

FUNCIONARIO DE HECHO – Requisitos. Principio de la realidad sobre las formas

Para que se configure la existencia de una relación de hecho es necesario que el cargo esté creado de conformidad con las normas legales y la función sea ejercida irregularmente, pero, también puede darse cuando un 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 hecho, no previstas en la ley, pero que, en todo caso, debe ser objeto de protección a través del principio de la realidad frente a las formas previsto en el artículo 53 Constitucional. Además, de que el cargo debió haberse ejercido en la misma forma y apariencia como si lo hubiese desempeñado un empleado designado regularmente.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el funcionario de hecho, Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia de 18 de septiembre de 2001, Rad. S-472, M.P., Olga Inés Navarrete

FUNCIONES DE FACTO EN CONVENIO INTERADMINISTRATIVO – Indemnización. Pago de salarios y prestaciones. Principio de enriquecimiento sin causa. Principio de igualdad. Principio de irrenunciabilidad de los beneficios mínimos de las normas laborales. Principio de la realidad sobre las formalidades. Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966

Es cierto, que la demandante sirvió de "Enlace" para la ejecución del Convenio antes aludido y como tal podía actuar y comprometer la responsabilidad de la entidad territorial. Cuando un particular ejecuta labores administrativas, con conocimiento, aquiescencia y en favor de la Administración éste tiene derecho a un reconocimiento económico, en virtud del principio del no enriquecimiento sin causa. El reconocimiento otorgado también se hace en aplicación del principio de la realidad frente a las formas, al igual que el derecho a la igualdad (artículo 13 del C.P.), la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales (artículo 53 ib.), el principio de remuneración proporcional a la cantidad y calidad del trabajo y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966, en cuanto consagra que "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas", encuentra procedente amparar el derecho reclamado por la parte demandante, para efectos de garantizar el pago de su labor. Las pretensiones de la demanda están llamadas a prosperar, no en la forma como las ordenó el A quo, esto es, a partir de su reconocimiento como funcionario o servidor de hecho y a partir de ahí reconocer y pagar salarios y prestaciones, sino porque la administración le causó un daño antijurídico o mejor se benefició, sin justa causa, de las funciones de Enlace que indebidamente se le asignaron a la demandante.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 13 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 53 / PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE 1996

INDEMNIZACION POR ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA – Pago de salarios y prestaciones sociales. Alcance / SANCION POR MORA EN EL PAGO DE CESANTIAS- No reconocimiento por enriquecimiento sin causa por no tener carácter indemnizatorio

Como ya se refirió la demandante tiene derecho al pago de los salario y prestaciones, tasados en el salario mínimo legal mensual, pues no se probó la equivalencia en la planta de personal del cargo ejercido como servidora de hecho, y esto no se discute en el proceso, pero estos pagos deben hacerse a título de indemnización. El haber realizado labores de facto no lo convierte automáticamente en empleado público, es más, podía decirse que por no tener siquiera un contrato de prestación de servicios a la hora de establecer responsabilidades, resultaría difícil vincularlo con sus actuaciones, salvo la existencia de un hecho punible, por ello sólo es procedente el reconocimiento de la Reparación del Daño. En el presente asunto la demandante sólo tiene derecho al reconocimiento de los salarios y prestaciones reclamados a título de indemnización, lo que descarta la posibilidad de reconocer una situación de mora por no pago oportuno de las cesantías que son prestaciones y no indemnizaciones.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 122

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

Bogotá, D. C., nueve (9) de junio de dos mil once (2011).-

Radicación número: 85001-23-31-000-2005-00571-01(1457-08)

Actor: RUTH DORYS RODRIGUEZ NARANJO

Demandado: MUNICIPIO DE TAMARA – CASANARE

AUTORIDADES MUNICIPALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia de 3 de abril de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare, que declaró no probada la excepción propuesta y accedió parcialmente a las súplicas de la demanda incoada por Ruth Dorys Rodríguez Naranjo contra el Municipio de Támara, Casanare.

LA DEMANDA

Estuvo encaminada a obtener la nulidad del acto administrativo ficto presunto que negó el reconocimiento y pago de las acreencias laborales adeudadas a la actora desde el 16 de diciembre de 2001 hasta el 2 de enero de 2004, y negó la existencia de la relación laboral existente entre las partes. (Fls. 2-23).

A título de restablecimiento del derecho, solicitó el reconocimiento y pago de las acreencias laborales causadas, como primas, vacaciones, cesantías, viáticos, compensatorios, intereses a las cesantías, festivos, dominicales, horas extras, aportes en pensión y demás emolumentos que resulten probadas como servidora pública que fue en el Municipio de Támara, en el cargo de Secretaria, adscrita a la Secretaría General de Támara y de Enlace Municipal dentro del programa Familias en Acción, los cuales deberán ser liquidados con base en el salario determinado en el presupuesto de operación en el año 2003, por la Directora Regional de Familias en Acción para Casanare o en su defecto, el salario que desempeñe el actual funcionario de Enlace Municipal dentro del programa de Familias; sanción moratoria por el no pago oportuno de las acreencias laborales con sus respectivos intereses, debidamente indexados, dando aplicación a los artículos 176, 177 y 178 del C. C. A. y la Ley 244 de 1995; y que se condene en costas a la demandada.

Como hechos que sirvieron de sustento a las anteriores pretensiones, narra los siguientes hechos:

La actora se vinculó a la administración municipal de Támara, en el año 1998, en el cargo de Secretaria en una dependencia de la Secretaría General de la Alcaldía Municipal de Támara.

En el año 2001, la planta de personal de la Alcaldía fue reestructurada y el cargo de la actora fue suprimido el 15 de diciembre de 2001.

El Alcalde de entonces, verbalmente le indicó que siguiera ejerciendo su cargo, que él posteriormente le legalizaba su nombramiento y pago de salarios, función que ejerció sin solución de continuidad, hasta el 2 de febrero de 2002.

Como el Alcalde suscribió el 12 de abril de 2002, Convenio de Participación entre el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, Fondo de Inversión para la Paz DAPR – FIP, y el Municipio de Támara, en cumplimiento de

la cláusula 2-A, nombró a la demandante para que desempeñara el cargo de Enlace Municipal del programa Familias en Acción, el cual se debía ejecutar bajo la dirección y coordinación del Alcalde Municipal. Este cargo lo desempeñó desde el 3 de febrero de 2002 hasta el 2 de enero de 2004, en horario de lunes a sábado y cada 15 días, el domingo.

En varias ocasiones fue requerido el Alcalde del Municipio para que remitiera a la Coordinadora de la Unidad Regional de Familias en Acción el acto administrativo de nombramiento de la servidora, situación que nunca ocurrió.

Fue la demandante quien a nombre del Municipio de Támara, desempeñó el cargo de Enlace Municipal del programa Familias en Acción pues era quien recibía la correspondencia, rendía informes, realizaba las Actas Municipales y Regionales pues era ella la que concurría a las mismas; tres días al mes debía asistir a la regional Yopal, para recibir capacitaciones y material para ejecutar el programa (gastos que eran asumidos por ella) ejecutando el programa de Atención Integral del Adulto Mayor en asocio con la Primera Dama Municipal, ejecución por la que tampoco recibió estipendio alguno.

En el año 2004, con el cambio de Alcalde, fue releva del cargo por orden del Secretario de Gobierno. El salario que debía recibir, conforme con el programa Familias en Acción, era de \$1.300.000 o en su defecto, era el señalado dentro de la escala salarial del Municipio de Támara.

El 18 de febrero de 2004, la demandante intentó obtener el pago de sus acreencias laborales mediante conciliación, la cual resultó fallida. Posteriormente, ha insistido verbalmente el pago de ellos, sin obtenerlo; el 12 de abril de 2005, nuevamente intentó por escrito el pago de las acreencias adeudadas, presentándose el silencio administrativo negativo por falta de respuesta del mismo.

NORMAS VIOLADAS

Como disposiciones violadas cita las siguientes:

Constitución Nacional, artículos 2, 6, 13, 25, 53, 125 y 209; Leyes 6 de 1945, 33 de 1985, 4 de 1992 y 244 de 1995; Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1042

de 1978, 16 de 1998 y 660 de 2002; artículos 37, 40, 77, 78, 85 y 206 al 214 del C.C.A.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo de Casanare, declaró no probada la excepción de inepta demanda y accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, con la fundamentación siguiente: (Fls. 140-149).

Hizo un recuento de lo probado en el proceso, transcribiendo algunos apartes del interrogatorio de parte realizado al Alcalde de la época, de los descargos realizados por él, y de la sanción que le fue impuesta por la Procuraduría Regional de Casanare en la que se dijo: “La señora RUTH DORYS RODRÍGUEZ trabajó como enlace municipal para el programa Familias en Acción de la Alcaldía de Támara sin que se le haya vinculado de manera alguna sin el pago de salarios.”

Es incuestionable que la demandante no fue legalmente vinculada en la planta de empleos del Municipio de Tamara, no se le hizo ningún nombramiento y posesión, requisitos esenciales para que surja la relación legal y reglamentaria y ni siquiera existía empleo en el que pudiera ser incorporada para realizar las tareas administrativas que le fueron encomendadas, por lo tanto no puede ser tenida como empleada pública.

Sin embargo, la Administración Municipal se sirvió del trabajo de la demandante durante 23 meses, esto es, desde el 3 de febrero de 2002, con tareas administrativas permanentes, actividades propias de un empleado operativo de apoyo, funciones afines con las de un Secretario de Oficina, cargo que desempeñaba la actora antes de ser suprimido.

El Alcalde, aplicando las medidas de ajuste fiscal, suprimió el cargo de Secretaria del que era titular la actora pero, ilegalmente la mantuvo en servicio de hecho para el Municipio y en ejercicio de funciones administrativas, cuya retribución fue precaria y esporádica con el peculio personal del Alcalde, a la espera de obtener “recursos de gestión” para habilitar presupuestalmente la orden de prestación de servicios. Esto hace que se presente el denominado “contrato realidad” que si bien no confiere el estatus de empleado público, si permite el reconocimiento judicial de algunos de sus elementos.

Al no ser factible deducir todos los efectos propios de la relación legal y reglamentaria pues, esta no existió, no podrá computarse el tiempo transcurrido al servicio del Estado para efectos de pensión, ni derivar las obligaciones propias del Sistema Integral de Seguridad Social, o aplicar en su generalidad el régimen salarial previsto en el Decreto 1042 de 1978. Por lo tanto, deberá acudirse a la señalada compensación restringida, a título de equidad, establecida en la Constitución Política y en la Ley 446 de 1998.

Al no poderse identificar un empleo en el Municipio con el que deba compararse la función que desempeñó la actora, para asignarse como equivalente y otorgar esa remuneración por vía de igualdad, el A quo acudió al salario mínimo legal, sin reconocer carácter vinculante que genere derechos subjetivos ni sanción moratoria alguna pues, reiteró, sólo existió una investidura de hecho.

Concluyó que el Alcalde Municipal de Tamara, persona llamada en garantía, en el momento en que la demandante trabajó para ese Municipio, obró a sabiendas de la violación flagrante del ordenamiento legal, pues mantuvo de hecho a una persona al servicio del Municipio, a la espera de recursos que nunca llegaron; por lo tanto, al ser esta una conducta reprochable, deberá rembolsar la totalidad del importe de la condena que tenga que cubrir el Municipio consistente en declarar la nulidad del acto acusado que negó el reconocimiento y pago de las acreencias laborales a que tenía derecho la actora por haber prestado sus servicios durante 23 meses al Municipio y, deberá pagar por cada mes, un salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de ejecutoria del fallo junto con el equivalente a las prestaciones sociales económicas propias de un empleado público.

LOS RECURSOS

- La demandante, por intermedio de apoderado, interpuso recurso de apelación (fl. 170) indicando que el Tribunal reconoció la relación laboral que existió entre el Municipio y la demandada, pero negó el derecho al pago de la sanción moratoria rompiendo así con la congruencia de los derechos reconocidos.

La sentencia debe ser confirmada en lo favorable a las pretensiones que fueron accedidas, y revocarse para acceder a la pretensión quinta, encaminada a condenar a la entidad a pagar la sanción moratoria contenida en la Ley 244 de

1995, por el no pago de las acreencias laborales solicitadas y que resulten demostradas, dentro de los 45 días siguientes a la desvinculación de la demandante.

Indicó que el ex Alcalde no demostró el pago que dice haber realizado a la demandante y que, además, por haberla vinculado irregularmente, la Procuraduría Regional de Casanare lo sancionó disciplinariamente, de acuerdo con la investigación anexada al proceso.

La demandante fue una funcionaria de hecho, pues su nombramiento sólo era conocido por ella y por el Alcalde de Tamara; estaba encargada de las labores de Enlace Municipal, recibía la documentación del programa, ejecutaba las tareas, asistía a los diferentes talleres y seminarios de capacitación y mensualmente se reunía con la Directora para revisar la Operativa Municipal, validar los procesos referentes a la educación, nutrición y al ingreso de familias que aparecían en el SISBEN y, debía diligenciar actas de entrega ES2, que anualmente eran más de 24 mil documentos.

