Cartagena de Indias D, T y C, quince (15) de mayo de dos mil veinte (2020)

1. **RADICACIÓN, IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO Y DE LAS PARTES.**

|  |  |
| --- | --- |
| **Medio de control** | **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** |
| **Radicado** | **13-001-33-33-007-2015-00445-01** |
| **Demandante** | **YAMIL EDUARDO CASTRO MUÑOZ** |
| **Demandado** | **DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR** |
| **Tema** | **PAGO DE SALARIOS ADEUDADOS** |
| **Magistrado Ponente**  | **LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ**  |

**I. PRONUNCIAMIENTO**

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 16 de diciembre de 2016, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

**II. ANTECEDENTES**

**1. PRETENSIONES**

Se declare la nulidad del Oficio de fecha 16 de marzo de 2015, mediante el cual el Departamento de Bolívar negó el reconocimiento y pago de salarios adeudados al actor, mientras prestó sus servicios como docente provisional en la Institución Educativa Nuestra Señora del Carmen de las Caras, del Municipio de Clemencia, en el período comprendido entre el 17 de mayo de 2013 y el 15 de junio de 2013; y entre el 17 de junio de 2013 y el 19 de julio de 2013.

Como consecuencia de lo anterior, se ordene el reconocimiento y pago de dichos emolumentos, debidamente indexados.

**2. HECHOS**

En apoyo de sus pretensiones el accionante manifiesta lo siguiente:

Mediante Resolución No. 01-261 del 26 de abril de 2013, la Secretaría de Educación de Bolívar nombró de forma provisional – temporal en calidad de docente nivel primaria, al señor YAMIL EDUARDO CASTRO MUÑOZ, para prestar sus servicios en la Institución Educativa Nuestra Señora del Carmen de las Caras, del Municipio de Clemencia; en reemplazo del señor ORLANDO RAFAEL GÓMEZ OROZCO, incapacitado por enfermedad no laboral desde el 6 de abril de 2013 hasta el 18 de julio de 2013.

El actor reemplazó al docente todo el tiempo que permaneció incapacitado; sin embargo, no se le cancelaron todos los factores salariales a que tenía derecho, desconociendo el período laborado comprendido entre el 17 de mayo de 2013 y el 15 de junio de 2013; y entre el 17 de junio de 2013 y el 19 de julio de 2013.

Mediante Oficio de fecha 16 de marzo de 2015, suscrito por la Sub-Secretaria Administrativa y Financiera de la Secretaría de Educación de Bolívar, se negó el reconocimiento y pago de salarios adeudados al actor por el período reclamado al no existir actos administrativos que autoricen el nombramiento en dichos períodos.

**3. SENTENCIA APELADA**

El Juzgado Sétimo Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena en sentencia del 16 de diciembre de 2016, negó las pretensiones de la demanda al considerar que no existe un acto administrativo que autorice al demandante a prestar el servicio durante el período que reclama; razón por la cual no es posible pagar el salario y prestaciones sociales porque se incumplió con la regla jurídica que exige que para el desempeño de cargos públicos es necesario la existencia de un acto de nombramiento y la toma de posesión, tal como lo establece el artículo 122 de la Constitución Política. (Fls. 68 – 83)

**4. RECURSO DE APELACIÓN.**

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, reiterando que el actor reemplazó al docente incapacitado durante todo el tiempo que duró dicha incapacidad.

Que el artículo tercero de la Resolución Nro. 01-261 de 26 de mayo de 2013 expedida por la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar, impartió directrices al Rector de la Institución Educativa Nuestra Señora del Carmen de las Caras, del Municipio de Clemencia, en lo concerniente a informar a la Secretaría de Educación sobre la incapacidad del docente Orlando Rafael Gómez Orozco, y quien venía ejerciendo en su reemplazo para efectos de la asignación salarial.

Pese a lo anterior, el actor laboró todo el tiempo en que estuvo incapacitado el docente Gómez Orozco, dejándosele de cancelar los períodos comprendidos entre el 17 de mayo de 2013 y el 15 de junio de 2013; y entre el 17 de junio de 2013 y el 19 de julio de 2013. (Fls. 85 – 87)

**5. TRÁMITE PROCESAL SEGUNDA INSTANCIA**

Con auto de fecha 6 de octubre de 2017, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante (Fl. 4 Cdr. 2). Mediante auto del 26 de enero de 2018 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. (Fls. 8 Cdr. 2).

La parte demandante alegó de conclusión reiterando lo expuesto en el recurso de apelación (Fls. 11 - 12).

**III. CONTROL DE LEGALIDAD.**

Revisado el expediente, se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció el control de legalidad previsto en el artículo 207 del CPACA, sin encontrarse ningún vicio que acarre nulidad de lo actuado. Por ello, y como en esta instancia tampoco se observan irregularidades que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión de fondo, se procede a resolver la alzada.

**IV. CONSIDERACIONES**

1. **Competencia**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias proferidas en primera instancia por los jueces administrativos.

