediante la Resolución No. BIS003 del 24 de enero de 2002 en el cargo de auxiliar de mantenimiento mientras el departamento incorporaba a todo el personal

Florencio, cargaba las llaves de todas las dependencias de la institución. Además de todo lo que he dicho el Señor Florencio, siempre fue colaborador, servicial, atento con el cuerpo docente, se destacaba por ser una persona honrada y trabajadora. No dejo de trabajar un solo día desde que fue nombrado hasta el día 30 de junio del 2011. También me consta que los meses de febrero a diciembre de 2004, se los cancelaron a través de una conciliación prejudicial emanada de la Gobernación de Bolívar."



Radicado: 13001-33-33-008-2013-00090-01

directivo, administrativo y docente conforme a lo establecido en la ley 715 de 2001.

- b) Con ocasión del nombramiento en provisionalidad efectuado a través de la Resolución No. BIS003 del 24 de enero de 2002, el señor BASTIDAS CERVANTES estuvo al servicio en las distintas sedes de la Institución educativa Técnica Acuícola Nuestra Señora de Montecarlo desde el 24 de enero de 2002 al 30 de junio de 2011, desempeñando labores varias, dentro de las cuales se encuentran las de vigilancia, aseo general, mensajería, plomería y de electricidad que contribuían al mantenimiento de la institución.
- c) Lo anterior se demuestra con las certificaciones que reposan a folios 22 a 26 y 28 a 32 del expediente y de los testimonios de los señores Hernando Ramos Barragán, Santander Baza Peinado y Guillermina Polanco Pérez recibidos a través de despacho comisorio por el juzgado Primero Promiscúo Municipal del Cicuco Bolívar.

En consecuencia, no le asiste razón al juez de primera instancia en el sentido de afirmar que el accionante estuvo vinculado a diferentes instituciones del municipio de Cicuco hasta el año 2011, toda vez que las pruebas recaudadas -declaraciones y certificaciones- en el presente proceso dan cuenta que el señor FLORENCIO siempre estuvo al servicio de la institución Educativa Técnica Acuícola Nuestra Señora de Monteclaro, debiendo aclarar al respecto que tal institución cuenta con varias sedes en la cuales el mencionado señor prestó sus servicios.

- d) De lo anterior, se deduce que efectivamente el actor prestó sus servicios al municipio en el período comprendido entre el 24 de enero de 2002 y 30 de junio de 2011, bajo subordinación y dependencia, devengando un salario y con la anuencia de la administración, cumpliendo con las subreglas previstas por la Jurisprudencia del H. Consejo de Estado para que se declare la existencia del funcionario de Hecho.

En efecto, el Consejo de Estado ha precisado:

*"el caso de los funcionarios de hecho, cabe advertir que cuando se hace mención a funciones ejercidas de manera irregular, ello hace referencia, a que la persona que las cumple no se vinculó al servicio con el lleno de los requisitos para que se cree una relación legal o reglamentaria, o no existe nombramiento ni elección según el tipo de cargo, ni tampoco existe posesión. De lo anterior, es dable concluir que para que se configure el funcionario de hecho, es necesario que: i) exista el empleo dentro de la planta de personal de la entidad; ii) que las funciones sean ejercidas irregularmente; y, iii) que las cumpla de la misma forma, como lo haría un funcionario público. **Adicionalmente se***



Radicado: 13001-33-33-008-2013-00090-01

puede hablar de funcionario de hecho cuando la persona ejerza funciones públicas con la anuencia de las autoridades encargadas de controlar e impedir que se presenten esta clase de situaciones...

Lo anterior significa que, con la acreditación del cumplimiento de funciones por parte del actor con la anuencia de las autoridades, se materializó su condición de funcionario de hecho, sin que fuese necesario probar la existencia del cargo en la planta de personal de la institución educativa, pues no se exige que los requisitos anteriores sean concurrentes, y en el caso concreto resultó acreditado que la vinculación del actor obedeció a la necesidad de que cumpliera funciones para el mantenimiento y vigilancia del plantel educativo Técnico Acuícola Nuestra Señora de Montecarlo, mientras el Departamento de Bolívar lo incorporaba en su planta de cargos en cumplimiento de la Ley 715 de 2001, lo cual no se llevó a cabo, pero sin que ello le resulte atribuible al demandante.

Ahora bien, descendiendo a las pretensiones de la demanda, el actor solicita a título de restablecimiento del derecho que el Municipio el Cicuco Bolívar pague los salarios, prestaciones sociales, auxilio e intereses de cesantías, indemnización por mora, dotación de calzado y vestido; horas extras, dominicales, recargo nocturno y diurno, primas de alimentación, de navidad y de vacaciones, auxilio de transporte, sanción moratoria. Al respecto, advierte esta Corporación que efectivamente, el demandante tiene derecho a que le sean reconocidos los salarios y prestaciones sociales adeudados por la parte demandada, sin embargo, al no acreditar la equivalencia en la planta de personal del cargo ejercido como servidor de hecho (lo cual no es motivo de discusión en el proceso), serán tasados sobre el salario mínimo legal mensual, y deberán pagarse a título de indemnización.

Lo anterior, obedece a que el funcionario de hecho no puede ser tomado como un empleado vinculado a la planta de personal o a quien se le han desnaturalizado sus funciones, pues el reconocimiento de la existencia de una relación laboral por relación de hecho, no implica conferir la condición de empleado público pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el solo hecho de trabajar para el Estado:

"Como ya lo ha expresado la Corporación para acceder a un cargo público se deben cumplir con todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la Ley. La circunstancia de trabajar para el Estado, no confiere la condición de empleado público²²"

En ese orden, advierte la Sala que la situación de haber realizado labores de facto no convierte al accionante automáticamente en empleado público, por

²² Consejo de Estado – MP: Nicolás Pájaro, Expediente No. 1654-2000



Radicado: 13001-33-33-008-2013-00090-01

lo que solo procede el reconocimiento de la reparación del daño a título de INDEMNIZACIÓN.

En línea con lo anterior, no existe entonces una relación laboral acreditada en autos entre el actor y la parte demandada, pues se trató de una situación de hecho, realizada por la incuria de la administración, que permitió la prestación de funciones por un particular, pero que igualmente debe ser indemnizada, toda vez que, el Estado no puede beneficiarse de una labor así sea de forma irregular, sin retribuir al trabajador lo correspondiente.

Sobre el derecho a recibir el pago por los servicios prestados por el funcionario de hecho, el Consejo de Estado ha precisado:

"INDEMNIZACION POR ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA – Pago de salarios y prestaciones sociales. Alcance / SANCION POR MORA EN EL PAGO DE CESANTIAS- No reconocimiento por enriquecimiento sin causa por no tener carácter indemnizatorio Como ya se refirió la demandante tiene derecho al pago de los salario y prestaciones, tasados en el salario mínimo legal mensual, pues no se probó la equivalencia en la planta de personal del cargo ejercido como servidora de hecho, y esto no se discute en el proceso, pero estos pagos deben hacerse a título de indemnización. El haber realizado labores de facto no lo convierte automáticamente en empleado público, es más, podía decirse que por no tener siquiera un contrato de prestación de servicios a la hora de establecer responsabilidades, resultaría difícil vincularlo con sus actuaciones, salvo la existencia de un hecho punible, por ello sólo es procedente el reconocimiento de la Reparación del Daño. En el presente asunto la demandante sólo tiene derecho al reconocimiento de los salarios y prestaciones reclamados a título de indemnización, lo que descarta la posibilidad de reconocer una situación de mora por no pago oportuno de las cesantías que son prestaciones y no indemnizaciones." ²³.

En el caso concreto, se probó que el actor cumplió de manera efectiva actividades administrativas permanentes propias de un empleado auxiliar de apoyo, esto es, tareas de vigilancia, aseo, etc.; de las que sirven de apoyo a la administración y que son cumplidas conforme a la Ley por empleados públicos a través de vinculación legal y reglamentaria y en otros casos por contratos de prestación de servicios. No obstante, se le mantuvo de manera irregular, sirviéndose de su trabajo por más de nueve años, que deben ser reconocidos dando aplicación a los principios constitucionales del derecho laboral, en aras de evitar el enriquecimiento sin causa de la entidad. Conforme lo precedente y al no ser factible considerar al actor como empleado público y tampoco poderse identificar un cargo en el Municipio con el que deba compararse la función que desempeñó en beneficio de la administración para efectos del restablecimiento de su derecho, la Sala

²³ Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección B – CP: Bertha Lucía Ramírez, Radicación: 85001-23-31-000-2005-00571-01 (1457-08)



Radicado: 13001-33-33-008-2013-00090-01

acudirá a la INDEMNIZACIÓN que en estos casos utiliza el H. Consejo de Estado, aplicando el principio de equidad, establecida en la Constitución Política y en la Ley 446 de 1998.

La INDEMNIZACIÓN se reconocerá así: por cada mes de trabajo un salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de ejecutoria del fallo junto con el equivalente a las prestaciones sociales económicas propias de un empleado público que hubiese desempeñado funciones afines a las que desempeñó el demandante; así como los aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones.

De otro lado, sobre la sanción moratoria, considera este Tribunal que con base en lo dispuesto en la Ley 244 de 1995 artículo 1, solo se concede dicha indemnización cuando no se han pagado oportunamente las cesantías solicitadas por el titular, situación que no se encuentra probada en el proceso, máxime, cuando dentro del caso que nos ocupa, se reconoce un derecho discutible, pues no se puede considerar que existe mora sino a partir del momento en que la administración tenga claridad de la obligación que se reconoce judicialmente.²⁴

En conclusión, esta Judicatura REVOCARÁ la sentencia de primera instancia, para en su lugar declarar la Nulidad del Acto acusado, el reconocimiento de la calidad de funcionario de hecho que ostenta el demandante y ordenar la INDEMNIZACIÓN referida.