Lo anterior se corrobora con el testimonio de la Directora del programa denominado "Familias en Acción" de la Regional Casanare en donde consta que desde el año 2002 y hasta el año 2004, el cargo de Enlace Municipal del Municipio lo estaba ejecutando la demandante.

Sobre la irrenunciabilidad de los derechos laborales, citó sentencias de la Corte Constitucional T-098 de 1997 y del Consejo de Estado de 21 de marzo de 2002, exp. 1124-00, M.P. Dr. Alberto Arango Mantilla.

EL LLAMADO EN GARANTÍA

- El Ex Alcalde Municipal llamado en garantía, por intermedio de apoderado, interpuso recurso de apelación por considerar que el A quo convirtió la demanda en una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando se trataba de una acción contractual.

De la segunda pretensión se deduce que la intención de la actora era que se declarara la existencia de un contrato de trabajo (relación laboral) y a la vez se declarara que existió un vínculo laboral por vía legal y reglamentaria, pretensiones

que son excluyentes y corresponden a distintas jurisdicciones pues la primera es de la Jurisdicción Ordinaria Laboral mientras que la segunda corresponde a la Jurisdicción Administrativa.

Igualmente las pretensiones tercera, cuarta y quinta no son propias de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, sino de una acción laboral ante la justicia ordinaria quien determinará después de analizar las pruebas si existió o no un contrato realidad.

Por otra parte, el programa Familias en Acción depende directamente de la Presidencia de la República y el cargo de Coordinador de la Unidad Regional de dicho programa, no es, ni depende de la Alcaldía Municipal.

La demandante realizó algunos favores personales al Alcalde de ese momento, los cuales fueron muy puntuales, de diversa índole y cancelados con dinero propio, es decir, nunca actuó en calidad de representante del Municipio de Tamara.

La actora no probó que ejerció la prestación personal del servicio a la entidad territorial mediante una relación de trabajo o contrato administrativo, por el contrario, se observa que a título personal y no en ejercicio de funciones públicas, el Alcalde llamado en garantía y la demandante tuvieron alguna relación que no trasciende el nivel particular y por la cual recibió la respectiva contraprestación de manera oportuna.

De la sentencia recurrida se desprende que si alguna relación de servicio personal existió con la actora, fue exclusivamente entre ella y la Dirección Regional del programa Familias en Acción, entre el 3 de febrero de 2002 y el 2 de enero de 2004. El cargo "enlace" no aparece en la estructura de la administración Municipal por lo que su relación de servicios debió ser con la Dirección Regional del programa del nivel nacional.

Las conclusiones a las que llegó el A quo son competencia que debió dilucidar la Jurisdicción Laboral.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO.

Consiste en determinar si la actora tiene derecho a que el Municipio de Támara, Casanare, le pague los salarios y prestaciones que presuntamente le adeuda como consecuencia de haber laborado como "Enlace" entre dicho ente territorial y la Nación para efectos del manejo de los recursos destinados por esta última para atender el programa "Familias en Acción" a partir del 16 de diciembre de 2001 al 2 de enero de 2004 (folio 2), incluyendo sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías.

ACTO ACUSADO.

La declaratoria de existencia y la nulidad del acto administrativo ficto presunto que negó el reconocimiento y pago de las acreencias laborales reclamadas por la actora desde el 16 de diciembre de 2001 hasta el 2 de enero de 2004, y que negó la existencia de alguna relación laboral existente entre las partes. (fl. 8)

DE LO PROBADO EN EL PROCESO

La Directora de la Unidad Coordinadora Regional Casanare, del Plan Familias en Acción, mediante certificación de Diciembre de 2003 (fl. 39), indicó que la demandante se desempeñó como Enlace Municipal del programa Familias en Acción del Municipio de Tamara, trabajando en diferentes aspectos operativos y comunitarios bajo su dirección, desde el mes de febrero de 2002.

La Coordinadora Regional de Acción Social de Casanare, en respuestas a Oficio del Tribunal, indicó que en los años 2002, 2003 y 2004, la demandante ejecutó las actividades del programa "Familias en Acción" en Tamara y se desempeñó como Enlace Municipal (fl. 102 cuad. 3); igualmente señaló que la actora asistió a reuniones de trabajo y capacitaciones hasta enero de 2004.

En el mismo Oficio, la Coordinadora Regional respondió que se plantea la ejecución de una reunión mensual con el equipo de trabajo municipal, y que existen procesos que deben ser entregados personalmente porque se hace una

verificación y supervisión en la regional antes de su despacho al nivel nacional; la demandante asistió un estimado que puede estar entre unos 35 días al año.

A folio 28, obra informe dirigido al Alcalde Municipal en el que da cuenta del desarrollo del programa y le reitera la solicitud de nombramiento de una persona para el programa de Enlace Municipal.

A folios 38 a 52, obran constancias de la asistencia de la demandante a la Red de Solidaridad en Yopal “ejecutando funciones de su cargo” (sic).

De folios 38 a 51 del cuaderno 2, obra correspondencia dirigida por la demandante a la Directora del Programa Familias en Acción donde informa sobre los pagos realizados u las novedades que se han presentado en las familias del Municipio que se encuentran inscritas; constancia de la entrega de los formularios ES2 diligenciados; al igual que formularios de novedades firmados por ella.

De folios 117 a 119, obra el interrogatorio de parte practicado al ex Alcalde del Municipio, Eneas Perdomo Jiménez, dentro del proceso de la referencia en calidad de llamado en garantía; confesó que la demandante sí atendía el programa denominado “Familias en Acción”, por petición suya en algunos encargos específicos; al respecto, señaló:

“[...] en la medida que se iba desarrollando el programa, la señora Ruth Doris fue conociendo más de cerca el desarrollo del programa, ella se familiarizó no sólo con el programa Familias en Acción, sino con actividades y favores más de tipo personal como entrega de documentos o pedir información sobre algunos proyectos, para tales fines le pedí el favor y ella se desplazaba a Yopal generalmente, como no tenía ningún tipo de vinculación y algunas actividades de las que desarrollaba eran más de carácter personal, yo le retribuía con mis propios recursos sus desplazamientos, eso le permitió que poco a poco se fuera abanderando del programa, como dan testimonio los folios en mención; aclaro que en ningún momento se estableció contrato alguno o vinculación alguna para el desarrollo de dichas actividades, lo planteaba anteriormente en la medida que se desarrolló el programa, personas como ella o mi esposa se familiarizaban más y aprendían más del programa, lo que llevó a que en determinados momentos dieran determinada información como informes sobre el desarrollo del programa o irregularidades en el mismo. Frente a la expresión “Enlace” hace referencia al puente entre el Municipio y la dirección del programa, pero en ningún momento, como lo dije, es el resultado de un cargo en contratación alguna. [...] CONTESTÓ: Como nunca pensé que esta oportunidad de trabajo que le brindaba a la señora Ruth Doris se me fuera a convertir en un problema jurídico, no guardé o en el trasteo y trasapeleo de mis cosas entre Támara y Yopal, y como tuve que venirme del pueblo, se refundieron; lo que puedo decir es que en

recientes diálogos con Esperanza, ella me comentó que algunos de esos recibos fueron reemplazados por un recibido en un cuaderno, le he pedido el favor que entre sus cosas revise y si encuentra el cuaderno me lo haga llegar. [...] Informe si usted le dio a conocer a Ruth Doris Rodríguez Naranjo, con exactitud, caso afirmativo en que términos y porque medios, bajo que condiciones actuaba como “Enlace Municipal” en el programa Familias en Acción. CONTESTÓ: Las funciones específicas de enlace, fueron el resultado del desarrollo constante del programa, en un comienzo no se le identificaba como tal pero al final, como lo vemos en los anexos de la pregunta anterior, logró ese reconocimiento; en ningún momento de manera específica o puntual la designé para tal función, tengamos en cuenta que los recursos que ella recibía eran como retribución a muchas actividades de tipo personal y en actividades sociales que realizaba la gestora social. Al saber ella que habla ido desvinculada del Municipio, pasó directamente a trabajar para mí, a ser empleada personal, eso lo sabía ella, las actividades se fueron asignando en la medida que se fue desarrollando su trabajo. Me sorprende cómo la señora Ruth Doris sólo hasta meses después de haber terminado mi periodo pone este tipo de queja, desde un comienzo recibió de manera puntual su salario y siempre actué bajo la buena fe. [...] En el hecho quinto de la demandan se afirma que en varias oportunidades se requirió al Alcalde de Támara para que enviara a la regional Yopal de Familias en Acción en contrato o acto administrativo de nombramiento de la señora Rodríguez Naranjo, a título de “Enlace Municipal”; también se dice que el Alcalde prometió en varias oportunidades allegar los documentos y no lo hizo. En lo que concierne al período que usted ejerció como Alcalde, sírvase manifestar que tiene que responder a esas afirmaciones. CONTESTÓ: Lo que estaba en juego eran importantes recursos para las familias menos favorecidas del municipio, pero ante la imposibilidad de incluirla en la nómina o contratarla para el desarrollo del programa, siempre estuve a la expectativa de recursos de gestión con los que se le pudiera vincular, como siempre se me generaban expectativas siempre estaba pendiente la vinculación, de ahí que se aplazara la vinculación y el soporte que era solicitado por la dirección del programa; de manera verbal la Gobernación me ofreció en varias ocasiones los recursos para soportar los gastos que generaría el nombramiento o la vinculación, pero no pasó de ser más que simples ofrecimientos, razón por la que tuve que seguir soportando los gastos de manera personal. [...]”

La señora Claudia Patricia Molina Peña, Coordinadora del Programa Presidencial Familias en Acción (fls. 128-130), indicó:

“[...] Si la conocía al (sic) RUTH DORIS en el año 2002, fue designada por el alcalde Municipal para desempeñarse como enlace entre la administración municipal y el programa, en ese entonces, del plan Colombia familias en acción. Es una responsabilidad de la alcaldía el designar una persona que entre directamente a ser la operativa municipal para el proceso de inscripción de familias beneficiarias, [...] la liquidación de subsidios escolares y nutricionales, los eventos y espacios de promoción familiar, los trámites de reclamos y novedades generados en las familias y la gestión interinstitucional del programa, estas son las actividades que debe desarrollar ese funcionario, para lo

cual el Municipio asigna una partida presupuestal que incluye sus salarios, sus gastos de desplazamiento, los materiales requeridos, algunos servicios públicos y de oficina, [...] porque lo que nosotros firmamos con el Municipio es un convenio de intención de participación, en donde las partes cada una aporta diferentes recurso para que las familias puedan recibir los subsidios. [...] Informe mediante que instrumento formalizó el Alcalde de Támara ante la Cooperación y el programa la asignación de la señora RUTH DORIS como enlace municipal. CONTESTO. Hubo una presentación personal por parte de la primera dama del municipio, no recuerdo muy bien, pero creo que ella la trajo al evento de capacitación, normalmente el programa solicita que mediante oficio se le notifique el nombre de la persona que se va a desempeñar como enlace municipal, en esa época se generó ese oficio y reposa en la ciudad de Bogotá. [...] El programa no entrega dinero al municipio, el presupuesto de operación año 2003 solamente pretende orientar el valor de la curva laboral que debería ganar un técnico, como era el caso de RUTH DORIS quien debería estar asignada 100% por el número de familias a atender. [...] Sírvase indicar si tiene usted conocimiento mediante que mecanismo o rubro presupuestal, si fuere el caso, cubrió el Municipio la remuneración de la señora RUTH DORIS RODRÍGUEZ. CONTESTÓ. Desconozco esa información [...] No señor, yo desconozco como fue el acuerdo laboral entre ellos, se que ella se desempeñaba haciendo labores de gestión social, atendiendo ancianos, algunos programas con al red de solidaridad, y la vinculación con migo que fue permanente, [...] se me hacía raro que los demás enlaces solicitaban certificados de permanencia para legalizar viáticos y elle (sic) no solicitaba certificados de permanencia, [...] pero yo desconozco dónde se quedaba quién le daba sus transporte, se que eran muy buenos amigos con el alcalde y la primera dama [...] Usted como Directora Regional que métodos o procedimientos utilizó para que la señora RUTH DORIS RODRÍGUEZ pudiera cumplir con la misión que le imponía el programa a ella como enlace frente a la comunidad beneficiaria. CONTESTO: Nos reuníamos una vez por mes en la Regional con el grupo de enlaces municipales para programación de actividades, también nos reuníamos por lo menos una vez al mes con ella para revisar operativa municipal, existen listados de asistencia, existen actas de comité de certificación municipal para validar procesos referentes a la educación, a la nutrición y al ingreso de familias que aparecían en el SISBEN por fuera del tiempo de vinculación que determinó el programa; también existen unas actas de entrega del formato ES2, las cuales se reciben cada dos meses y permiten a través de lectura óptica en el nivel nacional acreditar el cumplimiento de los compromisos por parte de las madres. Estos documentos eran trabajados en el municipio, son alrededor de unos 24.000 documentos diligenciados y remitidos a través de esas actas a la Regional. [...] Un año de operativa hace que más o menos se manejan unos 24.000 documentos que deben ser decepcionados, revisados, organizados, verificados, empacados y remitidos a la Regional por el enlace municipal, bajo la gravedad de ser documentos públicos porque hacen que se habiliten dineros de la nación, RUTH DORIS realizó las anteriores actividades a satisfacción durante el tiempo que estuvo desempeñándose en el cargo y fueron recibidos en la regional. [...]"

La Alcaldesa Municipal, a folio 133 del cuaderno 2, indicó que en los archivos del Municipio, no existe nombramiento ni posesión de la demandante como encargada de ejecutar las funciones del cargo de enlace municipal; sin embargo, encontró que estuvo vinculada con el Municipio en el cargo de Secretaria Adscrita a la Secretaría de Gobierno hasta el año 2001 cuando fue suprimido su cargo.

Proceso Disciplinario Contra el señor Eneas Perdomo Jimenez.

El 29 de marzo de 2004, ante la Procuraduría 53 Judicial Administrativa de Yopal (Casanare), la demandante solicitó el pago de los salarios y prestaciones dejados de cancelar desde el 16 de diciembre de 2001, hasta el 31 de diciembre de 2003, como funcionaria de Enlace Municipal del programa Familias en Acción.

Dicha conciliación se declaró fallida mediante Acta de Conciliación Extrajudicial No. 010 (fl. 24 Cdo. 3), porque la Alcaldesa de Tamara manifestó que la Administración no contaba con los recursos necesarios para el pago de lo solicitado y, además, que no había certeza de que el cargo estuviera creado.

Por lo anterior, la Procuraduría 53 Judicial Administrativa puso en conocimiento de la Procuraduría Regional (fl. 26, Cdo. 2), la ocurrencia de ciertas irregularidades por parte del Alcalde del Municipio de Tamara (Casanare), consistentes en ordenar la prestación de servicios de la demandante como Enlace Municipal del Programa Familias en Acción, sin que previamente se le elaborara un contrato de trabajo y sin que hubiera efectuado pago alguno.

La Procuraduría realizó un Acta de Visita especial (fl. 55 Cdo. 3) a la Alcaldía Municipal, en la que constató lo siguiente:

“[...] con el fin de verificar que funciones cumplía RUTH DORIS RODRÍGUEZ NARANJO, como enlace municipal de familias en acción, que constancias existen de sus labores realizadas, así como las certificaciones que le expidiera la Alcaldía por las labores desarrolladas y demás documentos que tengan relación con los hechos investigados (sic), [...] se procede a revisar los archivos de la oficina de Familias Acción, encontrándose los oficios UCR-ADM-154 de fecha Noviembre 18 de 2003, UCR — ADM-168 de JULIO 23 DE 2002, UCR — ADM-0115 de septiembre 02 de 2003, UCR ADM- 021 de enero 29 de 2003, suscritos por la Directora de la unidad Coordinadora Regional de Casanare, dirigido a los enlaces de cada municipio, apareciendo registrado el nombre de RUBTH (sic) DORIS RODRÍGUEZ; oficio de fecha mayo 19 de 2003 dirigido a la Coordinadora Regional de Familias

en acción por RUTH DORIS RODRIGUEZ, como enlace municipal de Támara; oficio de fecha septiembre 18 de 2002 dirigido a la Coordinadora Regional de Familias en acción por RUTH DORIS RODRÍGUEZ, como enlace municipal de Támara, cuya referencia es Proceso de Pagos; oficio de fecha octubre de 2002 dirigido a la Coordinadora Regional de Familias en Acción por RUTH DORIS RODRÍGUEZ, como enlace municipal de Támara, cuya referencia es Reporte de Novedad; oficio de fecha junio 28 de 2002 dirigido a la Coordinadora Regional de Familias en acción por RUTH DORIS RODRÍGUEZ, como enlace municipal de Támara; Acta de entrega de Formularios ES2 de fecha septiembre 19 de 2002 firmado por RUTH DORIS RODRÍGUEZ como enlace Municipal; Acta de entrega de formularios ciclo 4 de fecha 13 de noviembre de 2002 firmado por RUTH DORIS RODRÍGUEZ como enlace Municipal, [...]”.

La demandante, señora Ruth Doris Rodríguez Naranjo, rindió testimonio ante la Personera Municipal de Tamara, en los siguientes términos:

“[...] yo me desempeñaba como secretaria adscrita a la Secretaría General Municipal, hasta el 15 de Diciembre de 2001, fecha en la cual salí de nómina por motivo de la reestructuración administrativa, el Alcalde El señor ENEAS PERDOMO, de forma verbal me ordenó que continuara trabajando, que más adelante se veía como me cancelaba mi salario, continué desempeñándome como secretaria de acción social, el 02 de febrero de 2002 llegó el programa familias en acción y me ordenó que tomara el cargo de enlace municipal, ya que la persona que él había escogido para ese cargo no aceptó. Nunca se me hizo orden de servicios ni contrato de trabajo.” (sic).

A folio 75 obra la declaración de la señora Maria Esperanza Forero Albarracín quien expuso lo siguiente:

“Diga usted al despacho lo que le consta en relación con los hechos materia de la queja y que tenga que ver con la presunta relación laboral existente entre el municipio de Támara y la señora RUTH DORIS RODRIGUEZ NARANJO [...]. CONTESTÓ. Inicialmente ella estuvo vinculada con el municipio y en el período de la reestructuración salió en el año 2001 y por necesidad del servicio siguió prestando su apoyo en los programas Familias en Acción hasta el treinta (30) de Diciembre de dos mil tres (2003) [...]; lo que se es que ese programa es a nivel nacional coordinado por el Centro Regional Directo de Casanare hasta donde tengo entendido todos los informes los pedía era el Centro Regional con sede en Yopal [...]; el Alcalde me autorizaba a mi para que le cobrara el sueldo de él y de ahí se le cancelara pues el miraba la necesidad del programa y le aportaba de esa manera a ella, se le pagaba mensualmente a diferencia del mes de Diciembre del 2003 que se le hizo la orden de servicio de los cuales no se canceló el 30 de Diciembre debido a que se negó a firmar, los pagos que se le hacían era entre quinientos y quinientos cincuenta mil pesos. Para yo entregarle las cuentas del sueldo al alcalde le hacía firmar un recibo de caja menor, los cuales los tiene el señor ENEAS PERDOMO [...]”.

La Procuraduría Regional de Casanare, mediante providencia de 11 de julio de 2005 (fls. 56-64 Cdo. 2), sancionó al señor Eneas Perdomo Jiménez en su condición de Alcalde de Tamara para la época, con suspensión en el ejercicio del cargo, por un término de tres (3) meses, por mantener a la demandante como Secretaria adscrita a la Secretaría General de Támara sin que mediara contrato de trabajo o acto administrativo que legalizara dicha relación laboral; indicó que dicha situación generó el incumplimiento en el pago de salarios, prestaciones y emolumentos a los que tenía derecho la referida señora y calificó la falta como grave y culposa.

De acuerdo al anterior material probatorio, la Sala resolverá el problema jurídico planteado en el siguiente orden: 1) La competencia para conocer del presente proceso; 2) El funcionario de hecho; 3) Solución al caso Concreto y 4) La forma de indemnización.

1) De la competencia para conocer del presente proceso.

Para la reclamación de las prestaciones en caso de que se trate de un funcionario de hecho, la jurisdicción competente se determina de acuerdo con las funciones que dice haber ejercido (criterio funcional) y la entidad a la cual se encontraba vinculada la petente (criterio orgánico). Si se trata de un trabajador oficial o particular se ejercita la acción laboral ante la Jurisdicción Ordinaria del Trabajo, o si es empleado público, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo debe conocer del asunto.

En el caso bajo examen, la demandante dice haber laborado como empleada pública, mediante la prestación de sus servicios a la Alcaldía del Municipio de Tamara, con subordinación y dependencia, lo que hace que, por los criterios señalados, se asimile, para efectos de competencia, a una empleada pública.

Sobre estos aspectos, concluye la Sala, *mutatis mutandis*, como lo han reconocido la Corte Constitucional¹ y esta Corporación², que es posible desvirtuar el contrato

¹ Ver, entre otras, sentencia C-154 de 1997, Magistrado Ponente: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA.

² Ver, entre otras, sentencia de la Sección Segunda, de fecha 18 de marzo de 1999, proceso No. 17080, Demandante: MARICETH PATERNINA HERNÁNDEZ, Consejero Ponente: Dr. CARLOS A. ORJUELA G.

de prestación de servicios o, en nuestro caso, la prestación irregular de un servicio cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador, caso en el cual surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista o del funcionario de hecho, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, (art. 53 C.P.)

Así las cosas, esta Corporación tiene competencia para definir el asunto sometido a su jurisdicción.

2) El funcionario de hecho.

En el presente caso, la demandante afirma haber laborado desde el año 1998 hasta el 15 de diciembre de 2001 en el cargo de Secretaria de la Alcaldía del Municipio de Tamara, cuando se le retiró por reestructuración del cargo (folio 52, cuaderno 2); sin embargo, continuó prestando sus servicios como “enlace” del programa “Familias en Acción”. En consecuencia, señala que tiene derecho a que se le reconozcan y paguen los salarios y prestaciones a que haya lugar entre el mes de febrero de 2002 hasta el 2 de enero de 2004, cuando le entregó la oficina a la señora Paula Carreño (folio 52, ibídem), con lo cual consideró que se estructuró una relación de hecho.

El artículo 2º del Decreto 2400 de 1968 ha definido el empleo como el conjunto de funciones, deberes y responsabilidades que han de ser observadas por una persona natural, a fin de satisfacer necesidades permanentes de la administración, las cuales están establecidas en la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente.

Los empleos se hallan clasificados, según su responsabilidad, funciones y requisitos, dentro de un sistema de administración de personal, cuya estructura comprende el nivel jerárquico, la denominación y el grado; y la provisión de empleos en la función pública se puede dar a través de nombramientos ordinario, provisional, período de prueba y encargo o, mediante movimientos de personal, traslado, ascenso y encargo; por ello, no es procedente la vinculación de hecho.

Quien asume, a cualquier título, la función pública tendrá derecho a percibir la remuneración correspondiente al empleo para el cual es asignado o desplazado, pues de lo contrario se atentaría contra los principios mínimos laborales

Constitucionales, entre otros, el de percibir una retribución económica acorde con la calidad y cantidad de trabajo garantizado por el artículo 53 de la Carta Política.

Por fuera del marco 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 esencialmente regladas.

Sin embargo, puede suceder que dentro de la función pública exista el denominado funcionario de hecho, que identifica a la persona que, habitualmente, sin título o con título irregular, ejerce funciones públicas como si fuese un verdadero funcionario.³

La anterior situación puede originarse, como en el presente asunto, cuando mediaba título que la habilitara para el ejercicio de la función pública pero, por causas anteriores o supervivientes resulta inválido o deja de surtir efectos; o puede ocurrir 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, entre otras.

En consecuencia los requisitos esenciales para que se configure el funcionario de hecho en los períodos de normalidad institucional son, que exista de jure el cargo, que la función ejercida irregularmente, se haga en la misma forma y apariencia como la hubiera desempeñado una persona designada regularmente.

El Consejo de Estado ha acogido los criterios anteriores, entre otros, en el fallo del 16 de agosto de 1963, proferido por la Sala de Negocios Generales, Consejero Ponente Jorge de Velasco Álvarez, actor Guillermo Chocontá Cruz, demandado Ministerio de Guerra, en el que expresó:

“[...]”

³ SAYAGUES LASO. Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Cuarta Edición, Montevideo 1974, páginas 300 a 302.

El demandante considera que durante el tiempo en que duró la orden de suspensión y sin embargo estuvo desempeñando el cargo, fue un funcionario de hecho, y que como tal, tiene derecho al pago de su trabajo.

La Sala estima que, a pesar de la irregularidad de que Chocontá Cruz hubiera seguido desempeñando su cargo con una orden de suspensión, es lo cierto que prestó sus servicios al Estado y que tales servicios deben serle pagados pues, por una parte el sueldo es una contraprestación de servicios y por otra las primas que cobra son parte del salario.

(...)

Es claro que Chocontá Cruz era un funcionario de hecho pues, de acuerdo con la doctrina, tales funcionarios son aquellos que desempeñan un cargo en virtud de una investidura irregular. “La irregularidad de la investidura – dice el tratadista Sarria – puede ser por efecto de origen o causa, como cuando se nombra a un empleado que no llena las calidades que exige la ley; o cuando habiéndosele otorgado inicialmente con regularidad la condición o investidura de empleado, la pierde luego y sigue sin embargo en ejercicio de sus funciones, bien sea por ministerio de la ley o bien por circunstancias de hecho no previstas en las leyes.”.

El Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero Ponente Nicolás Pájaro Peñaranda, en sentencia del 8 de marzo de 2001, Radicado No.08001-23-31-000-1995-9370-01 (417-00), actor Edmundo Drago M., demandado Hospital Universitario de Barranquilla, reiteró la tesis anterior; en los siguientes términos:

“[...]Para la Sala es indudable que el nombramiento del actor, como Auditor del Grupo de Auditoría Interna, por ser de nivel profesional, conforme a los Estatutos del ente demandado (f.11), requería de la previa aprobación por la Junta Directiva, lo cual no ocurrió, según se deduce del respectivo acto (f.3) y frente a la inexistencia de ella en el expediente, como lo alegó el Hospital en la contestación de la demanda.

Según la jurisprudencia de la Corporación (ver sentencia 16 agosto/63, Anales 2º semestre 1963, tomo 67, Pág. 57), el funcionario de hecho “es aquel que desempeña un cargo en virtud de una investidura irregular.”; como es el caso del actor, que ingresó al servicio sin que la Junta Directiva hubiera aprobado su nombramiento (f.3). [...]”.

En el mismo sentido puede verse la sentencia de esta Corporación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejera Ponente Olga Inés Navarrete Barrero del 18 de septiembre de 2001, Radicado 11001-03-15-000-2000-0472 01

(S-472), actora Teresa Andreotta de Laborda, demandada La Nación Ministerio de Relaciones Exteriores, en la que se indicó:

“La mera prestación de servicios personales en el Consulado de Colombia en Buenos Aires no puede catalogarse como servicios a la Nación Colombiana para hacer derivar de ella los derechos contemplados en las normas que regulan las situaciones de los empleados públicos, pues no coloca a la actora en situación legal y reglamentaria.

En efecto, no existió, y con ello está acorde la actora:

1) Acto administrativo que ordenara la respectiva designación; sólo aparece la simple práctica de tareas realizada al margen de las condiciones constitucionales y legales, que debieron darse para poder producir la vinculación;

2) Posesión para tomar el cargo. No se puede admitir que sigilosamente ingresen al servicio público personas que no asuman públicamente el compromiso de obedecer la Constitución y las leyes;

3) Disponibilidad presupuestal para atender el servicio, que implica que sólo se pueden generar obligaciones previstas en las posibilidades fiscales, por parte de personas y autoridades autorizadas para gravar el erario público.

4) Regulaciones generales que gobiernan el ejercicio de las responsabilidades públicas y la forma de remunerarlas, las cuales no pueden ser sustituidas por estipulaciones que desconozcan el régimen legal.

5) Planta de personal que contemplara el cargo de mecanotaquígrafa grado 5PA que, de hecho, pretende consolidar, pues, acorde con los documentos enviados por la División de Presupuesto del Ministerio de Relaciones Exteriores (folios 137 a 149) para los años 1955 a 1966 la planta de personal del Consulado de Colombia en Buenos Aires estaba compuesta por el Cónsul y el Canciller. En enero 20 de 1967, mediante Decreto 64, se creó el cargo de mecanotaquígrafa (local) en dicho Consulado; y luego, mediante Decreto 1703 de 1973, al establecer la planta de personal administrativo del Servicio Exterior de la República, para el Consulado de Colombia en Buenos Aires (Argentina) se amplió la planta estableciendo los cargos de: auxiliar administrativo 7PA y de mecanotaquígrafo 5PA.

Conclusión de lo expuesto, es que el funcionario de hecho es aquel que tiene una investidura irregular pero que está ejerciendo en un cargo que figura en la respectiva planta de personal, cargo que tiene funciones detalladas en ley o reglamento y para el cual se encuentra designada una partida presupuestal específica.”.

La Subsección A de esta Sección Segunda, de esta Corporación también se ha ocupado del tema del funcionario de hecho en los siguientes términos:

“Estas circunstancias, lo ubican en lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado “funcionario de hecho”, en virtud de que no se reúnen a cabalidad las condiciones que demanda la investidura del funcionario público.

La doctrina, así como la jurisprudencia del Consejo de Estado, han definido a los funcionarios de facto o de hecho, como aquellos que carecen de investidura o que la tienen, pero de manera irregular⁴, desempeñan funciones que corresponden efectivamente a un empleo público debidamente creado⁵ y tienen los mismos derechos salariales y prestacionales que el régimen jurídico vigente reconoce a los funcionarios de iure. Los actos administrativos expedidos por ellos son válidos y están amparados por la presunción de legalidad, porque se consideran como si hubieran sido expedidos por funcionarios de derecho y porque ejercen sus funciones en condiciones de plena verosimilitud, tal como lo hacen éstos, de modo que la opinión general cree razonablemente que se trata de funcionarios investidos válidamente de función pública⁶.

Para la Sala, una irregularidad en la designación no puede ir en detrimento de las condiciones mínimas fijadas para el servidor público, pues existen postulados de rango constitucional que garantizan la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, la remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la calidad y cantidad de trabajo, que se traduce en los principios “a trabajo igual salario igual” e irrenunciabilidad de los beneficios establecidos (artículos 25 y 53 de la C.P.).”⁷

Más recientemente esta Subsección ha realizado similares planteamientos a los aquí esbozados⁸ y reiteró la posibilidad de reconocer la existencia de una relación laboral de hecho.

En conclusión, para que se configure la existencia de una relación de hecho es necesario que el cargo esté creado de conformidad con las normas legales y la función sea ejercidas irregularmente, pero, también puede darse cuando en 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 a través del principio

4 Sentencia proferida por la Sala Plena de esta Corporación de 6 de octubre de 1992, radicación AC-273.

5 Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativa del Consejo de Estado de 96/08/15, radicación 8886.

6 Sentencia de la sección primera de 91/09/26, radicación 1453.

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección "A", Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, sentencia del 26 de marzo de 2009, Exp. No. 25000-23-25-000-2004-03773-01 (689-2006), Actor: Jorge Alejo Calderón Perilla.

⁸ Ver sentencia del 21 de mayo de 2009, Expediente No. 250002325000200301938 01 (2191-2006), Actor: Álvaro Roberto Rivas Patiño.- Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

de la realidad frente a las formas previsto en el artículo 53 Constitucional. Además, de que el cargo debió haberse ejercido en la misma forma y apariencia como si lo hubiese desempeñado un empleado designado regularmente.

3) Solución al caso Concreto

Como ya se indicó, la demandante alega que venía laborando con la Alcaldía de Tamara (Casanare) pero, al momento de haber terminado su relación laboral, el Alcalde del Municipio la fue encargando de funciones de carácter administrativo que debieron ser desempeñadas por un empleado vinculado a la planta de personal.

