

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 105

Santiago de Cali, julio 13 de dos mil dieciocho (2018)

Medio de Control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho -Laboral
Radicación	76-001-33 33-005-2016-00167-00
Demandante	Jorge Alberto Gutiérrez Lozano
Demandado	Departamento del Valle del Cauca
Juez	Carlos Enrique Palacios Álvarez

Profiere el Despacho sentencia de primera instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, instaurado a través de apoderado judicial, por el señor Jorge Alberto Gutiérrez Lozano, en contra del Departamento del Valle del Cauca.

1. DECLARACIONES Y CONDENAS

1.1. Declarar la nulidad del acto administrativo ficto o presunto por la no contestación de la petición subjetiva radicada en agosto 04 de 2015 ante la entidad demandada, donde se le solicita la reclasificación y nivelación salarial del cargo del actor.

1.2. Que como consecuencia de lo anterior, se le ordene a la entidad demandada a reclasificar el cargo desempeñado por el actor acorde a la ley en su respectivo código y escala salarial devengada en funciones afines en el desempeño del cargo de Técnico Operativo Código 314, Grado 01, o en el cargo, código y grado salarial superior, con su respectiva nivelación salarial

1.3. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene al Departamento del Valle del Cauca, a reconocer y pagar al señor Jorge Alberto Gutiérrez Lozano todas las sumas correspondientes a excedentes de sueldos dejados de percibir, inherentes a su cargo reclasificado o nivelado, con efectividad a la fecha en que se causó el derecho.

1.4. Que se reliquiden sus cesantías y/o prestaciones sociales que correspondan, conforme a la nivelación salarial efectuada.

1.5. Que la liquidación de las anteriores condenas se efectúen mediante suma liquidadas de moneda de curso legal colombiano y se ajusten tomando como base el índice de precio al consumidor o al por mayor, conforme al artículo 187 del CPACA.

1.6. Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en los artículos 189, 192 y 195 del CPACA.

1.7. Se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada, conforme al artículo 188 del CPACA.

2. HECHOS

2.1. El demandante, señor Jorge Alberto Gutiérrez Lozano pertenece a la planta central de la Gobernación del Valle del Cauca. Agrega que tiene nombramiento como Auxiliar Administrativo Código 407, Grado 01.

2.2. Se afirma que hace muchos años el actor fue ubicado en Renta – Liquidaciones de Impuestos Registro de la Secretaría de Hacienda del Departamento, realizando funciones que no corresponden al cargo del cual fue nombrado, sino las que desempeñan los funcionarios nombrados como Técnicos Operativo Código 314, Grado 01, o superior.

2.3. Aduce que el señor Jorge Alberto Gutiérrez Lozano cuenta con el perfil, experiencia, responsabilidad y desempeña las mismas funciones del Técnicos Operativo Código 314, Grado 01, o superior. Agrega que se ve discriminado laboralmente frente a sus otros compañeros, no laborando en condiciones dignas y justas.

2.4. Considera que el actor tiene derecho a que su cargo sea reclasificado y nivelado salarialmente acorde a la ley establecidos para otros funcionario en igualdad de condiciones, por tal motivo en agosto 21 de 2015 solicitó ante la entidad demandada lo ante dicho.

2.5. Dice que el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 01 devenga una asignación mensual de \$1.364.981 y el cargo de Técnico Operativo Código 314, Grado 01 devenga \$2.136.051.

2.6. En agosto 04 de 2016, el actor solicitó la reclasificación y nivelación salarial de su cargo, sin embargo la entidad no ha dado respuesta a su petición.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte actora cita como violadas las siguientes disposiciones:

- Constitución Política, artículos 2, 4, 13, 25, 29, 53 y 58.
- Ley 909 de 2004 y sus Decretos Reglamentarios.
- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, artículo 138.
- Ley 153 de 1887, artículos 4, 5 y 8.
- Además dice que invoca la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, para casos semejantes.

El apoderado de la parte aduce que su poderdante debe ser reclasificado a nivel de su cargo a otro de mayor jerarquía, ya que reúne los requisitos y cumple funciones para estar en un grado superior, por las funciones y responsabilidades que realiza, teniendo derecho a la igualdad salarial, consagrado en los artículos 13,25 y 53 de la Constitución Nacional, ordenando el Juez administrativo la homologación (reclasificación) del cargo a la Ley y su correspondiente nivelación salarial y pago de los excedentes salariales dejados de percibir, desde la fecha de discriminación, hasta la de su pago; de conformidad con la doctrina de unificación constitucional contenida en las sentencias SU479 de 1992, SU 519 de 1997, T - 707 de 1998 y otras que son claras en manifestar la no discriminación salarial. Al igual solicita tener en cuenta la Sentencia No. T - 1571 del 21 de noviembre dle 2000.

Hace referencia a la igualdad en materia salarial, infiriendo que esto ocurre cuando se reúnen los siguientes presupuestos fácticos: ejecutan la misma labor, cuenta con la misma preparación y coinciden en el horario.

Respecto a la desviación del poder aduce que de los hechos y de las pruebas que se recauden y se alleguen, el juez debe anular el acto si en un juicio donde impere la sana crítica observa que se ha presentado el vicio de la desviación del poder en los actos acusados que vulneran los derechos laborales.

Concluye que el actor fue nombrado en el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 01, pero cumple las mismas funciones y responsabilidades del cargo de Técnico

Operativo Código 314, Grado 01, por lo tanto debe ser reclasificado y nivelado salarialmente.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

4.1. El Departamento del Valle del Cauca no contestó la demanda, según se indica en la constancia secretarial obrante a folio 36 cuaderno 1.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. El apoderado de la parte demandante reitera que el actor fue nombrado como Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 01 y que hace muchos años fue ubicado en Rentas -Liquidaciones de impuesto Registro de la Secretaria de Hacienda del Departamento. Agrega que dicha dependencia siempre realizó funciones de liquidar y hacer registros entre otras funciones afines que no corresponden al cargo en el cual fue nombrado como Auxiliar Administrativo y, las cuales son propias y eran desempeñadas por funcionarios nombrados en dicha dependencia como Técnico Operativo - Código 314 - Grado 01 y grados superiores, que conforme al manual de funciones eran propias de dicho cargo.

Aduce que con los testimonios recibidos y la prueba documental aportada al proceso está probado que la entidad demandada le otorgó unas funciones ajenas al nivel operativo que le correspondía, como son las de liquidar impuestos, función propia del nivel Técnico, asumiendo una responsabilidad y carga laboral que no le correspondía.

Con todo concluye: el accionante ejerció funciones de Técnico Operativo asignados por la demandada y con beneplácito de la misma.

Que pese a estar nombrado como Auxiliar Administrativo, en la realidad desempeñó funciones de un cargo superior como lo es el de en su nivel Técnico, cumpliendo con los requisitos exigidos conforme al manual de funciones y con una larga experiencia en el desempeño de dichas funciones.

5.2. La entidad demandada no presentó alegatos de conclusión, según constancia visible a folio 157 del cuaderno No. 1.

5.2. Ministerio Público: El Agente del Ministerio Público no rindió concepto sobre el particular.

6. CONSIDERACIONES

6.2. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme al acontecer procesal, para resolver de fondo el presente medio de control, y atendiendo la fijación del litigio hecho en la audiencia inicial, debe el Despacho determinar si el demandante, señor Jorge Alberto Gutiérrez Lozano, en virtud de su vinculación en el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407, Grado 01, en el Departamento del Valle del Cauca, tiene derecho a que le sea reclasificado su cargo, además de ser nivelada su asignación, prestaciones y demás emolumentos devengados, conforme a lo percibido por un funcionario nombrado en el cargo de Técnico Operativo Código 314 Grado 01 o superior del referido Departamento.

De ser afirmativa la respuesta al problema jurídico anteriormente planteado, se determinará además si el Departamento del valle del Cauca debe cancelar al demandante rubro alguno por concepto de prestaciones sociales generadas a raíz de la existencia de la relación laboral en el cargo de Técnico Operativo Código 314 Grado 01, así como el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social.

6.3. DESARROLLO DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO:

Para resolver el problema jurídico antes planteado, se procederá a:

- (i)** Realizar consideraciones sobre la vinculación de los servidores públicos al servicio del Estado;
- (ii)** Efectuar una relación de los hechos probados en el presente asunto, y;
- (iii)** Determinar si en el **caso concreto**, le asiste o no al demandante el derecho reclamado.

6.3.1. DE LA VINCULACIÓN DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS AL SERVICIO DEL ESTADO.

Según lo dispuesto en el artículo 125 de la Constitución Política, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, con excepción de los cargos de elección popular, libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los empleados del Estado en carrera administrativa tienen una vinculación laboral y como tal debe el empleador reconocer y pagar todos los beneficios propios de dicha relación (salario, prestaciones sociales, seguridad social, entre otros).

En el Estado se han distinguido dos clases de servidores: Empleados públicos y trabajadores oficiales; la diferencias entre unos y otros determinan el régimen jurídico que les es aplicable y por ende los derechos que les asisten.

El empleado público es la persona natural que ejerce las funciones correspondientes a un empleo público, es vinculado a la administración mediante una relación legal y reglamentaria; dicha vinculación se manifiesta en la práctica por el acto de nombramiento y posesión del empleado, las controversias que se susciten entre los empleados públicos y las entidades empleadoras por razón de la interpretación de la naturaleza de las normas que rigen su relación con la administración, deben ventilarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el régimen que se aplica por tanto a estos empleados es de derecho público.

Ahora bien, frente a los trabajadores oficiales tenemos que son vinculados a la administración mediante un contrato de trabajo, lo cual los ubica en una relación de carácter contractual laboral, semejante a la de los trabajadores particulares; el régimen jurídico que se aplica a estos trabajadores oficiales es en principio de derecho común, y en consecuencia, los conflictos laborales que surjan, son de competencia de los jueces laborales. Por regla general se establecen que son considerados como trabajadores oficiales quienes prestan sus servicios al Estado, en actividades de construcción y sostenimiento de obras públicas.

Por su parte, la Ley 80 de 1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública” en su artículo 32 definió el término de contrato estatal como “todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad”; dentro de éstos quedó consagrado el contrato de prestación de servicios, el cual es una excepción a la regla general dispuesta en el

referido artículo 125 de la Constitución Política.

Así, el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 define el contrato de prestación de servicios como:

“3o. Contrato de prestación de servicios

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.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”

Tenemos entonces que el legislador facultó a la administración para vincular personal mediante un contrato que no genera vínculo laboral ni derecho al pago de prestaciones sociales, no obstante limitó dicha facultad estableciendo que solo se podría utilizar cuando las actividades no se pudieran realizar con personal de planta o se requiriera de conocimientos especializados.

7. ANÁLISIS DEL ACERVO PROBATORIO Y HECHOS DEBIDAMENTE PROBADOS

El Despacho, en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal, reconocerá valor probatorio a la prueba documental que fue aportada al proceso, y que surtidas las etapas de contradicción, no fueron cuestionadas en su veracidad por las partes.

Así las cosas, el material probatorio allegado al proceso será valorado de forma íntegra, por lo tanto se puede concluir que se encuentran probados los siguientes hechos jurídicamente relevantes:

7.1. Al proceso se allegó la historia laboral del señor Jorge Alberto Gutiérrez Lozano, en la cual se destaca que éste ha sido desasignado como empleado del Departamento del Valle del Cauca de la siguiente manera:

Resolución / Decreto No.	Posesión / asunto	Empleo	Dependencia	Folios
0323 de julio 24 de 2006	Agosto 01 de 2006	Auxiliar Administrativo código 407, grado	Planta global de cargos de la Gobernación –	1-3 cuaderno 2., 6-7

		01	Secretaría de Desarrollo Institucional	cuaderno 1
0156 de agosto 14 de 2006	Trasladado	Auxiliar Administrativo código 407, grado 01	a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público	38-39 cuaderno 2.
1338 de septiembre 21 de 2009	Incorporación a la palta del cargos del Gobernación	Auxiliar Administrativo código 407, grado 01	Planta global de cargos	42-45 cuaderno 2.
Oficio 1812 de diciembre 18 de 2012	Traslado por implementación de reforma administrativa meses	Auxiliar Administrativo código 407, grado 01	Unidad administrativa especial de impuestos, rentas y gestión tributaria	54, cuaderno 2.
1817 de diciembre 04 de 2015	Diciembre 14 de 2015	Auxiliar Administrativo código 407, grado 01	Planta de cargos – Hacienda y finanzas	79-82 cuaderno 2

7.2. De acuerdo con certificado de tiempo deservicio emitido por el Subdirector de Gestión Humana del Departamento del Valle del Cauca, el demandante a través del Decreto 0323 de julio 24 de 2006 fue nombrado en el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407, Grado 01, dependiente a la planta global de cargos de la Gobernación del Valle del Valle del Cauca, posesionándose en agosto 01 de 2006, y por Decreto No. 1817 de diciembre 04 de 2015, fue incorporado en el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407, grado 01, dependiente de la Secretaria de Hacienda Y Finanzas Públicas, posesionándose en diciembre 14 de 2015¹.

7.3. Se allegó comprobante de nómina a favor del señor Gutiérrez Lozano del periodo febrero 01 de 2016 a febrero 29 de 2016, en que se indica: Código 00040635, Cargo auxiliar, código GV AL, Centro de Costo Gestión Humana y Org².

7.4. Igualmente el comprobante de nómina **sin especificar el destinatario** del periodo febrero 01 de 2016 a febrero 29 de 2016, en que se indica: Código 00040621, Cargo Técnico Operativo, código GV AL, Centro de Costo Gestión Humana y Org³.

¹ Folio 84 cuaderno 2

² Folio 8 cuaderno 1.

³ Folio 9 cuaderno 1.

7.5. Según certificado de tiempo deservicio emitido por el Subsecretario de Recursos Humanos del Departamento del Valle del Cauca, el demandante a través del Decreto 1490 de octubre 17 de 1983 fue nombrado en el cargo de Obrero del Distrito Agropecuario y Renatural de Tuluá, con fecha de posesión de octubre 24 de 1983; por Decreto No. 1634 de diciembre 20 de 1991 fue nombrado en el cargo de Jefe de Sección Maquinaria Liviana en la División de Talleres, posesionándose en diciembre 26 de 1991; por Decreto 2672 de noviembre 19 de 1983 es nombrado en el cargo Jefe de División Talleres Categoría 14, posesionándose en marzo 04 de 1994 y por “Decreto 1338 de septiembre 31 de 2009, es incorporado en el cargo de Técnico Operativo Código 314-03”, dependiente de la planta global de cargos de la Gobernación del Valle del Cauca, posesionados en octubre 20 de 2009⁴.

Sobre el particular el Juzgado aclara que este último cargo certificado, el cual supuestamente fue ejercido por el actor, no es acorde con la realidad, ya que al analizar el Decreto 1338 de septiembre 21 de 2009 se observa claramente que el señor Gutiérrez Lozano fue incorporado a la planta de cargos de la Gobernación del Valle de Cauca en el Cargo de Auxiliar Administrativo Código 407, Grado 01, situación que además se avizora en el acta de posesión No. 2009-1267 de octubre 20 de 2009⁵.

7.6. El subdirector de Gestión Humana del Departamento del Valle allega certificado de los valores devengados por el actor en el cargo de Auxiliar Administrativo, código 407, Grado 01, durante los años 2010 a 2017⁶.

7.7. El subdirector de Gestión Humana del Departamento del Valle allega certificado de los valores que devenga el empleo denominado Técnico Operativo Código 314, Grados 01, al 04 de la planta de cargos del Departamento del Valle del Cauca, para los años 2010 a 2017⁷.

7.8. Se aportaron los contenido de los siguientes manuales de funciones:

- 0651 de abril 08 de 2002, perteneciente al Nivel Técnico, Cargo Técnico Operativo, Código 401, Grado 03, para los años 2010-2011.
- 0423 de abril 24 de 2011, Nivel Técnico, Cargo Técnico Operativo, Código 314, Grado 03, para los años 2011-2016.

⁴ Folio 12-13 cuaderno 1.

⁵ Folio 42-45 cuaderno 2

⁶ Folio 64 cuaderno 1.

⁷ Folio 64 cuaderno 1.

- 1597 de noviembre 30 de 2016, perteneciente al Nivel Técnico, Cargo Técnico Operativo, Código 314, Grado 03, para el año 2017.
- 0651 de abril 08 de 2002, Nivel Auxiliar, Cargo Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 01, para los años 2010-2011.
- 0423 de abril 24 de 2011, Nivel Auxiliar, Cargo Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 01, para los 2011-2016.
- 1597 de noviembre 30 de 2016, Nivel Asistencial, Cargo Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 01, para el año 2017.

7.9. Finalmente tenemos los testimonios recepcionados por el Juzgado:

7.9.1. Testimonio de la señora María Helena Mendoza Castrillón, para el caso que nos ocupa, se destaca que:

- Conoce al señor Jorge Alberto Gutiérrez Lozano desde el año 2011.
- Afirma que el cargo que el actor tiene es el de Auxiliar Administrativo, pero desempeña funciones hasta de Profesional. Agrega que en un tiempo estuvo encargado de la Oficina de Liquidación de Boleta Fiscal.
- Al preguntársele si siempre ha desempeñado el cargo de Auxiliar Administrativo? Contestó: si, siempre.
- Afirma que éste cumplía las siguientes funciones: liquidaba impuestos de registros, liquidaba boleta fiscal, atendía a los contribuyente, aclaraba dudas a los contribuyentes, revisaba escrituras, anulaba pagos, hacia cuadros de cajas con los bancos...
- Al preguntársele ¿sí de las funciones que mencionó, que hace el señor Gutiérrez Lozano, corresponden a la de un Auxiliar Administrativo? Contestó: no, no corresponden, me parece que no...
- Aduce que las funciones del auxiliar Administrativo son básicas, mensajería, archivar...agrega que el actor no desempeñas estas funciones, no hacia mensajería.

- ¿Tiene conocimiento si en la dependencia de boleta fiscal o de rentas hay otras personas que realicen las mismas funciones de liquidar boletas, que ocupen otros cargos? Contestó: si, un Técnico Grado 4, una Secretaria, y otros Auxiliares.

-¿Tiene conocimiento de qué funcionario o dependencia le asignó a él las labores de liquidador de boleta fiscal, cuadro de cajas y otros? Contestó: tesorería, la Secretaria de Hacienda básicamente asignaba las funciones...llegó la orden del 4 piso, de la Secretaría de Gestión.

-¿Conoce el manual de funciones del Auxiliar Administrativo? Contestó: no...

-¿Conoce el manual de funciones del Profesional Universitario del Departamento del Valle del Cauca? Contestó: son funciones más elaboradas, de más responsabilidad.

7.9.2. Testimonio del señor Yesid González Ledesma, para el caso que nos ocupa, se destaca:

- Dice que el señor Gutiérrez Lozano desempeña el cargo de Auxiliar Administrativo. Agrega que trabaja en el área de Tesorería, no tiene conocimiento a qué se dedica actualmente.

- Aclara que fue coordinador de la Oficina de Liquidación del Impuesto de Registro durante los años 2008 a 2013. Agrega que el actor trabajó en esa oficina realizando las funciones de liquidador de impuestos de registro, hacer cuadro de cajas.

- ¿Las funciones corresponden a la del cargo de Auxiliar Administrativo? Contestó: no, es una actividad compleja, de mucho análisis, la hace un cargo de mayor nivel.

-dice que en esa dependencia había un Técnico Grado 4, una funcionaria que hacía las veces de registro una Secretaria.

¿Qué funcionario o dependencia le asignó esas funciones en Rentas? Contestó: el Tesorero del Departamento.

¿Tiene conocimiento de los manuales de funciones escritos de los auxiliares administrativos? Contestó: no recuerdo, no tengo un conocimiento pleno de lo que dicen...

¿Tiene conocimiento de los manuales escrito de las funciones de los profesionales universitarios? Contestó: si, que desempeña un cargo de Profesional Universitario

8. EL CASO CONCRETO

Aplicando todo lo anterior al caso concreto, tenemos que el señor Jorge Alberto Gutiérrez Lozano, a través del presente medio de control pretende la nulidad del acto acusado y consecuente a ello la declaratoria de la reclasificación y nivelación salarial, equiparando el cargo de Técnico Operativo Código 314 Grado 01 de la Oficina de Rentas – Liquidaciones de Impuestos Registro de la Secretaria de Hacienda de la entidad demandada, cargo que en su sentir ha desempeñado desde hace muchos años, igualmente, se efectúe la nivelación salarial de conformidad con la normatividad vigente relacionada con dicho cargo, así como el pago de las diferencias que exista entre la asignación salarial que percibió en el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407, Grado 01 y las sumas correspondientes al excedentes de sueldos y demás emolumentos percibidos por un Técnico Operativo Código 314, Grado 01, fijadas de acuerdo a la escala salarial.

Ahora bien, se encuentra probado en el plenario con los actos de nombramientos que el actor fue vinculado a la entidad demandada desde agosto 01 de 2006, en el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407, Grado 01, lo anterior teniendo en cuenta que fue nombrado a través del Decreto 0323 de julio 24 de 2006, cargo que ha venido ostentando sin ninguna discusión, pues aún en el Decreto 1817 de diciembre 04 de 2015 expedido por el Departamento del Valle del Cauca, se avizora que el actor fue incorporado a la planta de cargos de la Gobernación del Departamento del Valle del Cauca para desempeñar dicho cargo.

No obstante lo anterior, el apoderado de la parte demandante aduce que su poderdante, pese a que tiene nombramiento en el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407, Grado 01, siempre ha realizado funciones de liquidar, hacer registros entre otras, las cuales son funciones propias de un Técnico Operativo Código 314 Grado 01 o superior, es decir realiza funciones que no son afín con el cargo al cual fue designado en la entidad demandada.

Teniendo en cuenta lo anterior, deberá el Despacho determinar si en el ejercicio y ejecución de la labor prestada por el señor Gutiérrez Lozano al servicio del Departamento del Valle del Cauca, desde el momento de su vinculación, se esconde una verdadera relación laboral, relacionada con otro cargo.

De acuerdo certificado de tiempo de servicio expedido por el Subsecretario de Recurso Humanos del Departamento del Valle del Cauca⁸, en principio se podría decir que el señor Gutiérrez Lozano fue nombrado en el cargo de Técnico Operativo Código 314 Grado 03, no obstante lo anterior, tal anomalía fue aclarada por el Juzgado en el acápite 7.5 de los hechos probado, en el sentido que tal certificación mencionada o es acorde con la realidad, ya que el Decreto 1338 de septiembre 21 de 2009 claramente indica que el señor Gutiérrez Lozano fue incorporado a la planta de cargos de la Gobernación del Valle de Cauca en el Cargo de Auxiliar Administrativo Código 407, Grado 01, situación que además se avizora en el acta de posesión No. 2009-1267 de octubre 20 de 2009⁹, situación que *prima facie* tornaría nugatorias las pretensiones del demandante.

Pues bien, con el material probatorio recaudado en el proceso no se logra advertir que el demandante haya sido nombrado o designado en otro cargo distinto al de Auxiliar Administrativo Código 407, Grado 01, dado que si bien se acreditó que en varias ocasiones fue trasladado de una dependencia del Departamento del Valle del Cauca a otra, la entidad siempre le manifestó que era para desempeñar el mismo cargo, es decir seguir ejerciendo las funciones propias de su cargo¹⁰, igualmente no se demostró que el actor haya desempeñado funciones distintas a las de su cargo, pues se reitera, al proceso no se allegó ninguna certificación, designación o nombramiento que den fe de las funciones que en su sentir ha desempeñado a favor de la Entidad demandada.

La parte demandante pretende con los testimonios rendidos por la señora María Helena Mendoza Castrillo y del señor Yecid González Sabi probar que efectivamente el actor ejerció funciones diferentes a la de su cargo, es decir, que desempeñaba funciones del Cargo de un Técnico Operativo Grado 314, Grado 01, incluso las de un Profesional Universitario.

Sobre la idoneidad y contundencia del testimonio para probar la vinculación a través de un acto de nombramiento con la entidad, el Consejo de Estado ha

⁸ Folio 12-13 cuaderno 1.

⁹ Folio 42-45 cuaderno 2

¹⁰ Folios 38-39, 54, 61 cuaderno 2.

reiterado al respecto y el Juzgado acoge en su integridad.”¹¹

“(…) En este orden de ideas, la Sala ha revisado, verificado y valorado la prueba que obra en el proceso, en la finalidad de establecer lo señalado y afirmado por la demandante, tanto en la demanda inicial como en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia, esto es, su designación como Asesora Jurídica y Directora del Centro de Conciliación del Departamento de Policía de Nariño, y no encontró documento alguno que así lo demuestre, como sería el acto de nombramiento, el acta de posesión y la constancia o la certificación de que estuvo en el ejercicio de dichos cargos durante el período por el cual está reclamando la diferencia de los salarios y las prestaciones sociales. El testimonio que se practicó informa que la actora laboró en el Departamento de Policía de Nariño como abogada conciliadora y asesora jurídica; sin embargo, esta prueba no es suficiente, pertinente ni conducente para demostrar la vinculación de una personal con una entidad toda vez que la prueba de tal hecho no es otra que la documental, la que de manera idónea conduce a la demostración del hecho relacionado con el nombramiento y desempeño del cargo, del cual se está pretendiendo el reconocimiento de la diferencia de los salarios y las prestaciones, en el sub lite, lo que corresponda al cargo de asesor jurídico y director del centro de conciliación frente al de Técnico Administrativo.(…)” Se resalta.

Es decir, el solo hecho de que el señor Gutiérrez Lozano hubiese estado vinculado laboralmente al Departamento del Valle del Cauca y por un lapso de tiempo de terminado haya sido traslado a la dependencia de Rentas – Liquidaciones de Impuestos y Registros, no constituye *per se* la realización de funciones diferentes a las de su cargo sin importar si la entidad accionada actuó o no arbitrariamente, pues recuérdese que para ocupar un determinado cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos y condiciones señalados en la constitución y en la ley, en tanto, tratándose del ejercicio de un empleo es necesario que haya un nombramiento y posesión del mismo, además que el cargo esté contemplado en la planta de personal.

Sobre el particular el Consejo de Estado en la sentencia antes mencionada indicó al respecto y el Juzgado acoge en su integridad.”¹²

“(…) En este orden de ideas, es claro que la demandante tenía como obligación cumplir las funciones de Técnico Administrativo, en el cual se encontraba nombrada, y no las de asesora jurídica y directora del centro de conciliación, pues, para el efecto solo se adquiere competencia a través del acto de nombramiento y el acta de posesión, ya que el ejercicio de la función pública y el desempeño de todo cargo público es una actividad reglada por la Constitución, la ley o los reglamentos, por tanto, se requiere la existencia del cargo o empleo público dentro de la planta de personal de la entidad del Estado, el acto administrativo mediante el cual se nombra a la persona para desempeñar determinado cargo, el acta de posesión, la legalidad en la asignación de las funciones y su cumplimiento, de todo lo cual se deriva la asignación del salario y las correspondientes prestaciones sociales. Igualmente, la asignación de los salarios de los empleados públicos no solo se determina por su denominación y código, sino que también se tiene en cuenta los requisitos de conocimiento, experiencia y responsabilidad.(…)” se resalta.