Finalmente, la Sala ordenará el descuento de lo que el demandante admitió haber recibido por parte de los señores RODOLFO CARREÑO SUAREZ Y ANA LUISA OROZCO OROZCO por concepto de honorarios de conciliación administrativa de la Gobernación de Bolívar, suma que asciende a \$2.665.960 visible a folio 20 del expediente, y que corresponde a los meses de febrero a diciembre del 2004; por lo que los salarios y prestaciones sociales reconocidos en esta Sentencia van desde el 24 de enero de 2002 hasta enero de 2004, y de enero de 2005, hasta el 30 de junio de 2011.

5.2.1 De la prescripción del derecho.

Teniendo en cuenta que los salarios no reclamados con anterioridad a los tres años de solicitadas, están sometidas a la prescripción contenida en los artículos 488²⁵ y 489²⁶ del CST y 151 del C.P.T, la Sala evidencia que en el caso concreto no se materializa este fenómeno, toda vez que, el demandante

²⁴ *Ibidem*

²⁵ "Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto".

²⁶ "El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente".



Radicado: 13001-33-33-008-2013-00090-01

finalizó su vinculación laboral el 30 junio de 2011, y presentó reclamación para agotar la vía administrativa el 13 de septiembre de 2012, mismo momento en el que el término de prescripción se interrumpió; fecha hasta la cual habían transcurrido aproximadamente 1 año y 3 meses. El 24 de septiembre de 2012 el Municipio de Cicuco dio respuesta a la reclamación administrativa, momento en el cual se reanuda la prescripción por un término igual de tres (3) años. En ese orden la demanda fue presentada el 8 de marzo de 2013, que sumado al tiempo anterior, da un total de 1 año y 9 meses transcurridos.

En virtud que, la prescripción corresponde a 3 años contados a partir del momento en que la obligación se hace exigible, esta Corporación concluye que no operó tal fenómeno en el caso de marras, por ello el reconocimiento de la indemnización al actor se hará en su integridad, bajo los lineamientos dispuestos en esta Sentencia.

5.2.2 Ajuste al valor

Al final, la suma diferencial que resulte insoluble deberá ser ajustada al valor, en los términos del Art. 187 del CPCA y de acuerdo a la fórmula sentada para eventos por el Consejo de Estado, en donde,

$$R = RH \quad X \quad \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

El valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora por concepto salario y prestaciones sociales a título de indemnización, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas. En ese orden, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes a mes, en cuanto a su diferencia insoluble.

5.2.3. Intereses.

En el evento de que se presenten los supuestos de hecho previstos en el Art. 192 del CPACA se pagarán intereses.

5.2.4. Cumplimiento de la sentencia.

La sentencia se cumplirá en los términos del Art. 195 del CPACA, profiriendo decisión motivada contra la cual procedan los recursos de ley y evitando, hasta donde sea posible, nuevas controversias judiciales.



Radicado: 13001-33-33-008-2013-00090-01

5.2.5. Condena en costas.

El artículo 188 CPACA en concordancia con el artículo 365 del C.G.P.- señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, **o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.** En ese sentido, habiendo sido revocada totalmente la sentencia de primera instancia, se aplicará el numeral 4 del artículo 365 del C. G del P, que dispone que la parte vencida será condenada a pagar las costas en ambas instancias; las cuales deberán ser liquidadas por el juez de primera instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Bolívar**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR en todas sus partes la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

En su lugar la decisión será la siguiente:

"PRIMERO: Declarar la nulidad del acto administrativo de fecha 24 de septiembre de 2012, suscrito por el Alcalde Municipal de Cicuco Bolívar, de conformidad con lo dispuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: Declarar la existencia de una relación laboral de hecho entre el señor FLORENCIO BASTIDAS CERVANTES y el MUNICIPIO DE CICUCO BOLÍVAR, por sus servicios prestados como celador y personal de oficios varios en las distintas sedes de la Institución Educativa Técnica Acuícola Nuestra Señora de Montecarlo.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** al Municipio de Cicuco - Bolívar, pagar como **INDENMIZACIÓN** a favor del señor FLORENCIO BASTIDAS CERVANTES, por cada mes de trabajo un salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de ejecutoria del fallo junto con el equivalente a las prestaciones sociales económicas propias de un empleado público que hubiese desempeñado funciones afines a las que desempeñó el demandante; así como los aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones.

CUARTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.





Radicado: 13001-33-33-008-2013-00090-01

QUINTO: La sentencia se cumplirá en los términos previstos en la parte motiva; ajustando las sumas reconocidas y en caso de proceder se reconocerán intereses".

SEGUNDO: Condenar a la parte demandada al pago de costas procesales en ambas instancias según lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 365 del Código General del Proceso, las cuales serán liquidadas de manera concentrada por el Juez de primera instancia de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Ausente con Permiso
MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-008-2013-00090-01
Demandante	FLORENCIO BASTIDAS CERVANTES
Demandado	MUNICIPIO DE CICUCO y DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR
Tema	RECONOCIMIENTO Y PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES.
Magistrado Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