1. **Problema jurídico.**

El problema jurídico a absolver, consiste en determinar si en el sub examine:

*¿Tiene derecho el actor a que se le paguen los salarios y prestaciones sociales correspondientes a los* *períodos comprendidos entre el 17 de mayo de 2013 y el 15 de junio de 2013; y entre el 17 de junio de 2013 y el 19 de julio de 2013, por haberse desempeñado como docente en reemplazo del señor ORLANDO GOMEZ OROZCO, en la Institución Educativa Nuestra Señora del Carmen de las Caras, del Municipio de Clemencia?*

En caso de ser positiva la respuesta al anterior interrogante, se revocará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, para en su lugar acceder a las mismas. De ser negativa, se confirmará.

1. **Tesis de la sala.**

La Sala, confirmará la sentencia apelada, toda vez que al demandante no acreditó la existencia de los actos administrativos expedidos por parte de la Secretaría de Educación del Departamento de Bolívar, autorizando la prestación del servicio educativo como docente en los períodos comprendidos entre el 17 de mayo de 2013 – 15 de junio de 2013 y 17 de junio de 2013 – 19 de julio de 2013, no siendo posible acceder al pago de los salarios y prestaciones sociales pretendidos en la demanda.

La anterior tesis se soporta en los argumentos que se exponen a continuación.

1. **Marco normativo y jurisprudencial.**

El artículo 122 de la Constitución Política dispuso:

“ARTÍCULO 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben. (…)”.

El empleo público existe una vez se cree en la planta de personal respectiva, se señalen sus específicas funciones y, cuando sus emolumentos se encuentran previstos en el respectivo presupuesto. La titularidad para ejercerlo se adquirirá sólo a partir de **la posesión del mismo**.

Al respecto, la Sección Segunda del Consejo de Estado mediante sentencia de 13 de febrero de 2014, Número interno: 1943-12, precisó:

*“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…”.* (Negrillas de la Sala)

El Decreto 1278 de junio 19 de 2002 *Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente*, aplicable para el período laborado por el actor, reguló la forma de proveer los cargos en aquellos eventos donde se presente vacancia temporal o absoluta docente; implementando para ello la figura del encargo para los cargos Directivos y el nombramiento en provisionalidad para los cargos Docentes.

Así, el artículo 13 ibídem dispuso:

*“ARTÍCULO 13. Nombramientos provisionales. Cuando se trate de proveer transitoriamente empleos docentes,* ***los nombramientos deben realizarse en provisionalidad con personal que reúna los requisitos del cargo****, en los siguientes casos:*

1. *En vacantes de docentes cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal, el nombramiento provisional será por el tiempo que dure la respectiva situación administrativa. En este caso deberá hacerse uso del listado de elegibles vigente y su no aceptación no implica la exclusión del mismo.*
2. *En vacantes definitivas, el nombramiento provisional será hasta cuando se provea el cargo en período de prueba o en propiedad, de acuerdo con el listado de elegibles producto del concurso.*

*Parágrafo. Los educadores contratados por órdenes de prestación de servicio que tienen el derecho a ser vinculados en provisionalidad en virtud del artículo 38 de la Ley 715 de 2001, serán regidos por las normas de este Estatuto y, por ende, nombrados provisionalmente de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, en los cargos vacantes de la planta de personal que fije la Nación en ejercicio de su competencia especial dada por el artículo 40 de la Ley 715 de 2001.*

*Para ser vinculados en propiedad y gozar de los derechos de carrera deben superar el concurso de méritos y obtener evaluación satisfactoria del período de prueba, de acuerdo con lo dispuesto en este decreto.”* (Negrillas de la Sala)

Atendiendo lo expuesto, procederá al Sala a resolver el problema jurídico planteado.

1. **EL CASO CONCRETO.**
	1. **Hechos relevantes probados.**

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

- Mediante Resolución Nro. 01-261 de 26 de abril de 2013, se autorizó el nombramiento provisional temporal en empleo docente nivel primaria al señor YAMIL EDUARDO CASTRO MUÑOZ, para que prestara sus servicios educativos desde la fecha de su posesión hasta el 16 de mayo de 2013, en la Institución Educativa Nuestra Señora del Carmen de las Caras del Municipio de Clemencia – Bolívar, en reemplazo del titular del cargo señor HERNANDO RAFAEL GÓMEZ OROZCO (Fl. 37); tomando posesión del mismo el 3 de mayo de 2013 (Fl. 27)

- Por Resolución Nro. 01-777 de 16 de agosto de 2013, se autorizó la continuidad del nombramiento provisional temporal en el empleo docente nivel primaria al señor YAMIL EDUARDO CASTRO MUÑOZ, para que prestara sus servicios educativos por el término de 30 días comprendidos desde el 17 de julio de 2013 hasta el 15 de agosto de 2013, en la Institución Educativa Nuestra Señora del Carmen de las Caras del Municipio de Clemencia – Bolívar, en reemplazo del titular del cargo señor HERNANDO RAFAEL GÓMEZ OROZCO (Fl. 37).