Así las cosas, se reitera en el proceso no se probó que el actor haya desempeñado funciones distintas a la del cargo de Auxiliar Administrativo Código 407, Grado 01, en las instalaciones de la entidad demandada, pues no existe una

¹¹Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Sentencia de junio 14 de 2018, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Radicación número: 52001233300020140001901(4610-15).

¹²Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Sentencia de junio 14 de 2018, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Radicación número: 52001233300020140001901(4610-15).

prueba contundente que dé razón de ello, faltando entonces elementos de juicio que permitan enlazar las pretensiones de la demanda con los hechos debidamente probados en el trascurso del proceso.

Al respecto, el Código General del Proceso, en su artículo 167 puntualiza:

“(...) incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagra el efecto jurídico que ellas persiguen.(...)”

En conclusión, las pretensiones del cual tratan los hechos de la demanda, ante la ausencia de pruebas que permitan inferir un indicio que el actor haya desempeñado funciones exclusivamente distintas al cargo que ostenta en la entidad demandada, se constituye en una falta de deber de la carga de la prueba, razón por la cual habrán de negarse las pretensiones de la demanda.

9. COSTAS

Según lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, la sentencia siempre **dispondrá** sobre la condena en costas, pero su liquidación y ejecución, será atendida conforme a lo preceptúa el Código General del Proceso.

Ahora bien, el numeral 1° del artículo 365 ib.¹³, entre otras cosas, establece que:

“(...) se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...).”

Así las cosas, el referido artículo 188 del CPACA ha sido objeto de análisis por parte del Consejo de Estado, Corporación que le otorgó la siguiente interpretación¹⁴:

*“(...) Si bien una lectura rápida de la disposición que antecede, podría llevar a la **errónea** interpretación de que la condena en costas debe imponerse en forma **objetiva**, es decir, de manera forzosa, automática e ineluctable en todos aquellos procesos contencioso administrativos en los cuales se ventile un interés de carácter individual o particular, **lo cierto es que cuando la norma utiliza la expresión “dispondrá”, lo que en realidad está señalando es que el operador jurídico está llamado a pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente proferir una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustradas sus pretensiones procesales (...)**” (Se resalta).*

Es claro entonces, según lo expuesto, que el criterio para condenar en costas en esta jurisdicción no atiende un carácter objetivo, lo que quiere decir que no siempre ineludiblemente la parte vencida en la litis deberá ser condenada en

¹³ Aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la ley 1437 de 2011.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 16 de abril de 2015, C.P. Guillermo Vargas Ayala. **Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00446-01.**

costas, contrario a ello, corresponde al juez determinar la procedencia de tal condena; razón por la cual, el Despacho varía la posición objetiva que sobre este tema ha venido aplicando, para así acoger la postura del máximo órgano de cierre de esta jurisdicción en el entendido de implementar un criterio subjetivo respecto al estudio de condena en costas.

En punto al tema, es necesario traer a colación lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 365 del C.G.P. que a la letra reza:

“ARTÍCULO 365. CONDENAS EN COSTAS.

En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

“(…) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.”

Así las cosas, atendiendo lo argumentado líneas arriba, concluye este juzgador que en el presente asunto no se probó la causación de costas que deban ser reconocidas en favor de la parte victoriosa de la litis, razón por la cual, el Despacho se abstendrá de emitir una condena en tal sentido.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto (5º) Administrativo del Circuito de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **RESUELVE:**

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta lo expuesto en el presente proveído.

SEGUNDO: SIN CONDENAS en costas en esta instancia, según lo expuesto en la parte motivada de esta sentencia.

TERCERO: LIQUIDAR los gastos del proceso, **DEVOLVER** los remanentes si los hubiere y **ARCHIVAR** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

Juez