



Sentencia 2016-00092 de 2020 Consejo de Estado

FUNCIONARIO DE HECHO - Eventos / FUNCIONARIO DE HECHO - Requisitos/ CALIDAD DE EMPLEADO PÚBLICO - Requisitos / FUNCIONARIO DE HECHO - Carga de la prueba

Los períodos de normalidad institucional pueden surgir funcionarios de hecho. Se da esta situación cuando media título que habilita para el ejercicio de la función pública pero por causas anteriores o supervinientes resulta inválido o deja de surtir efectos. Esto ocurre en hipótesis muy variadas: designación de una persona que no reunía las condiciones legales exigidas, por lo cual más tarde es revocada; funcionario que posteriormente a su designación se inhabilita para el ejercicio del cargo y que, no obstante, continúa ejerciéndolo, o que permanece en funciones luego de vencido el término de su mandato, etc. b) En épocas de anormalidad institucional, producida por guerras, revoluciones, grandes calamidades, etc., el panorama es distinto. En tales casos es frecuente que asuman el ejercicio de funciones públicas quienes no tienen título legal alguno. A veces son personas de buena voluntad que, frente a la desaparición de las autoridades constituidas, toman a su cargo ciertas funciones públicas. En este orden, los requisitos esenciales para que se configure el funcionario de hecho en los períodos de normalidad institucional son: (a) que exista de jure el cargo; (b) la función sea ejercida irregularmente; (c) que el cargo se ejerza en la misma forma y apariencia como lo hubiera desempeñado una persona designada regularmente y (d) también puede darse cuando el empleado ejerce funciones públicas con la anuencia y permiso de las autoridades encargadas de controlar e impedir esta clase de situaciones que permiten el ejercicio irregular de una investidura, por circunstancias de facto, no previstas en la ley, pero que, en todo caso debe ser objeto de protección en aplicación del principio constitucional de la prevalencia de la realidad frente a las formas. Por otra parte, es claro que para que una persona natural desempeñe un empleo en calidad de empleado público (relación legal y reglamentaria), es preciso que se realice su ingreso al servicio público en la forma establecida en la ley, vale decir, requiere de la designación válida (nombramiento o elección, según el caso) seguida de la posesión, para poder entrar a ejercer las funciones propias de dicho empleo. Así es dable concluir, que no por el hecho de haber laborado para el Estado se adquiere la calidad de empleado público, dada las condiciones especiales que se predicen de dicha vinculación establecidas en la Constitución y la Ley. (...)no se cuentan con elementos probatorios que le permitan inferir que dentro de la planta de personal de las entidades demandadas para los años 1985 a 2016 existiera el cargo denominado "celador", que afirma el accionante ocupó al servicio del Departamento, requisito indispensable para que se configure la forma de vinculación anormal con la administración. (...)Además de lo anterior, no existe documento alguno que demuestre que el Alcalde del municipio de Villanueva o el Gobernador del Departamento de la Guajira le impartieran órdenes, le asignaran un horario y tareas referidas al cargo de celador, siendo imposible develar que existió una posible subordinación.(...) En consecuencia, al ser la carga probatoria del demandante, cuando se involucran relaciones entre los servidores públicos o particulares frente al Estado, siempre que intenten develar una relación laboral, y al no ser posible constatar ninguno de los elementos necesarios para establecer que se configuró una relación laboral, no hay lugar a declarar la existencia de funcionario de hecho, razón por la cual, la Sala confirmará la sentencia apelada

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 122/CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 123 / DECRETO 2503 DE 1998-ARTÍCULO 2 / Ley 909 DE 2004

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C, veinte (20) de agosto de dos mil veinte (2020).

Radicación número: 44001-23-33-000-2016-00092-01(3548-18)

Actor: ORLANDO DÍAZ RONDÓN

Demandado: DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA Y MUNICIPIO DE VILLANUEVA

Tema: Funcionario de hecho. Salarios y

prestaciones sociales

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA- LEY 1437 DE 2011

ASUNTO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 29 de marzo de 2019 proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA¹

El señor ORLANDO DÍAZ RONDÓN, actuando mediante apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, demandó al DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA Y MUNICIPIO DE VILLANUEVA, en procura de obtener el reconocimiento de las siguientes declaraciones y condenas:

1.1. Pretensiones

(i). La nulidad del acto administrativo negativo OFJ-SED No 43-16 del 9 de marzo de 2016, proferido por el Departamento de la Guajira, mediante el cual negó, el reconocimiento y pago de una indemnización por los salarios y prestaciones sociales, causados y no cancelados por las labores realizadas como celador de la Institución Educativa Esteban Bendeck Olivella.

(ii). La nulidad del acto administrativo negativo derivado de la petición radicada el 3 de marzo de 2016 en el que el Departamento de la Guajira negó el reconocimiento de la indemnización por los salarios y prestaciones sociales causados y no pagados con ocasión de las labores realizadas como celador de la Institución Educativa Esteban Bendeck Olivella.

(iii). Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar solidariamente al Departamento de la Guajira y al municipio de Villanueva a reconocer y pagar una indemnización por concepto de salarios, primas, vacaciones, cesantías, intereses de cesantías, cuotas de seguridad social, indemnización moratoria y demás acreencias laborales a que tenga derecho.

(iv). Condenar a las entidades demandadas a dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

(v) Condenar a las entidades demandadas en costas y agencias en derecho.

1.2. Fundamentos fácticos

Los siguientes son los fundamentos de hecho de las pretensiones:

(i). El señor Orlando Díaz Rondón se vinculó por orden del rector como celador en la Institución Educativa Esteban Bendeck Olivella, ubicado en el municipio de Villanueva, desde el 1 de junio de 1985 hasta la fecha de presentación de la demanda, antes denominada Elodia Orozco, Escuela Mixta de Niñas y posteriormente los Fundadores 2.

(ii). El demandante sostuvo que ha prestado el servicio de forma personal, permanente e ininterrumpida, laborando incluso los días dominicales y festivos. Asimismo, indicó que como contraprestación por el servicio prestado le fue suministrada una habitación como vivienda para que habitara junto a su núcleo familiar.

(iii). Afirmó que, pese a las labores realizadas durante todo el periodo, se le ha negado el pago de la indemnización correspondiente al valor por concepto de salarios, reajuste salarial, prima, cesantías, vacaciones, prima de vacaciones, sanción moratoria y demás emolumentos.

(iv). En el año 2016 el demandante solicitó ante las entidades demandadas el reconocimiento de su condición de funcionario de hecho y el pago de los salarios y prestaciones sociales por los servicios prestados, lo cual fue negado mediante los actos administrativos demandados.

1.3. Normas violadas y concepto de violación

Como normas violadas se invocan las siguientes:

Constitución Política, artículos 2, 6, 25 y 53.

De orden legal: Decreto 3135 de 1968, artículo 8; Decreto 1045 de 1978, artículo 52; Decreto 2733 de 1959 y Decreto 2351 de 1965

Al desarrollar el concepto de violación sostuvo que el acto administrativo respecto de la petición que presentó ante el Departamento de la Guajira adolece de falsa motivación.

Lo anterior, toda vez que a pesar de no existir ningún tipo de nombramiento de carácter formal, ha realizado de manera ininterrumpida las labores propias de un empleado público de planta de la entidad demandada en el cargo de celador.

Por tanto, adujo que en cumplimiento del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, así su vinculación haya sido irregular, le asiste el derecho al reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales por el tiempo en que ha prestado sus servicios en la entidad demandada, toda vez que dichos derechos son irrenunciables.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Departamento de la Guajira y el Municipio de Villanueva, no contestaron la demanda.

3. AUDIENCIA INICIAL²

En la audiencia inicial desarrollada el 18 de mayo de 2017, se fijó

el litigio de la siguiente manera:

«Consiste en verificar si se configura o no la circunstancia del funcionario de hecho del señor Orlando Díaz Rondón y si tiene derecho al reconocimiento y pago de indemnización por conceptos de salarios, primas, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, aportes de salud y pensión, indemnización moratoria y demás emolumentos, por las labores realizadas como indemnización moratoria y demás emolumentos por las labores realizadas como celador nocturno de la institución Esteban Bendek Olivella antes denominada Elodia Orozco, Escuela Mixta de Niñas y posteriormente los Fundadores 2».

Finalmente, se desarrolló las audiencias de pruebas y se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, ordenando la presentación de los alegatos de conclusión por escrito.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA³

Mediante la sentencia de 29 de marzo de 2019 el Tribunal Administrativo de la Guajira negó las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos:

Consideró que para que una persona desempeñe un empleo público es necesario que su vinculación se realice en la forma establecida en la ley, es decir, que tenga una designación válida (nombramiento o elección), se haya posesionado con el lleno de los requisitos para el ejercicio del cargo y quede investida de las facultades para prestar el servicio.

En el presente asunto el demandante afirma que por órdenes expresas del entonces rector de la Institución Educativa, ingresó a laborar desde junio de 1985 con el objeto de cumplir funciones de celador y como contraprestación a sus labores le entregaron una habitación como vivienda con su núcleo familiar. Es dable señalar que el rector de la institución educativa carece de competencia para celebrar contratos en nombre del Departamento de la Guajira o del Municipio de Villanueva que son los entes demandados, por ello no puede entenderse que dicho funcionario está contrariando el ordenamiento jurídico, es claro que en el sub examine, resulta otra clase de relación distinta de la laboral, que es de solidaridad y buena fe al permitirle al demandante vivir con su núcleo familiar en un bien público, usufrutuándose de servicios domiciliarios a cargo de entidades estatales.

Señaló que no reposa el manual de funciones del Departamento de la Guajira y del municipio de Villanueva con la cual se pueda verificar la existencia del cargo referido en la planta de personal de la entidad, es decir, no existe un medio de prueba que permita determinar si existía el cargo de celador nocturno que el demandante afirmó desempeñar durante los años 1985 hasta el 2016.

Sostuvo que la prueba testimonial es coincidente en afirmar que el demandante vive en dichas instalaciones desde hace más de 30 años pero no desempeñó labores de celador, pues si bien se afirma que mantenía las llaves del plantel y los salones de clase, ello no significa que ejercía dichas funciones.

De acuerdo al interrogatorio de parte rendido por el actor, afirmó que en varias oportunidades fueron enviadas personas para desempeñar las labores de celaduría de la institución.

Destacó que el demandante desempeñaba para su sustento acciones de latonería y pintura a vehículos, sirviéndose de las condiciones que le fueron dadas tales como los servicios de energía eléctrica, agua y cualquier servicio público y habitacionales que le sirvieran para desempeñar dicha labor, pero no se acreditó que hubiera ejercido las funciones propias de un empleado público. El tribunal no condenó en costas.

5. EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante mediante apoderado judicial presentó recurso de apelación en el que solicitó revocar la sentencia de 29 de marzo de 2019 proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira, con base en los siguientes argumentos:

Consideró que la parte demandante está en una total desventaja frente a la administración y que por esta razón están trasladando la carga probatoria a la parte que se encuentra en total desventaja como lo es el actor.

En el presente caso no existe duda que el señor Orlando Díaz, no se vinculó de manera regular a la administración, es decir, a través de un acto legal y reglamentario o a través de un contrato de prestación de servicio, sino por el contrario que en virtud de la falencia que tenía la administración para cubrir los cargos de celador y portero, permitió que las personas cumplieran esta labor a cambio de una vivienda.

Resaltó que el tema de otorgar vivienda a cambio de celaduría es un hecho sistemático que ocurre en todo el departamento.

Aseguró que como la vinculación del señor Orlando Díaz Rondón, fue de manera irregular, es decir sin acto administrativo que avale sus funciones, por tal motivo tiene derecho a recibir una indemnización equivalente a lo que debió haber percibido por concepto de salarios y demás prestaciones laborales por los 34 años en la administración.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante no presentó alegatos de conclusión en esta instancia.

La parte demandada sostuvo que se encuentra probado que la Administración temporal para el sector educativo del Departamento de la Guajira, el Distrito de Riohacha y los Municipios de Maicao y Uribia, no autorizó el ingreso del señor Orlando Díaz Rondón a la Institución educativa, dicha autorización fue emitida por la entonces rectora Elodia Orozco, y lo hizo para “resolver su situación de vivienda” según lo declara la señora Diocelina Mercedes del Rosario, situación que admitió el demandante en el interrogatorio celebrado en el audiencia de pruebas.

Aseguró que el vínculo que predica el demandante no es laboral, sino que obedece a una relación particular entre el señor Orlando Díaz y la señora Elodia Orozco.

7. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no rindió concepto en segunda instancia

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁴, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

Asimismo, conforme a lo dispuesto en el artículo 328⁵ del Código General del Proceso, la competencia del juez de segunda instancia está circunscrita a los argumentos expuestos por el apelante. No obstante, en caso de que ambas partes hayan apelado la sentencia, el superior resolverá sin limitaciones.

En el presente caso, apeló la parte demandante, razón por la cual la competencia de la Sala de Subsección se encuentra limitada por el objeto del recurso, cuyo marco está definido por el juicio de reproche esbozado por el apelante.

2. Problema jurídico

De acuerdo con el recurso de apelación interpuesto, le corresponde a la Sala determinar ¿si el señor Orlando Díaz Rondón ostenta la calidad de funcionario de hecho de las entidades demandadas por desempeñarse como celador portero de la Institución Educativa Esteban Bendeck Olivella, ubicada en el municipio de Villanueva, y, como consecuencia de ello, le asiste el derecho al reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales por el periodo comprendido entre los años 1985 a 2016?

Para resolver la controversia, la Sala desarrollará el siguiente orden metodológico: (i) del empleo público; (ii) del funcionario de hecho y (iii) caso concreto

3. Marco normativo y jurisprudencial

3.1. Del empleo público⁶

Tal como se señaló por esta Sala en la sentencia de 5 de agosto de 2010⁷ la regulación del empleo está inspirada, actualmente, por los principios contenidos en las siguientes disposiciones de la Constitución Política de 1991:

“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...”.

“Artículo 123. (...) Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.”.

De ellas se pueden extraer las siguientes conclusiones: (i) no hay empleo público sin funciones; (ii) todo empleo público debe estar contemplado en la respectiva planta de personal; (iii) sus emolumentos deben estar previstos en el presupuesto correspondiente⁸ y (iv) la titularidad para ejercer el empleo se adquirirá sólo a partir de la posesión del mismo.

De la consagración del empleo como una de las instituciones sin las cuales no se materializa un Estado participativo, eficiente y democrático surge la necesidad de la existencia de otros elementos para su estructuración y determinación, como aquellos que hacen relación a la clasificación⁹ y nomenclatura¹⁰, y a la fijación de las calidades que deben acreditarse por los interesados para su desempeño.

Por su parte, el Decreto 2503 de 1998¹¹ define el empleo de la siguiente manera:

“ARTICULO 2o. DE LA NOCIÓN DE EMPLEO. Se entiende por empleo el conjunto de funciones que una persona natural debe desarrollar 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 funciones y los requisitos específicos para su ejercicio serán fijados por las respectivas entidades, con sujeción a los generales que establezca el Gobierno Nacional de acuerdo con los parámetros señalados en el artículo 5º de este decreto, salvo para aquellos empleos cuyas funciones y requisitos estén señalados en la Constitución Política o en leyes especiales”.

Asimismo, la Ley 909 de septiembre 23 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 dispuso:

“Art. 19 El Empleo Público.

1. El empleo público es el núcleo básico de la estructura de la función pública objeto de esta ley. Por empleo se entiende 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.

2. El diseño de cada empleo debe contener:

a) La descripción del contenido funcional del empleo, de tal manera que permita identificar con claridad las responsabilidades exigibles a quien sea su titular;

b) El perfil de competencias que se requieren para ocupar el empleo, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia, así como también las demás condiciones para el acceso al servicio. En todo caso, los elementos del perfil han de ser coherentes con las exigencias funcionales del contenido del empleo;

c) La duración del empleo siempre que se trate de empleos temporales” (...)

En este punto se debe destacar que se permiten por el ordenamiento jurídico tres clases de vinculaciones con entidades públicas, a saber: i) De los empleados públicos (relación legal y reglamentaria); ii) De los trabajadores oficiales (relación contractual laboral) y iii) De los contratistas de prestación de servicios (relación contractual estatal).

En cuanto a los empleados públicos, destaca la Sala que fuera del marco constitucional y legal aludido, no es posible efectuar un nombramiento o realizar un movimiento de personal, ya que las diferentes modalidades que adquiere la relación laboral de derecho público se encuentran previamente determinadas o reglamentadas en una norma de derecho positivo por tratarse precisamente de actuaciones en esencia regladas.

Sin embargo, puede ocurrir que en algunas ocasiones se desempeñen funciones por particulares, sin llenar la totalidad de los requisitos constitucionales y legales para el ejercicio del cargo, tal es el caso del funcionario de hecho.

3.2. Del funcionario de hecho

La jurisprudencia de esta Corporación ha precisado¹² que esta forma anormal de vinculación con el Estado puede estructurarse en dos momentos a saber:

a) En los períodos de normalidad institucional pueden surgir funcionarios de hecho. Se da esta situación cuando media título que habilita para el ejercicio de la función pública pero por causas anteriores o supervinientes resulta inválido o deja de surtir efectos. Esto ocurre en hipótesis muy variadas: designación de una persona que no reunía las condiciones legales exigidas, por lo cual más tarde es revocada; funcionario que posteriormente a su designación se inhabilita para el ejercicio del cargo y que, no obstante, continúa ejerciéndolo, o que permanece en funciones luego de vencido el término de su mandato, etc.

b) En épocas de anormalidad institucional, producida por guerras, revoluciones, grandes calamidades, etc., el panorama es distinto.

En tales casos es frecuente que asuman el ejercicio de funciones públicas quienes no tienen título legal alguno. A veces son personas de buena voluntad que, frente a la desaparición de las autoridades constituidas, toman a su cargo ciertas funciones públicas.

En este orden, los requisitos esenciales para que se configure el funcionario de hecho en los períodos de normalidad institucional son: (a) que exista de jure el cargo; (b) la función sea ejercida irregularmente; (c) que el cargo se ejerza en la misma forma y apariencia como lo hubiera desempeñado una persona designada regularmente¹³ y (d) también puede darse cuando el empleado ejerce funciones públicas con la anuencia y permiso de las autoridades encargadas de controlar e impedir esta clase de situaciones que permiten el ejercicio irregular de una investidura, por circunstancias de facto, no previstas en la ley, pero que, en todo caso debe ser objeto de protección en aplicación del principio constitucional de la prevalencia de la realidad frente a las formas.

Cabe aclarar que cuando la Subsección señala 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 ni nombramiento o elección según el tipo de cargo, ni tampoco la posesión o tales requisitos, pese a que existieron, ya no están vigentes.

Además, se requiere probar que su actividad en la entidad haya sido personal y permanente y que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo¹⁴.

Por otra parte, es claro que para que una persona natural desempeñe un empleo en calidad de empleado público (relación legal y reglamentaria), es preciso que se realice su ingreso al servicio público en la forma establecida en la ley, vale decir, requiere de la designación válida (nombramiento o elección, según el caso) seguida de la posesión, para poder entrar a ejercer las funciones propias de dicho empleo. Así es dable concluir, que no por el hecho de haber laborado para el Estado se adquiere la calidad de empleado público, dada las condiciones especiales que se predicán de dicha vinculación establecidas en la Constitución y la Ley.

4. Análisis del caso concreto

Como motivo de censura el señor Orlando Díaz Rondón sostuvo que su vinculación al servicio público fue de manera irregular, es decir sin mediar acto administrativo que avale sus funciones, por tal motivo tiene derecho a recibir una indemnización equivalente a lo que debió haber percibido por concepto de salarios y demás prestaciones laborales por los 34 años en la administración.

Por su parte el Tribunal Administrativo de la Guajira negó las pretensiones de la demanda al considerar que no se encontraban probados los elementos para la configuración del funcionario de hecho.

Para resolver la controversia, la Sala tendrá en cuenta el acervo probatorio obrante del proceso, cuya presunción de autenticidad no fue objetada por las partes, el cual le permite tener por acreditados los siguientes hechos:

4.1. Hechos demostrados

a). Certificado suscrito por el Secretario de Educación Departamental de la Guajira, en el que se informa que “según el sistema de información humano web de la Secretaría de Educación del Departamento de la Guajira, en la Institución Educativa Esteban Bendeck del municipio de Villanueva, solo se encuentra registrado un celador el señor Juan Carlos Pareja López, el cual se encuentra laborando en la institución Educativa Esteban Bendeck desde el día 11 de septiembre de 2013, hasta la fecha” (folios 330 cuaderno 2).

c) Interrogatorio de parte: En la audiencia de pruebas se practicó el interrogatorio de parte al señor Orlando Díaz Rondón, del cual se extrae lo siguiente: (folio 341 cuaderno 2)

[...] PREGUNTADO Cuál es su ocupación CONTESTÓ aprendí a lijar, y a pintar carros y atendía una tienda por ahí en Villanueva PREGUNTADO a qué se dedica CONTESTÓ brillo carros cuando, sale mañana las hago ahí mismo después de las 2 en el colegio afuera del colegio por un callejón que hay debajo de un palo PREGUNTADO Alguna vez le ha preguntado a los diferentes rectores de la institución sobre cómo hacer para pagarle, le ofrecieron algún tipo de contraprestación CONTESTÓ el director que está ahorita me dijo que hiciera una carta de petición y yo le dije que yo tenía demandado al colegio ya porque yo había hecho varias gestiones para que me nombraran y cómo no me nombraron entonces demande al colegio PREGUNTADO señor Orlando, manifieste si alguno de los rectores mencionados anteriormente había realizado algún tipo de petición a la gobernación o algún ente territorial para que nombraran celador del colegio CONTESTÓ iban a nombrar a un celador pero yo les dije que el celador era mi persona y que yo no aceptaba celadores ahí, entonces lo enviaron y a las 12 del día se iba el celador, lo iban a dejar noche y día y yo dije que no porque yo tenía una niña menor de edad y yo era el celador de las 24 horas y nunca había habido celador más si no mi persona. PREGUNTADO donde vivía usted antes de ser celador del colegio. CONTESTÓ diagonal del colegio en un cuarto de barro pero hoy en día es un lote porque la dueña lo tumbo y tiene en tapia su lote pero ahí viví yo ahí era donde vivía y la señora Elodia me vio entonces ella me comunico que si quería que me pasara de celador y que ella me ayudaba para que me nombrarán de celador pero como ella se enfermó y se murió dejó de ir al colegio pero yo seguía y cuidando barriendo tal como ella me dijo PREGUNTADO qué le dijo ella que le iba a pagar mensual CONTESTÓ ella dijo que me iba a ayudar mientras me ayudaba para que quedara como celador nombrado, pero cómo se enfermó, ella sí me hizo algunas ayuditas pero cuando eso eran por ahí \$3000 los \$2000 que me recogía pero nada más era para el aseo y eso fue sino como dos meses porque ya se enfermó nunca más volvió PREGUNTADO antes de que usted entrara había alguien que prestara el servicio de celaduría CONTESTÓ no señora cuando yo entré eso era sin pavimento no había sino cuatro salones eso era como un monte prácticamente ahí no había celadores por eso fue que ella decidió eso porque el colegio lo estaban deteriorando PREGUNTADO en alguna ocasión ha pagado servicios agua, luz, arriendo CONTESTÓ, no doctora no pagado luz ni he pagado agua” (sic en toda la cita, texto de su original)

d). Testimonios: En la audiencia de pruebas se practicaron los siguientes testimonios: (folio 341 cuaderno 2)

ü Clara Elisa Celedón Villero, habitante del sector, donde se encuentra ubicada la institución educativa.:

“PREGUNTADO que sabe de la actividad desempeñada por el señor Orlando CONTESTÓ Bueno él está como celador del colegio y hace mañanas trabaja como latonero ahí en el frente de la escuela de eso se sostiene PREGUNTADO el señor Orlando Díaz vive en frente de la escuela CONTESTO dentro del colegio es el celador ahí PREGUNTADO porque dice que es el celador CONTESTÓ ah porque él vive ahí todo el tiempo que yo lo conozco 35 de años tengo de estarlo viendo ahí en el colegio es el único celador que se ve PREGUNTADO a quién ha visto darle órdenes y cuándo CONTESTÓ no conozco a los profesores actuales de ahí lo que si le sé decir es que en 30 y pico de años no he visto a más nadie y ahí como celador siempre ha sido el que carga las llaves PREGUNTADO el señor Orlando entró ahí a vivir o a trabajar CONTESTÓ Bueno él entró a vivir y ahí mismo inició a trabajar porque nadie hacía el trabajo y de ahí lo agarró el PREGUNTADO sabe o le consta si el señor Orlando paga servicios y paga un arriendo CONTESTÓ yo creo que él no paga vivienda PREGUNTADO sabes si el servicio de energía las necesidades que requiere para su labor de la de latonero son provista por el colegio son pagadas por él CONTESTÓ eso sí no sé. (sic en toda la cita, texto de su original)

ü Jesús Alberto Rumbo Ustariz en su calidad de vecino de la institución, en dicha diligencia sostuvo:

PREGUNTADO: Qué funciones cumple el señor Orlando en el colegio CONTESTÓ él está como cuidándolo como celador PREGUNTADO ha visto otra persona desempeñando en la misma funciones que él CONTESTÓ no nunca todo el tiempo ha estado el ahí PREGUNTADO ha visto alguna persona de la institución dándole órdenes al Señor Orlando CONTESTÓ no eso no lo he visto PREGUNTADO como vecino de la institución Elodia Orozco ha visto alguna persona dando rondas en la noche o cumpliendo con la labor de celaduría CONTESTÓ pues a Orlando el para ahí todo el tiempo PREGUNTADO conoces si el señor Orlando se dedica a otra actividad CONTESTÓ Pues él ahí siempre lo he visto que arregla él es como mecánico latonero siempre le he visto que hacen marañas ahí pero fuera del colegio no dentro del colegio no es constante a veces llegan clientes hay que dejarse los trabajos pero siempre le he visto en las horas de la tarde eso no son trabajos fuertes PREGUNTADO sabe o le consta cómo viven las tres personas en el colegio donde cocinan donde se baña donde reciben visitas CONTESTÓ Ellos viven en un salón dentro del colegio.”

ü Yesenia Mercedes González Ustariz en su calidad vecina del sector, en la diligencia sostuvo:

PREGUNTADO en la fecha en que el señor Orlando ha fungido como celador a visto otra persona cumpliendo esa misma función CONTESTÓ no ninguna PREGUNTADO ha visto alguna persona dándole órdenes al Señor Orlando CONTESTÓ órdenes como celador, sí porque él es el que maneja las llaves CONTESTÓ Yo trabajé allí el año pasado como manipuladora de alimentos siempre me daba cuenta que él llegaba daba órdenes las puertas no dejaba salir a los niños siempre la puerta cerrada y el mantiene siempre ahí PREGUNTADO tiene conocimiento de si el señor Orlando Díaz ejerció otra actividad CONTESTÓ Bueno él hace maraña dentro del colegio pero ya lo haces después de la jornada de estudio de los niños cuando ya no hay niños PREGUNTADO sabe o le consta si el señor Orlando paga arriendo CONTESTÓ no el no paga nada PREGUNTADO sabe o le consta si al señor Orlando Díaz le cancelan o le pagan un tipo de remuneración por su labor CONTESTÓ nada el no recibe nada del gobierno porque hasta la niña que está ahí tiene jóvenes en acción y familias en acción porque ellos no reciben nada de eso PREGUNTADO tiene usted conocimiento sobre cómo llegó al Colegio el señor Orlando Díaz CONTESTÓ Bueno cuando eso la señora Elodia Orozco estaba joven todavía y ella le habló para que pasará para allá porque él vivía al frente del colegio en ese tiempo donde él estaba viviendo la casa se iba a caer Incluso se cayó al poco tiempo de haberse pasado al colegio”

e). Acto administrativo demandado: oficio SED No 43-16 del 9 de marzo de 2018 expedido por la Secretaría de Educación de Riohacha por el cual se le negó el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales. Textualmente indicó:

“revisado el soporte lógico de planta de personal no se evidencia, ningún tipo de vinculación con esta entidad territorial certificada en educación

A lo relacionado en los hechos de la petición que menciona, se desempeñó como celador nocturno en el citado establecimiento educativo desde el primero de junio del año 1985, no existe acto administrativo de ingreso que determine la calidad de funcionario administrativo.

De igual forma, no existe autorización expresa por parte de algún representante de la Secretaría de Educación Departamental de la Guajira, o quien legalmente este facultado que determine algún vínculo laboral existe hasta la fecha.

Para ostentar el cargo de trabajador se debe reunir una serie de requisitos, como la relación de dependencia, subordinación, la orden de realizar cualquier labor especial, todas esas situaciones deben estar plenamente probadas antes de iniciar cualquier relación laboral”

4.2. Análisis sustancial

¿El señor Orlando Díaz Rondón ostenta la calidad de funcionario de hecho de las entidades demandadas por desempeñarse como celador portero de la Institución Educativa Esteban Bendeck Olivella” y, como consecuencia de ello, le asiste el derecho al reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales por el periodo comprendido entre los años 1985 hasta 2016?

De acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial expuesto y del análisis del acervo probatorio se considera lo siguiente:

Para que se configure la existencia de un funcionario de hecho en los períodos de normalidad institucional se hace necesario que: (a) que exista *de jure* el cargo; (b) la función sea ejercida irregularmente; (c) que el cargo se ejerza en la misma forma y apariencia como lo hubiera desempeñado una persona designada regularmente^[1] y (d) también puede darse cuando el empleado ejerce funciones públicas con la anuencia y permiso de las autoridades encargadas de controlar e impedir esta clase de situaciones que permiten el ejercicio irregular de una investidura, por circunstancias de facto, no previstas en la ley, pero que, en todo caso debe ser objeto de protección en aplicación del principio constitucional de la prevalencia de la realidad frente a las formas, los cuales se analizarán de la siguiente manera

Ø Existencia del cargo

No se probó que en la planta de personal de las entidades demandadas existiera el cargo de celador para la Institución Educativa, toda vez que no se aportó el manual de funciones de la entidad en el que se determinara la estructura del cargo de celador con sus respectivas funciones.

De otra parte, se observa, que de los testimonios solo se extrae, que el señor Orlando Díaz Rondón vivía en el colegio, pero en manera alguna se logró demostrar que el actor ocupaba el cargo de celador, no fue aportada prueba alguna que corroborara dicha situación; es decir, dentro del expediente no obra documentos en las que se permita colegir que el demandante prestó el servicio de celador en la Institución Educativa y la forma de retribución al mismo.

De esta manera, como lo ha indicado la Subsección al resolver asuntos similares¹⁶ no se cuentan con elementos probatorios que le permitan inferir que dentro de la planta de personal de las entidades demandadas para los años 1985 a 2016 existiera el cargo denominado “*celador*”, que afirma el accionante ocupó al servicio del Departamento, requisito indispensable para que se configure la forma de vinculación anormal con la administración.

Ø Ejercicio de las funciones de forma irregular

El demandante afirmó que desde el año 1985 por órdenes de la rectora de la Institución Educativa desempeñó el cargo de celador y que como contraprestación por el servicio prestado le fue suministrada una vivienda para que habitara junto a su núcleo familiar, sin contar con otro tipo de pago como retribución del servicio. De lo anterior, en principio, podría inferirse que el señor Orlando Díaz Rondón ocupó el cargo de “*celador*” sin que mediara nombramiento ni posesión y que en consecuencia, sí comenzó a ejercer unas funciones de manera irregular.

No obstante, lo anterior, tal conclusión no resulta acertada porque como lo ha afirmado esta Sala¹⁷ en asuntos anteriores, para que pueda considerarse así, era necesario tener la certeza de la existencia del cargo, lo que no se demostró en el caso concreto. En efecto, la no acreditación de ello acarrea como consecuencia lógica, la no demostración de la existencia de las funciones debidamente reglamentadas que el demandante asegura cumplió para la entidad demandada y que en el presupuesto de las entidades demandadas no se fijó rubro para cubrir el pago de los salarios y prestaciones sociales de quien ocupara el cargo de “*celador*”.

Ø Que cumpla las funciones de la misma forma como lo haría un funcionario público

En el interrogatorio de parte, el demandante al preguntársele acerca de las funciones que desempeñaba expresó que [...] cuidaba el colegio día y noche [...] y posteriormente refirió que realizaba “*marañas*”, como latonería y pintura de carros, lo que permite colegir a la Sala que no hay certeza de las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que desempeñaba su función, pues simplemente indicaron de manera general que era el encargado de abrir las diferentes puertas de la institución, sin determinar con claridad los horarios ni las demás funciones desempeñadas, ni tampoco que las mismas, eran del resorte de un empleado público de la entidad.

Finalmente, se debe poner de presente que el material probatorio es escaso y no es posible establecer que existieron los elementos propios de una relación laboral, en especial la subordinación. Por su parte, los testimonios tampoco fueron claros al responder quien era la persona encargada de darle órdenes al demandante, es decir, no realizaron una descripción de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que el demandante recibió las ordenes en la prestación de servicio de celaduría.

Además de lo anterior, no existe documento alguno que demuestre que el Alcalde del municipio de Villanueva o el Gobernador del Departamento de la Guajira le impartieran órdenes, le asignaran un horario y tareas referidas al cargo de celador, siendo imposible develar que existió una posible subordinación.

Que el empleado ejerce funciones públicas con la anuencia y permiso de las autoridades

Como se indicó en acápites anteriores, no está probado que en el caso concreto el demandante ejerciera las funciones públicas de celador en la Institución Educativa ni que el Alcalde de Villanueva o el Gobernador del Departamento de la Guajira le permitieran al demandante residir en la Institución Educativa y ejercer las funciones de celador.

En consecuencia, al ser la carga probatoria del demandante, cuando se involucran relaciones entre los servidores públicos o particulares frente al Estado, siempre que intenten develar una relación laboral, y al no ser posible constatar ninguno de los elementos necesarios para establecer que se configuró una relación laboral, no hay lugar a declarar la existencia de funcionario de hecho, razón por la cual, la Sala confirmará la sentencia apelada.

6. Condena en costas

En lo que se refiere a las costas, esta Subsección en sentencia del 7 de abril de 2016¹⁸, concluyó que en vigencia del CPACA la legislación avanzó de un criterio subjetivo a uno objetivo valorativo.

Atendiendo esa orientación se debe dar cumplimiento al numeral 4 del artículo 365 del Código General del Proceso, y condenar en costas al señor Orlando Díaz Rondón, a quien se le resolvió desfavorablemente el recurso de apelación propuesto y además, las mismas se causaron, con la intervención en esta instancia, de la parte contraria.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección A administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia de 29 de marzo de 2019 proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira que negó las pretensiones de la demanda, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por el señor ORLANDO DÍAZ RONDÓN contra el Departamento de la Guajira y el Municipio de Villanueva, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. Condenar en costas en segunda instancia a la parte demandante y a favor de la entidad demandada, las cuales se liquidarán por el *a quo*.

TERCERO. En firme esta decisión devuélvase el expediente al Tribunal de origen y efectúese las anotación en el programa SAMAI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Constancia: La anterior providencia fue firmada electrónicamente por la Sala a través de la plataforma SAMAI del Consejo de Estado, con lo cual se garantiza su autenticidad, integridad, conservación, y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y demás normas concordantes del Código General del Proceso.

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. Folios 1 a 10 cuaderno 2

2. Folios 49 a 52

3. Folios 122 a 133

4. «El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.[...]»

5. «ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.»

6. El presente marco conceptual fue expuesto en la sentencia de 29 de marzo de 2012, Radicación número: 50001-23-31-000-2005-10496-02(1146-10), Sección Segunda, Subsección "B" C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

7. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, sentencia de 5 de agosto de 2010, Exp. 50001233100020054052601, No. Interno. 2079-2009.

8. Característica concordante con lo dispuesto en los numerales 14 del artículo 189, 7 del artículo 305, y 7 del artículo 315 de la Constitución Política.

9. En sentencia C-1174 de 2005, M. P. Dr. Jaime Córdoba Triviño se hizo referencia a la clasificación del empleo público en los siguientes

términos: “La clasificación hace alusión a la forma de organización de los empleos públicos en diferentes grupos. Dicha clasificación tiene su origen en la Constitución o en la ley. Con fundamento en la Carta, cuya clasificación atiende a la naturaleza del cargo, los empleos son de carrera -la regla general-, de elección popular, de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Una manera de clasificación tradicional que contempla la ley es por niveles jerárquicos que tiene en cuenta la naturaleza de las funciones asignadas, los requisitos exigidos para el empleo y el grado de responsabilidad. Con base en la clasificación se adoptan otras medidas como la determinación del régimen salarial, el sistema de selección y el régimen de competencia y responsabilidades de los servidores públicos.”

10. En la misma sentencia, la Corte Constitucional se refirió a la nomenclatura en los siguientes términos: “La nomenclatura se refiere a los vocablos (denominación) y/o dígitos (código numérico) que se le asignan a un empleo para identificarlo e individualizarlo de los demás.”

11. Por el cual se establece la naturaleza general de las funciones y los requisitos generales para los diferentes empleos públicos de las entidades del Orden Nacional a las cuales se aplica la Ley 443 de 1998 y se dictan otras disposiciones, publicado en el Diario Oficial No. 43.449 del 11 de diciembre de 1998.

12. Sentencia del 15 de mayo de 2013. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Número interno 1363-2012. Actor: Hurtado de Jesús Monsalve Martínez. Demandado: METROSALUD E.S.E

13. Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección "A", Consejero Ponente: Alberto Arango Mantilla, sentencia de 15 de marzo de 2007, Exp. No: 25000-23-25-000-1996-41885-01(6267-05).

14. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 24 de enero de 2019, C.P. César Palomino Cortés , número de radicación 50001-23-31-000-2005-00492-01(1150-14)

15. Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección "A", Consejero Ponente: Alberto Arango Mantilla, sentencia de 15 de marzo de 2007, Exp. No: 25000-23-25-000-1996-41885-01(6267-05).

16. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 5 de mayo de 2016, C.P. William Hernández Gómez, número de radicación 85001-23-31-000-2012-00032-02(2119-14)

17. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 5 de mayo de 2016, C.P. William Hernández Gómez, número de radicación 85001-23-31-000-2012-00032-02(2119-14); Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 11 de abril de 2019, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, número de radicación 68001-23-31-000-2009-00395-01(3152-15)

18. Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014), actor: José Francisco Guerrero Bardi, Consejero ponente: William Hernández Gómez.

[1] Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección "A", Consejero Ponente: Alberto Arango Mantilla, sentencia de 15 de marzo de 2007, Exp. No: 25000-23-25-000-1996-41885-01(6267-05).

Fecha y hora de creación: 2025-06-18 22:44:53