**5.2 Del análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.**

Pretende el actor la nulidad del Oficio de fecha 16 de marzo de 2015, mediante el cual la Sub Secretaría Administrativa y Financiera del Departamento de Bolívar negó el reconocimiento y pago de salarios presuntamente adeudados, por sus servicios prestados como docente provisional en la Institución Educativa Nuestra Señora del Carmen de las Caras, del Municipio de Clemencia, en el período comprendido entre el 17 de mayo de 2013 y el 15 de junio de 2013; y entre el 17 de junio de 2013 y el 19 de julio de 2013.

El A quo negó las pretensiones de la demanda al considerar que no existe un acto administrativo que autorice al demandante a prestar el servicio durante el período que reclama; razón por la cual no es posible pagar el salario y prestaciones sociales porque se incumplió con la regla jurídica que exige que para el desempeño de cargos públicos es necesario la existencia de un acto de nombramiento y la toma de posesión, tal como lo establece el artículo 122 de la Constitución Política.

Analizados los hechos relevantes que resultaron probados, de cara al marco jurídico que fue expuesto, advierte la Sala que, el Decreto 1278 de junio 19 de 2002 aplicable para el período laborado por el actor, reguló la forma de proveer los cargos en aquellos eventos donde se presente vacancia temporal o absoluta docente, implementando para ello la figura del encargo para los cargos Directivos y el nombramiento en provisionalidad para los cargos Docentes; indicando en su artículo 13 que los nombramientos deben realizarse en provisionalidad con personal que reúna los requisitos del cargo.

La norma en cita, desarrolla el precepto Constitucional previsto en el artículo 122, que estableció que no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente; así mismo, ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

Así las cosas, como se indicó en la jurisprudencia referenciada, un empleado público es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo; 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, lo cual la hace acreedora a la correspondiente remuneración por la prestación de sus servicios.

En el sub examine, mediante Resolución Nro. 01-261 de 26 de abril de 2013, se autorizó el nombramiento provisional temporal en empleo docente nivel primaria al señor YAMIL EDUARDO CASTRO MUÑOZ, para que prestara sus servicios educativos desde la fecha de su posesión, **3 de mayo de 2013** **hasta el 16 de mayo de 2013**, en la Institución Educativa Nuestra Señora del Carmen de las Caras del Municipio de Clemencia – Bolívar, en reemplazo del titular del cargo señor HERNANDO RAFAEL GÓMEZ OROZCO.

Posteriormente, por Resolución Nro. 01-777 de 16 de agosto de 2013, se autorizó la continuidad del nombramiento provisional temporal en el empleo docente nivel primaria al señor YAMIL EDUARDO CASTRO MUÑOZ, para que prestara sus servicios educativos por el término de 30 días comprendidos desde el **17 de julio de 2013 hasta el 15 de agosto de 2013**, en la Institución Educativa Nuestra Señora del Carmen de las Caras del Municipio de Clemencia – Bolívar, en reemplazo del titular del cargo señor HERNANDO RAFAEL GÓMEZ OROZCO.

En efecto, observa la Sala que los actos administrativos relacionados, autorizaron la prestación de los servicios docentes del actor entre el 3 de mayo de 2013 y el 16 de mayo de 2013, y entre el 17 de julio de 2013 y el 15 de agosto de 2013; pero nada autorizaron frente al período reclamado por el actor (17 de mayo de 2013 – 15 de junio de 2013 y 17 de junio de 2013 – 19 de julio de 2013).

Ahora bien, el régimen probatorio previsto en el artículo 211 del CPACA, que remite al 177 del Código de Procedimiento Civil, hoy artículo 167 del Código General del Proceso, establece, en lo concerniente a la carga de la prueba que la parte debe “… probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, es decir, para el sub lite el actor debía acreditar con certeza la existencia del acto de nombramiento y la respectiva posesión en el cargo de docente, en los períodos comprendidos entre el 17 de mayo de 2013 – 15 de junio de 2013 y 17 de junio de 2013 – 19 de julio de 2013, situación que no ocurrió en el presente asunto.

Conforme lo expuesto, reitera esta Magistratura que al no existir prueba de los actos administrativos expedidos por parte de la Secretaría de Educación del Departamento de Bolívar, autorizando la prestación del servicio educativo por parte del actor en los períodos comprendidos entre el 17 de mayo de 2013 – 15 de junio de 2013 y 17 de junio de 2013 – 19 de julio de 2013, no es posible acceder al pago de salarios y prestaciones sociales pretendidos en la demanda.

En ese orden, sin necesidad de otros análisis, se confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

**6. Condena en Costas.**

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, se dispone condenar en costas a la parte *“a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación”*, y de conformidad con el numeral 8º del mismo artículo, según el cual solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron.

Así las cosas, se condenará al pago de las costas de segunda instancia a la Parte Demandante, las cuales serán liquidadas por el Juez de primera instancia de acuerdo con lo señalado en el artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**IV. FALLA**

**PRIMERO: CONFIRMAR** en todas las partesla sentencia de fecha dieciséis (16) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Condenar en Costas a la Parte Demandante, en los términos de los artículos 365 y 366 del CGP las cuales serán liquidadas por el juez de primera instancia.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Constancia: el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha.

**LOS MAGISTRADOS**

**ORIGINAL CON FIRMA**

**LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ**

 **ORIGINAL CON FIRMA ORIGINAL CON FIRMA**

**ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL**