

EMPLEADO PÚBLICO – Noción / TRABAJADOR OFICIAL – Noción

En esta primera vinculación encontramos a los denominados empleados públicos, que son aquellas personas que se vinculan a la Administración a través de acto de nombramiento para desarrollar o atender un conjunto de funciones que están previa y taxativamente descritas en la ley, es decir un empleo; y que por naturaleza son de carácter permanente e inherentes a la actividad de aquella. Están al servicio del sector central de la Administración, de los ministerios, departamentos administrativos, unidades administrativas especiales, establecimientos públicos, superintendencias, entidades territoriales. Los empleados públicos, son de carrera administrativa, de libre nombramiento y remoción, de periodo fijo y temporales. (Artículo 1º, Ley 909 de 2004). (...). Una segunda categoría, la encontramos en los trabajadores oficiales, que corresponden a las personas que se vinculan por contrato de trabajo para atender labores complementarias de la Administración relacionadas con el objeto social de las empresas industriales y comerciales del Estado y de economía mixta, salvo los de nivel directivo, que son empleados públicos, o con el mantenimiento de una obra pública, conforme al artículo 5º del Decreto Ley 3135 de 1968. **NOTA DE RELATORÍA:** En cuanto al funcionario de hecho, ver: C. de E., Sección Segunda, sentencia de 26 de marzo de 2009, radicación: 0689-06.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 122 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 123 / LEY 909 DE 2004 – ARTÍCULO 1 / DECRETO 3135 DE 1968 – ARTÍCULO 5

FUNCIONARIO DE HECHO – Configuración / PERSONAL ADMINISTRATIVO DE ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO / RESTABLECIMIENTO A FUNCIONARIO DE HECHO – Alcance / PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES / PAGO DE APORTES A PENSIÓN / RECONOCIMIENTO SANCIÓN MORATORIA POR EL PAGO TARDÍO DE CESANTÍAS – Improcedencia / SENTENCIA CONSTITUTIVA DEL DERECHO / CONDENA EN COSTAS – Improcedencia

Sobre el “funcionario de hecho” corresponde a un tipo de vinculación inusual y anormal, que se configura cuando (i) existe un cargo público; (ii) se ejercen las funciones de manera irregular (sin nombramiento o elección, según el caso, ni posesión o que estos ya no estén vigentes), y (iii) que se desempeñen las labores en las mismas condiciones en las que lo haría un funcionario de planta de la entidad. Igualmente, cuando estas se desplieguen con la anuencia y permiso de las autoridades encargadas de controlar e impedir esta clase de situaciones.(...) De las pruebas relacionadas, sumado a los testimonios transcritos incontrovertible resulta que la accionante laboró de manera irregular, con la anuencia de las autoridades, quienes solicitaron sus servicios para la Institución educativa hasta el momento en que se constata fue proveído el cargo de acuerdo a la constancias precitadas, esto es al 4 de septiembre de 2014, y según la Resolución No. 691 de esa fecha. (...). Los presupuestos esenciales para que se configure el funcionario de hecho, fueron acreditados debidamente por la demandante, en consideración debe reconocérsele el derecho a devengar el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones causadas durante ese tiempo, pues quien asume, a cualquier título, la función pública, tiene derecho a recibir la remuneración correspondiente al empleo desempeñado. (...). Debe aclararse que en cuanto a los aportes a pensión lo procedente en aras de garantizar el derecho pensional, es que a título de restablecimiento del derecho la Administración determine mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados

por la actora, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión sólo en el porcentaje que le correspondía como empleador, en los periodos en los que se demostró la relación laboral. Para tales efectos, el interesado deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante su vínculo y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador. De otra parte, se despacharán negativamente, las pretensiones del accionante en cuanto a que esta es una sentencia constitutiva de derechos, siendo a partir de la misma que se derivan los mismos, no siendo del caso la sanción moratoria deprecada. Al respecto de los salarios adicionales alegados no se accederá al reconocimiento de los mismos pues no está probada su ocurrencia dentro del proceso y en cuanto a la condena en costas se mantendrá la decisión de instancia pues obedece a los lineamientos fijados por la Subsección.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá, D.C., doce (12) de junio de dos mil veinte (2020).

Radicación número: 47001-23-33-000-2014-00248-01(0296-17)

Actor: BERTHA MARINA REDONDO RUSSO

Demandado: DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Asunto: Funcionario de Hecho.

Fallo de segunda instancia – Ley 1437 de 2011

La Sala decide el recurso de apelación que presentaron las partes demandante y demandada contra la sentencia adiada el 2 de marzo de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante la cual se accede a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

La demanda¹

1. La señora BERTHA MARINA REDONDO RUSSO, mediante apoderado, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, presenta demanda en contra del DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA, para que se declare la existencia una relación laboral entre las partes del litigio (fl.2).

Pretensiones

2. Se declare nulo el acto administrativo contenido en el Oficio Sin Fecha, expedido por la Gobernación del Magdalena – Secretaría de Educación (fl.2), que expide el Coordinador Jurídico de esa cartera y que niega a la actora la reclamación administrativa que busca el ajuste salarial, así como el reconocimiento y pago de los derechos laborales y prestacionales en las mismas condiciones que el personal administrativo de planta de los establecimientos educativos del Departamento (fl.28).

3. Conforme a lo anterior se declare la existencia de una relación laboral, sin solución de continuidad entre las partes de la demanda, durante el periodo del 10 de enero de 2002 hasta la fecha (5 de agosto de 2014) (fl.3). Así, se reconozca y pague a la demandante el ajuste de los salarios frente a un cargo de planta como Secretaria de Colegio Departamental y todos los derechos laborales y prestacionales causados en dicho periodo (fl.3). Al pago de salarios del año 2007. A las demás consecuenciales.

4. Al pago de costas y agencias en derecho (fl.4)

Fundamentos fácticos

5. Refiere la demandante BERTHA MARINA REDONDO RUSSO, que prestó sus servicios para la institución educativa de orden departamental “RODRIGO VIVES DE ANDRÉIS” en el municipio de ORIHUECA, en el DEPARTAMENTO DEL

¹ Folios 2 a 24.

MAGDALENA, en el cargo de SECRETARIA, al que ingresó por orden directa de la Secretaría de Educación Departamental de la época (10 de enero del año 2002), y donde labora hasta la fecha (5 de agosto de 2014), con un horario de 8 A.M. hasta las 4 P.M., recibiendo órdenes del rector de la institución educativa, de forma personal, continúa, ininterrumpida y percibiendo 10 meses de sueldo en cada anualidad, mediante terceros contratados por el departamento que desdibujaron la verdadera relación laboral que se configuró (fls.3 y 4), según lo explica así: años 2002 a 2006 por el FONDO EDUCATIVO DEPARTAMENTAL, para los años 2008 y 2009, por INSERCOL, año 2010 por CHEMICALL, y 2011 por la empresa UNIÓN TEMPORAL DEL MAGDALENA (fl.5).

6. Se establece dentro del plenario, que la actora elevó derecho de petición ante la Gobernación del Magdalena, solicitando el reconocimiento de una relación laboral, ajuste salarial y el consecuente pago de prestaciones sociales, por el periodo referido, el 12 de diciembre de 2013 (fl.25), ante lo cual aquel respondió mediante el acto demandado, negando dichas expectativas (fl.28):

“Es importante informarle que la autoridad competente o para crear un vínculo laboral, o para autorizar encargos de vacancias temporales, recae únicamente y exclusivamente en el nominador del gasto, que no es otro que el señor Gobernador (...).

En caso de que dicha vinculación se haya dado por intermedio del rector hay que advertir que él, no es la autoridad competente para crear un vínculo laboral, ni para autorizar encargos en los casos de vacancias temporales.

Es importante recordar que los servidores públicos que contraríen dichas directrices deben asumir con cargo a su propio pecunio el pago de cualquier obligación laboral o contractual que surja con el personal docente y administrativo que no este debidamente autorizado por la administración y se hacen acreedores a sanciones de índole fiscal, administrativo y disciplinario.”

7. Se constata audiencia de conciliación extrajudicial declarada fallida entre las partes, ante la Procuraduría 155 - Judicial II para Asuntos Administrativos en Santa Marta - Magdalena, el 4 de agosto de 2014 (fl.28), interpuso demanda la actora ante el Tribunal Administrativo del Magdalena, el 5 de agosto de 2014 (fl.1), admitida el 22 de agosto de 2014 (fl.130), con sentencia de 2 de marzo de 2016, la cual accede a las pretensiones de la demanda (fls.282 a 294) y que fuera apelada por la accionada, el 18 de enero de 2017 (fls.297 a 299).

Concepto de violación

8. La parte demandante, considera se presenta producto de la desorganización

estatal una situación anómala en cuanto a la vinculación de la actora, que finalmente esta contenida en la figura del funcionario de hecho, pues fue ejercida de manera irregular como si fuese un verdadero funcionario público. Según explica en el presente caso se configuraron los elementos propios de esa figura, (i) desempeñó las funciones de un cargo existente en la planta de personal (ii) del cual ejerció funciones de manera irregular, siendo que el nombramiento no se ajustó a los parámetros legales previstos, es decir, “de manera anormal y sin acto administrativo, todo basado en el principio de confianza legítima”, cuya función fue desempeñada (iii) como la desempeñaría una persona designada en forma reglada (fl.10).

9. No obstante lo anterior, estima que también existió una vulneración del principio de realidad sobre las formas en la relación laboral (fl.12), con lo cual se afectaron los principios contenidos en los artículos 25, 53, y otros de la Constitución Política, en tanto que se cumplieron los elementos fundantes de una relación laboral, que fue desnaturalizada al realizarse una contratación por parte de terceros, años 2002 a 2006 por el FONDO EDUCATIVO DEPARTAMENTAL, para los años 2008 y 2009, por INSERCOL, año 2010 por CHEMICALL, y 2011 por la empresa UNIÓN TEMPORAL DEL MAGDALENA (fl.5)

Oposición a la demanda²

10. La entidad informa que reitera lo expuesto en el acto administrativo demandado (fls.144 y 145).

Sentencia apelada³

11. La sentencia apelada accede a las pretensiones de la demanda en cuanto considera que se probó una relación laboral entre los extremos procesales. Para tal fin, centró su estudio en las consideraciones legales y jurisprudenciales que desarrollan la forma de vinculación de la administración pública. En efecto, analizó dos vertientes que a su consideración constituyen el problema jurídico, de una parte (i) el funcionario de hecho y de otra (ii) el contrato realidad.

² Folios 143 a 145.

³ Folios 282 a 294.

12. Frente a lo anterior, concluye que de acuerdo a las pruebas que se incorporan al proceso la actora sostuvo dos tipos de vinculación con el demandado, los años 2002, 2008, 2009, 2010 y 2011, mediante contratos de prestación de servicio y del año 2003 a 2007 y 2012 a 2014, sin acto de nombramiento, ni contrato estatal (fl.289, vto.), esto en cuanto una certificación suscrita por el rector de la IED RODRIGO VIVES DE ANDRÉIS y otra emanada de la Secretaría de Educación Departamental, sumadas a dos testimonios, resultan suficientes para que el colegiado determine se prueban los elementos para declarar la existencia del contrato realidad de un parte y de otra, “bajo la apariencia de una funcionaria de jure”, se establezcan los elementos que determinan que fue una funcionaria de hecho (fls.292 y 292, vto.).

13. Así declara la nulidad del acto demandado y condena al Departamento del Magdalena a:

“(…) pagar una suma a título de indemnización, atendiendo el vínculo laboral entre demandante y demandada durante los años 2002, 2008, 2009, 2010 y 2011, al pago de una suma equivalente a dos salarios mensuales dejados de cancelar durante esos años y las prestaciones sociales comunes devengadas por las secretarías de Instituciones Educativas vinculadas a la planta de personal del Departamento del Magdalena, teniendo en cuenta el valor de la remuneración pactada en los contratos de prestación de servicios.

De igual forma deberá cancelarse al respectivo fondo de pensiones de la accionante, las cotizaciones que debió aportar a la entidad durante el periodo laborado por el mismo, descontándole a la demandante el porcentaje que por ley le correspondía aportar por el mismo concepto.

TERCERO: Se condenará igualmente al Departamento del Magdalena al pago de una suma equivalente a dos salarios mensuales durante los años 2003 a 2006 y 2012 a 2014 y todos los salarios de enero a diciembre de 2007 y las prestaciones sociales comunes y demás reconocimientos (...). No obstante para este periodo los reconocimientos descritos se harán teniendo en cuenta las mismas asignaciones y emolumentos reconocidos al cargo de Secretaria de Institución Educativa de la planta de personal del Departamento del Magdalena; todo ello conforme a las asignaciones previstas para dichos cargos durante esos años por el mismo Departamento.”

Recursos de apelación⁴

DEMANDANTE

14. Considera imprecisa la sentencia y la recurre en cuanto esta ordenó pagar durante los años 2008 y 2009, y 2012 a 2014, dos (2) meses de sueldo y según

⁴ Folios 296 a 302 y 303 a 310.

refiere solo le pagaron a la actora ocho (8) en la Institución, con lo cual estima que debe ordenarse el pago de las cuatro restantes mesadas por esas anualidades (fl.296). Adicional a lo anterior, se encuentra inconforme en cuanto fue negado el pago de la sanción moratoria de las cesantías y además en cuanto no se accedió al pago de las costas procesales (fl.297).

EL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA

15. Para la convocada, se debe revocar la sentencia apelada en su totalidad, atendiendo a dos elementos (i) la inexistencia de contratos estatales que permitan establecer que existió una relación entre las partes y (ii) la inexistencia de pruebas fehacientes que permitan probar los elementos de una relación laboral entre las partes (fl.305). Lo primero en cuanto se está condenando al convocado por relaciones contractuales de la accionante con terceros FONDO EDUCATIVO DEPARTAMENTAL, INSERCOL, Y UNIÓN TEMPORAL DEL MAGDALENA, siendo es, una doble vinculación. Lo segundo en cuanto nunca se llegó a probar que existió una relación laboral pues de acuerdo a la carga de la prueba que debe ser aportada por el demandante, para este caso es insuficiente, existiendo una indebida valoración frente a los testimonios (fls.305 y 306).

Alegatos de conclusión y Concepto del Ministerio Público en segunda instancia

16. La demandante y el Departamento demandado guardaron silencio (fls.401). El Ministerio Público no presentó Concepto (fl.401).

CONSIDERACIONES

Planteamiento del problema jurídico

17. De acuerdo a los argumentos expuestos por los apelantes, el problema jurídico se contrae a determinar, si en la sentencia de primera instancia se realizó una adecuada valoración de las pruebas obrantes en el proceso con las cuales se probaron los elementos de un funcionario de hecho y de ser así, si le asiste el pago de intereses moratorios por no pago de cesantías a la actora.

18. Para dilucidar el problema jurídico planteado, se analizará la normatividad y la jurisprudencia relacionada a estos aspectos, y con ello proceder al estudio de las pruebas recaudadas a fin de establecer si se configuraron los elementos que configuran la existencia de un funcionario de hecho.

Normatividad y jurisprudencia aplicable al caso concreto

De la vinculación del personal con la Administración Pública.

19. Esta ponente en sentencias anteriores, explicó que el régimen jurídico vigente contempla tres clases de vinculación con las entidades públicas, las cuales tienen sus propios elementos que los tipifican, esto es: 1). La vinculación legal y reglamentaria – empleados públicos, 2). La laboral contractual – trabajadores oficiales con esa clase de contratos y 3). Los contratos de prestación de servicios – contratistas.

20. Para el derecho administrativo, la función pública es entendida como el elemento de la Administración relacionado con la vinculación de las personas naturales al servicio del Estado. De esta noción, surge el concepto de funcionario público, entendido como la persona natural que tiene relación laboral con las entidades oficiales.

21. El funcionario público, ha sido asimilado como servidor público a partir de la definición que hizo la Constitución Política en el artículo 123, con la salvedad que éste último se relaciona con el ejercicio de funciones oficiales al servicio de los cometidos estatales, que bien pueden ser desarrolladas por funcionarios públicos, también por los miembros de las Corporaciones Públicas y por personas autorizadas por la ley para el efecto.

22. Un elemento que tiene gran utilidad para entender el panorama de la función pública, se encuentra en el principio de legalidad que distingue el Estado de Derecho, bajo el cual la ley en sentido lato permite y regula la estructura orgánica de la Administración, la conformación de las plantas de personal y la creación, fusión y supresión de empleos o cargos; imperando la unilateralidad en ello, y por ende en la vinculación en cuanto a las condiciones laborales.

23. De este modo, surge la vinculación legal y reglamentaria, distinguida porque es la ley la que determina las condiciones de acceso, permanencia y retiro del servicio. La característica principal es que el vínculo se da a través de un acto administrativo de nombramiento, donde es importante señalar que la misma Carta Política solemnizó el inicio del ejercicio de las funciones públicas respecto de los servidores públicos al exigirles la posesión, entendida como el acto de tomar el juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben⁵.

24. Es decir, la posesión se erige como una formalidad sustancial exigible para ostentar la calidad de servidor público, distinguiéndose claramente del acto de elección o nombramiento.

25. Estos elementos, unidos hacen que la investidura del empleado público sea completa y regular. Por tanto, la ausencia de alguno de ellos, configura lo que se denomina como funcionario de hecho⁶, es decir aquel que le falta alguno de los requisitos de nombramiento y posesión.

26. En esta primera vinculación encontramos a los denominados empleados públicos, que son aquellas personas que se vinculan a la Administración a través de acto de nombramiento para desarrollar o atender un conjunto de funciones que están previa y taxativamente descritas en la ley, es decir un empleo; y que por naturaleza son de carácter permanente e inherentes a la actividad de aquella. Están al servicio del sector central de la Administración, de los ministerios, departamentos administrativos, unidades administrativas especiales, establecimientos públicos, superintendencias, entidades territoriales. Los empleados públicos, son de carrera administrativa, de libre nombramiento y remoción, de periodo fijo y temporales. (Artículo 1º, Ley 909 de 2004).

27. Desde otra orilla, también existe el modo de vinculación contractual, que es aquel que permite la provisión de ciertos cargos a través de contrato individual de trabajo para desplegar actividades de la Administración que no hacen parte del entorno habitual de labores que desarrolla para materializar los cometidos

⁵ Artículo 122 C.P., en concordancia con el canon 47 Decreto 1950 de 1973.

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección "A". Consejero ponente: Luís Rafael Vergara Quintero. Bogotá, D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil nueve (2009). Radicación número: 25000-23-25-000-2004-03773-01(689-06).

estatales, siendo tareas complementarias, tales como las del sector vinculado por servicios en cuanto a empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades de economía mixta, empresas financieras del Estado, entre otras.

28. Una segunda categoría, la encontramos en los trabajadores oficiales, que corresponden a las personas que se vinculan por contrato de trabajo para atender labores complementarias de la Administración relacionadas con el objeto social de las empresas industriales y comerciales del Estado y de economía mixta, salvo los de nivel directivo, que son empleados públicos, o con el mantenimiento de una obra pública, conforme al artículo 5º del Decreto Ley 3135 de 1968.

29. De estas modalidades de vinculación, que además están inspiradas en la naturaleza de las entidades, de las funciones y actividades que despliegan, surgen las diversas clases de servidores públicos (artículos 123, 125 C.P.; artículo 5º Decreto 3135 de 1968; 19 de la Ley 909 de 2004), aplicándose un criterio orgánico por excelencia y por complemento funcional.

30. Por otra parte, en el derecho público existen normas legales que han establecido lo relativo a la vinculación mediante contratos de prestación de servicios; esta clase de vinculación se encuentra regulada en la Ley 80 de 1993⁷, en cuyo artículo 32 se establece que este tipo de contratos solo se pueden celebrar con personas naturales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, cuando no puedan ser realizadas por el personal de planta o requieran de conocimientos especializados.

31. El tema del contrato de prestación de servicios ha generado importantes debates judiciales, inspirados en controversias surgidas por la desnaturalización de ésta, para inmiscuirlo en una verdadera relación laboral con la existencia de tres elementos: 1). la prestación personal del servicio, 2). La continuada dependencia o subordinación y 3). La remuneración como contraprestación del mismo. Así lo precisó la Corte Constitucional, en sentencia C- 154 de 1997⁸ con ponencia del doctor Hernando Herrera Vergara.

⁷ Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

⁸ Mediante la cual se declaró la exequibilidad de la expresiones "no puedan realizarse con personal de planta o" y "En ningún caso...generan relación laboral ni prestaciones sociales" contenidas en el numeral 3o. del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

32. Esta Corporación ha señalado que quien celebra un contrato de prestación de servicios tiene la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales y quien suscribe un contrato de trabajo tiene el derecho al pago de éstas. Que aunque se haya realizado una vinculación bajo la forma de contrato de prestación de servicios, si el interesado logra desvirtuar su existencia al demostrar la presencia de la subordinación o dependencia continuada respecto del empleador, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, ello de acuerdo con el artículo 53 Constitución Política.

33. Para acreditar la existencia de la relación laboral, es necesario probar que el supuesto contratista se desempeñó en las mismas condiciones que cualquier otro servidor público y que en el desarrollo de sus actividades se configuraron los tres elementos citados que hacen parte de un verdadero vínculo contractual.

Funcionario de hecho

34. Al particular sobre el “funcionario de hecho” corresponde a un tipo de vinculación inusual y anormal, que se configura cuando (i) existe un cargo público; (ii) se ejercen las funciones de manera irregular (sin nombramiento o elección, según el caso, ni posesión o que estos ya no estén vigentes), y (iii) que se desempeñen las labores en las mismas condiciones en las que lo haría un funcionario de planta de la entidad. Igualmente, cuando estas se desplieguen con la anuencia y permiso de las autoridades encargadas de controlar e impedir esta clase de situaciones.

35. Al respecto la Subsección, en sentencia de 13 de febrero de 2014,⁹ estableció al respecto que:

“(…) Según la doctrina se denomina habitualmente funcionario de hecho a la persona que, sin título o con título irregular, ejerce funciones públicas como si fuese verdadero funcionario¹⁰ .

Estas situaciones, pueden originarse de muy distintas maneras, pero cabe distinguir dos series de casos:

⁹ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección B, sentencia de 13 de febrero de 2014, expediente: 73001-23-31-000-2011-00215-01(2300-12), consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, actora: María Elizabeth Botero Lentino, demandado: municipio de Ibagué-secretaría de educación.

¹⁰Sayagués Laso, Enrique, Tratado de derecho administrativo, tomo I, cuarta edición, Montevideo, 1974, páginas 300 a 302.

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 supervivientes 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, que existan de jure el cargo y la función ejercidas irregularmente y que el cargo se ejerza en la misma forma y apariencia como lo hubiera desempeñado una persona designada regularmente¹¹.**

El caso concreto

36. La señora BERTHA MARINA REDONDO RUSSO, dice haber laborado para EL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA, desde 10 de enero de 2002 hasta la fecha (5 de agosto de 2014) (fl.3) como SECRETARIA, de la Institución Educativa RODRIGO VIVES DE ANDRÉIS.

37. Se aportaron como pruebas documentales las siguientes:

1. Certificación expedida por la Secretaría de Educación Departamental del Magdalena de 2 de diciembre de 2013 (fl.122), la cual indica:

“Que revisados los archivos y nóminas de la Secretaría de Educación del Departamento del Magdalena encontramos que la señora BERTHA (...) prestó sus servicios al Departamento del Magdalena en el municipio de Zona Bananera y se le hizo reconocimiento a su labor así:

En el año 2005

- Como Secretaria en la I.E.D. Rodrigo Vives de Andrés desde el 11 de enero del año 2005 hasta el 15 de diciembre del año 2005 a razón de \$400.000 mensuales.

En el año 2006.

- Como Secretaria en la I.E.D. Rodrigo Vives de Andrés desde el 10 de enero del año 2006 hasta el 15 de diciembre del año 2006 a razón de \$408.000 mensuales.

¹¹ Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección A, sentencia de 15 de marzo de 2007, Expediente: 25000-23-25-000-1996-41885-01(6267-05), consejero ponente: Alberto Arango Mantilla.

NO EXISTEN ACTOS ADMINISTRATIVOS DE NOMBRAMIENTO Y RETIRO, PORQUE LA SEÑORA BERTHA MARINA REDONDO RUSSI NO TENÍA VINCULACIÓN REGLAMENTARIA CON LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL MAGDALENA.”

2. EL RECTOR de la I.E.D. RODRIGO VIVES DE ANDRÉIS, el 16 de agosto de 2013, Certifica (fl.113):

“Que el señor (a) BERTHA (...) labora en esta institución educativa desempeñándose en el cargo de SECRETARIA detallando a continuación:

- En el año 2002 al 2007 laboró por necesidad del servicio y su salario fue pagado por el FONDO EDUCATIVO DEPARTAMENTAL.
- En el año 2008 y 2009 fue contratada por la empresa INSERCOL DE BARRANQUILLA.
- En el año 2010 fue contratada por la empresa CHEMICALL de Cartagena hasta el 20 de mayo de 2011. Sede No. 1
- En el año 2011 fue contratada por la EMPRESA UNIÓN TEMPORAL DEL MAGDALENA a partir de octubre hasta diciembre de 2011.
- En el año 2012 por necesidad del servicio y colaboración de padres de familia.
- En el año 2013 por necesidad del servicio y colaboración de padres de familia hasta la presente.”

3. EL RECTOR de la IED Rodrigo Vives de ANDRÉIS, el 2 de julio de 2003, da respuesta al supervisor de la Zona Bananera indicando (fl.71):

“(...) la vinculación de BERTHA (...) se hizo mediante Orden de Prestación de Servicio emanda de la Secretaría Municipal Zona Bananera refrendada por el señor alcalde (...) por solicitud de la Dirección del Colegio, por necesidad del servicio Orden No. 2002-02-04 de 2002 (...)”.

4. Carta de la comunidad educativa Rodrigo Vives de Andrés, donde solicita al Gobernador del Magdalena, el 18 de julio de 2011, que ante la existencia de una vacante administrativa sea nombrada la actora (fl.73).

5. Carta de la actora a la Secretaría de Educación Departamental de septiembre 10 de 2012, donde solicita “sea tenida en cuenta para los nombramientos o contrataciones de SECRETARIA, ya que tengo más de 11 años de estar laborando en la Institución Educativa (...) y no cuento con un nombramiento provisional” (fl.67).

6. Documental suscrita por la demandante como: informes de notas (fls.35 a 46), copias de diplomas de estudiantes (fls.47 a 51), y otras certificaciones.

7. Certificado de la Secretaría de Educación Departamental del Magdalena, de 26 de noviembre de 2015, mediante el cual se manifiesta que dentro de la planta de personal del Departamento del Magdalena existe el Cargo de

Secretaría Código 425 Grado 10 correspondiente a los años 2002 a 2014 y que dicho cargo existe dentro del I.D.E. Rodrigo Vives de Andrés (fl.242 a 244).

8. Certificado de la Secretaría de Educación Departamental de 30 de noviembre de 2015, la cual indica que el cargo de Secretaría Ejecutiva Código 425 – Grado 10, lo ocupa la señora MARITZA RAMOS MOYA desde el 4 de septiembre de 2014, mediante Resolución NO. 691 y posterior acta de posesión 9128 (fl.277).

38. De otra parte, se tiene el testimonio de MARÍA ELENA CONTRERAS SALINAS, tomado en Audiencia de Pruebas el 8 de julio de 2015 (fls.127 y 128 CD) (Min.27.15) :

“(…) tengo 45 años, soy docente en la Institución, ella (la actora) es la Secretaria de donde yo laboro. Tengo conocimiento, porque la señora Redondo me ha comentado de su relación con la institución y como favor me pidió que le sirviera de testigo en esta audiencia (...). Ella trabaja como secretaria de la Institución asiste con un horario de 8 de la mañana hasta las horas de la tarde, la institución es una institución educativa que tiene doble jornada en la mañana y en la tarde (...) y ella está todo el día ahí haciendo todas las labores que corresponde a una secretaria (...) yo estoy laborando desde el 2006, desde entonces me consta que ella ha asistido todo el tiempo y ella me ha comentado que esta desde el 2004, o algo así, hasta la fecha (...). Ella es la Secretaria del Colegio, de las cinco sedes está la principal sede del bachillerato, sede dos, de la Bonga, Iberia y (otras), ella maneja todo lo de papelería, oficios, documentos que tenga que hacer que le indique el rector o el coordinador, (...) la cuestión de los boletines, certificados, eso lo maneja ella (...), la oficina de la secretaría esta en la sede 1 pero le llega toda la información de la sedes, (...) tengo entendido que le presta su servicio al rector que es su jefe inmediato”. “(...) tengo entendido según lo que ella me comentó, que a ella la ingresó ahí el rector de esa época (...) **inicialmente tengo entendido le pagaban por cheques la secretaria de educación, luego fueron unas bolsas de empleo y ahorita no esta percibiendo nada sino son las ayudas de los padres de familia algunos docentes y el rector.** (...) tengo entendido que los primeros años (...) ella estuvo recibiendo no como un sueldo sino una bonificación que recibía de la Secretaría que le daban con cheques pero en estos momentos lo que ella me dice **es que los padres de familia por los certificados y eso le colaboran y le ayudan a ella para sostenerse (...)**” (resalta la Sala)

39. También se integró el testimonio de ALFREDO HERNÁNDEZ FONTALVO (min. 20:20):

“(…) Soy docente en la Institución, la relación que tengo con (la actora) es de muchos años, porque ella como todos nosotros resulta pues que **eso era la posibilidad de que uno tuviera un nombramiento en el momento en que uno tuviera contacto directo con la institución (...)** ella al igual que yo (...) **con la posibilidad de que el rector lógicamente con aval de la Secretaría de Educación (...)** teníamos la oportunidad de trabajar con el rector siempre y

cuando el tuviera el aval de la Secretaría de Educación de vincularnos con la institución y luego mediante nombramiento, de esa manera llego Bertha, al rector se le dio la posibilidad se le dio el aval directamente de la secretaria de buscar una persona de confianza para cumplir una función que no se estaba dando en la institución, fundamentalmente por que la institución tenía un gasto muy enorme cuando mandaban elaborar los boletines en vista de eso le confirmó a la señora Bertha y ella laboró en la institución (...). Me consta que ella llegó en el año 2002, (...) no hubo ningún tipo de contrato, el rector la vinculó con el compromiso de que hiciera la digitación de los boletines, se le daba una bonificación por el trabajo laborado (...) en primera instancia la institución en acuerdo con el Consejo Directivo se le pagaba simplemente por el servicio laborado, luego el departamento le pagó anualmente una bonificación por el trabajó y posteriormente por medio de una ONG y **al respecto ahora no recibe ningún pago, hasta el momento no tiene ningún tipo de remuneración económica,** (...) fundamentalmente hace las funciones como secretaria, hace las certificaciones, boletines y archivo de documentos (...) el horario se especifica trabaja 8 horas normales (...).”

40. La documental consignada sumada a los testimonios, es indiciaria que la demandante prestó sus servicios para la Institución Educativa Departamental RODRIGO VIVES DE ANDRÉIS, como SECRETARIA, en diversos periodos de tiempo desde el año 2002, hasta el año 2014, se precisa que de la siguiente manera de acuerdo a las certificaciones:

- (i) Según lo informa el rector de la institución, en carta de julio 2 de 2003, que a la actora se le vínculo en el año 2002, mediante Orden de Prestación de Servicios “emanda de la Secretaría Municipal Zona Bananera refrendada por el señor alcalde (...) por solicitud de la Dirección del Colegio, por necesidad del servicio” (fl.71).
- (ii) Según lo certificó la Secretaría de Educación Departamental del Magdalena laboró como Secretaria del 11 de enero hasta el 15 de diciembre del año 2005, y en el año 2006, desde el 10 de enero hasta el 15 de diciembre.
- (iii) El 16 de agosto de 2013, aparece una certificación del Rector de la I.D.E., NELSON MEJÍA MUÑOZ que constata que la actora en el año 2002 al 2007 laboró por necesidad del servicio y su salario fue pagado por el Fondo Educativo Departamental (fl.113). Esto coincide en parte del periodo, con los dos cheques girados en el año 2004 y 2005 por el Fondo Educativo Departamental del Magdalena (fls.33 y 34).
- (iv) En lo consecuente, dicha certificación informa que la señora REDONDO, estuvo contratada por terceros así 2008 y 2009, INSERCOL de Barranquilla, 2010 – mayo 2011, UNIÓN TEMPORAL DEL MAGDALENA a partir de octubre hasta diciembre de 2011. Y 2012 y

2013 “por necesidad del servicio y colaboración de padres de familia” (fl.113).

41. En consideración a lo referido, se informa por la parte demandante y así fue declarado por el a quo, se constituyó la figura del funcionario de hecho, donde el salario fue pagado por el Fondo de Educación Departamental.

42. Se pondrá de presente que la demandante realizó funciones propias del cargo de SECRETARIA EJECUTIVA 425, GRADO 10, ASISTENCIAL, atendiendo a la referida certificación expedida por el Profesional Universitario de Talento Humano de la Secretaría de Educación Departamental, que a folio 242, indica:

“PROPÓSITO PRINCIPAL

Realizar labores de apoyo en los procesos administrativos generados en la institución educativa.

Descripción de funciones esenciales:

1.1. Brindar apoyo administrativo en todos los procesos que se ejecuten en la institución educativa y digital oportunamente documentos, cartas, oficios, informes, tomar dictado, apuntes, alimentar bases de datos y realizar las correspondientes transcripciones y demás trabajos que le sean asignados por el superior inmediato.

1.2. Apoyar al superior inmediato cuando se requieran los procesos en los procesos de matrícula, control de recaudos y seguimiento e informes de los Fondos de Servicios educativos.

1.3. Desempeñar funciones de oficina y asistencia administrativa encaminadas a facilitar el desarrollo y ejecución de las actividades del área de desempeño.

1.4. Atender y orientar a la comunidad educativa relacionada con los procesos de calificaciones, actas, libros de matrícula y del público en general, en asuntos de competencias de la institución e informar al superior inmediato de las actividades desarrolladas.

1.5. Recibir, radicar, tramitar, distribuir, clasificar, y archivar la correspondencia interna y externa, dirigida o procesada en la institución educativa, darle el trámite correspondiente en orden de prioridad según las directrices del superior inmediato.

1.6. Mantener organizado y actualizado el archivo documental de la institución educativa de acuerdo a las normas establecidas en esa materia y responder por la seguridad y custodia de la documentación generada y por el buen uso de los bienes muebles, elementos y equipos asignados a su cargo.

1.7. Llevar control periódico de las necesidades de la papelería útiles y demás elementos de insumo de la dependencia asignada.

1.8. Mantener discreción y reserva sobre los asuntos confidenciales tramitados en la dependencia asignada y los que conozcan por razón de sus funciones.

1.9. Las demás funciones que le sean asignadas por autoridad competente acorde con la naturaleza del cargo y necesidades del servicio, para el logro de la misión institucional.

Que para el periodo 2002 a 2014, de acuerdo al número de cargos ADMINISTRATIVOS viabilizados por el Ministerio de Educación Nacional, se

encuentra ubicado el cargo de SECRETARIA EJECUTIVA CODIGO 425 GRADO 10 en la Institucion Educativa Departamental "Rodrigo Vives de Andrés, Municipio de Zona Bananera, con cargo al Sistema General de Participación, que en la actualidad viene ocupado por MARITZA RAMOS MOYA C.C. NO. 57409291 (...)."

Se expide en Santa Marta a los veintiséis (26) días del mes de Noviembre de dos mil quince (2015)."

43. Observese que según se aportaron dentro del proceso, la demandante firmó junto con el rector durante el periodo alegado los siguientes documentos:

1. Boletines de notas (fls.35 a 46 y 66) de varias anualidades entre 2002 a 2011.
2. Diplomas de Bachiller (fls. 47 a 51, 55 y 65) años 2003, 2004, 2005, 2006, 2008, 2010 y 2012.
3. Menciones de Honor (fls.54 y 63) años 2007 y 2004.
4. Actas de Grado (fls. 56 a 60 y 64) promociones 2000, 2004 y 2005.
5. Certificaciones (fls.52, 53, 62) año 2013.

44. En tal periodo además, se constata con la certificación de la Secretaría de Educación del Departamento que la actora sostuvo un vínculo laboral con el Departamento: *"laboró como Secretaria del 11 de enero hasta el 15 de diciembre del año 2005, y en el año 2006, desde el 10 de enero hasta el 15 de diciembre"*.

45. Se aprecia la manifestación de más de 100 firmas donde la comunidad educativa del I.D.E. solicita al Gobernador del Magdalena el nombramiento de la actora pues según manifiestan, ella es quien atendió a la comunidad en las labores secretariales de la institución (fls. 73 a 107).

46. De las pruebas relacionadas, sumado a los testimonios transcritos incontrovertible resulta que la accionante laboró de manera irregular, con la anuencia de las autoridades, quienes solicitaron sus servicios para la Institución educativa hasta el momento en que se constata fue proveído el cargo de acuerdo a la constancias precitadas (fls.276 y 277), esto es al 4 de septiembre de 2014, y según la Resolución No. 691 de esa fecha.

47. De tal forma, se indicará que se probaron los presupuestos que configuran la figura del funcionario de hecho, según se explicó en el acápite normativo y jurisprudencial: **"los requisitos esenciales para que se configure el funcionario de**

hecho en los períodos de normalidad institucional son, que existan de jure el cargo y la función ejercidas irregularmente y que el cargo se ejerza en la misma forma y apariencia como lo hubiera desempeñado una persona designada regularmente”.

48. Entonces, oportuno resulta acudir a sentencia previa donde la Subsección orientó al respecto, (M.P. CÉSAR PALOMINO CORTÉS. N.I. 1946-2014 de 18 de mayo de dos mil dieciocho 2018):

“Así mismo, el demandante no logró acreditar que la remuneración percibida por los servicios prestados como conductor – escolta, provinieran de los recursos del Departamento de Casanare(...)”

“Del interrogatorio rendido por el demandante y la declaración recepcionada en el curso de la primera instancia, se puede concluir que el señor Méndez Peña, percibía directamente la contraprestación a sus servicios (salario) por parte del señor Oscar Raúl Flórez Chávez, Gobernador de Casanare de la época, de su esposa o de un subalterno, sin que haya lugar a deducir que era pagado con el presupuesto asignado al Departamento de Casanare.

(...)”.

“Así mismo, es el demandante quien confirmó que la remuneración por los servicios prestados fueron cancelados de manera directa y personal por el señor Oscar Raúl Iván Flórez Chávez, lo que permite tener por demostrado que nunca perteneció a la planta de personal del Departamento de Casanare, sino que su vinculó obedeció a una relación particular, más aún con antelación a la elección como Gobernador.”

49. Aspecto el de la remuneración, que en ese entonces fue determinante para las resultas de ese proceso y que aquí fue probado por medio de los cheques aportados y girados por el FONDO EDUCATIVO DEPARTAMENTAL, además certificado por el mismo rector de la Institución. Adicionalmente, se prueba la existencia del cargo, requisito indispensable para estimar la figura del funcionario de hecho.

50. Así se confirmará la sentencia de instancia pero se modificará en cuanto la relación laboral se encuentra probada hasta el 4 de septiembre de 2014, fecha en que se proveyó el cargo.

51. En conclusión, se indicará, que los presupuestos esenciales para que se configure el funcionario de hecho, fueron acreditados debidamente por la demandante, en consideración debe reconocérsele el derecho a devengar el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones causadas durante ese

tiempo, pues quien asume, a cualquier título, la función pública, tiene derecho a recibir la remuneración correspondiente al empleo desempeñado¹²:

“En este orden de ideas y ante la certeza de la prestación de los servicios personales por parte de la actora, no es jurídicamente aceptable desamparar sus derechos para privilegiar la conducta omisiva en que incurrió el Municipio demandado, al no haberla vinculado regularmente, mediante acto de nombramiento y posesión, con el único fin de negarle los derechos laborales que contempla la ley.”

52. Por lo anteriormente expuesto, la Sala confirmará la sentencia impugnada en razón a que aparecen debidamente probados los elementos que configuran la relación de hecho, lo que da lugar al pago de las sumas correspondientes a los salarios y prestaciones que hubiera recibido si tuviese vínculo legal y reglamentario, con base en lo devengado por una SECRETARIA EJECUTIVA COD. 425, GRADO 10, en la I.D.E. RODRIGO VIVES DE ANDREIS.

53. No obstante lo anterior, debe aclararse que en cuanto a los aportes a pensión lo procedente en aras de garantizar el derecho pensional, es que a título de restablecimiento del derecho la Administración determine mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por la actora, y **cotizar al respectivo fondo de pensiones** la suma faltante por concepto de aportes a pensión sólo en el porcentaje que le correspondía como empleador, en los periodos en los que se demostró la relación laboral.

54. Para tales efectos, el interesado deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante su vínculo y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

55. De otra parte, se despacharán negativamente, las pretensiones del accionante en cuanto a que esta es una sentencia constitutiva de derechos, siendo a partir de la misma que se derivan los mismos, no siendo del caso la sanción moratoria deprecada. Al respecto de los salarios adicionales alegados no se accederá al reconocimiento de los mismos pues no está probada su ocurrencia dentro del

¹² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. SUBSECCION B. Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. Bogotá, D.C., trece (13) de febrero de dos mil catorce (2014). Radicación número: 73001-23-31-000-2011-00215-01(2300-12). Actor: MARIA ELIZABETH BOTERO LENTINO. Demandado: MUNICIPIO DE IBAGUE - SECRETARIA DE EDUCACIÓN.

proceso y en cuanto a la condena en costas se mantendrá la decisión de instancia pues obedece a los lineamientos fijados por la Subsección.

56. Finalmente la Sala estima que frente a una situación tan irregular como la que se presenta en este caso, se deberá remitir copia de las presentes diligencias a la Procuraduría General de la Nación, para que de acuerdo a su competencia determine si existe lugar a ordenar una investigación de orden disciplinario sobre el actuar de las autoridades en el particular.

57. Lo mismo se estimará en cuanto a la Contraloría General de la República, para que en caso de estimar un posible detrimento patrimonial inicie la investigación del caso.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Aclarar el numeral “TERCERO” en cuanto el reconocimiento de la relación laboral se hará hasta el 4 de septiembre de 2014, según se explicó y “TERCERO” y “CUARTO” en cuanto lo explicado para los aportes a pensión.

TERCERO: Remitir copia del presente proceso a la Procuraduría General de la Nación y a la Contraloría General de la República, para lo de su competencia.

CUARTO: Por la Secretaría de la Sección Segunda de la Corporación devuélvase el expediente al Tribunal Administrativo de del Magdalena y déjense las constancias de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión

Firma electrónica

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Firma electrónica

CARMELO PERDOMO CUÉTER

Firma electrónica

CÉSAR PALOMINO CORTÉS