En efecto, observa la Sala que luego de ser desvinculada la demandante, el Alcalde la designó como “enlace” del Municipio ante la Presidencia de la República, específicamente, para que ejerciera labores de Coordinación del programa denominado “Familias en Acción”.

La anterior circunstancia se constata, conforme a los hechos probados y ya relacionados, en especial, por la circunstancia de que el Municipio de Tamara firmó un Convenio de Participación No. FIP A- 207/02, suscrito el 12 de abril de 2002, con el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y el Fondo de Inversión para la Paz (DAPR-FIP), en el que el Municipio, a través del Alcalde Municipal de Tamara (Casanare), se comprometía a designar “un Enlace Municipal que apoye el desarrollo y ejecución del Subprograma de Subsidios Condicionados dentro del Municipio que servirá de enlace entre las familias beneficiarias y la Unidad Coordinadora Regional”, y, en ese Convenio se le asignaron al denominado enlace las siguientes funciones:

“1) Apoyar el proceso de difusión del Subprograma Subsidios Condicionados dentro de la población objetivo, así como entre los agentes Municipales de Educación y Salud. 2) Apoyar el proceso de incorporación de beneficiarios del Subprograma Subsidios Condicionados. 3) Actuar como intermediario en las labores de suministros, recolección y envío de formularios del Subprograma Subsidios Condicionados. 4) Registrar e informar, dentro de los tres (3) días siguientes a que se tenga conocimiento, las novedades del grupo familiar de los beneficiarios del Subprograma Subsidios Condicionados, a la Unidad Coordinadora Regional, UCR y al Alcalde. 5) Tramitar los reclamos de origen individual o comunitario, relacionados con el Subprograma Subsidios Condicionados y velar

porque se dé respuesta oportuna y eficaz a los beneficiarios. 6) Promover la participación de Veedurías Ciudadanas dentro del Municipio para que hagan seguimiento a la operación y a los procesos del Subprograma Subsidios Condicionados”.

La demandante ejerció las funciones descritas en el Convenio, según dan fe cada una de las certificaciones visibles a folios 39 del cuaderno principal y 102 del cuaderno 3, expedidas por las respectivas Coordinadoras Regionales en donde constatan que la demandante realizaba actividades de función pública en el Departamento, también aparecen los testimonios y las demás pruebas relacionadas que dan la certeza de que la demandante tenía asignadas las funciones de Enlace, y no, simplemente, cumplía funciones esporádicas por petición particular del Alcalde.

En el mismo sentido el ejercicio del cargo culminó el 2 de enero de 2004, cuando, según lo confesó la demandante, en prueba recibida dentro del proceso disciplinario seguido en contra del entonces Alcalde Municipal de Tamara, “le entregó el cargo a la señora Paula Carreño”.

Ahora bien, aplicados los conceptos en relación con el funcionario de hecho, se deduce que la demandante demostró el ejercicio de las funciones de “Enlace”, y, por también, en aplicación del principio de la realidad frente a las formas debe reconocérsele el derecho a devengar el reconocimiento y pago de las prestaciones causadas durante ese tiempo.

Empero, en el presente asunto, el entonces Alcalde Municipal hizo una designación irregular, y, además, se probó que la demandante ejerció las funciones definidas en el convenio interadministrativo arriba relacionado.

El llamado en garantía alegó que el A quo no valoró bien el material probatorio, pues, en su criterio sólo existió una relación laboral privada que debió ser ventilada en la Jurisdicción Ordinaria.

A juicio de la Sala, el sólo hecho de asignarle funciones públicas, como servir de “Enlace” Municipal hace que comprometa su responsabilidad disciplinaria, como efectivamente ya lo calificó la Procuraduría General de la Nación y su responsabilidad administrativa y fiscal, pues no se puede otorgar funciones o

facultades a particulares de facto, sino que estas deben ser autorizadas por la Ley o los reglamentos.

En suma, la demandante probó haber desplegado las actividades y las funciones propias de un empleado público, razón por la cual no se dan los supuestos del denominado funcionario de hecho.

Conforme a lo antes expuesto, es cierto, que la demandante sirvió de "Enlace" para la ejecución del Convenio antes aludido y como tal podía actuar y comprometer la responsabilidad de la entidad territorial.

De ahí que cuando un particular ejecuta labores administrativas, con conocimiento, aquiescencia y en favor de la Administración éste tiene derecho a un reconocimiento económico, en virtud del principio del no enriquecimiento sin causa.

El reconocimiento otorgado también se hace en aplicación del principio de la realidad frente a las formas, al igual que el derecho a la igualdad (artículo 13 del C.P.), la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales (artículo 53 ib.), el principio de remuneración proporcional a la cantidad y calidad del trabajo y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966⁹, en cuanto consagra que "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas", encuentra procedente amparar el derecho reclamado por la parte demandante, para efectos de garantizar el pago de su labor.

En nuestro caso, como ya se señaló, la Administración omitió designar o entregar las funciones de Enlace a un empleado de la planta Municipal, pero, en su lugar, le entregó dichas funciones, de facto, a la demandante y por ello debe ser indemnizada.

4) De la forma de indemnización.

Las pretensiones de la demanda están llamadas a prosperar, no en la forma como las ordenó el A quo, esto es, a partir de su reconocimiento como funcionario o

⁹Que entró en vigor el 3 de enero de 1976, aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1.968 y ratificado el 29 de octubre de 1969

servidor de hecho y a partir de ahí reconocer y pagar salarios y prestaciones, sino porque la administración le causó un daño antijurídico o mejor se benefició, sin justa causa, de las funciones de Enlace que indebidamente se le asignaron a la demandante.

Sobre este punto, el artículo 85 del C.C.A., establece:

“Artículo 85.- Subrogado por el artículo 15 del Decreto 2304 de 1989. El nuevo texto es el siguiente: Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; **también podrá solicitar que se le repare el daño.** La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pago indebidamente..” (Subrayado de la Sala).

Al respecto se pronunció esta Corporación en los siguientes términos: “[...] el fin determinante del ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A. es el restablecimiento del derecho transgredido por el acto que se acusa, el cual ha de traducirse en la petición de reparación del daño que con el se ocasionó o bien, mediante su simple declaratoria de nulidad, restablecer automáticamente el derecho violado hacer cesar los efectos del mismo o prevenir los efectos nocivos que de su aplicación puedan derivarse.”¹⁰

Por su parte, la Corte Constitucional al revisar la constitucionalidad de la norma transcrita, en sentencia C199 de 1997, señaló: “Conviene señalar, que cuando se pretende ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, debe partirse del argumento según el cual, quien la invoca considera que el respectivo acto administrativo vulnera o desconoce el ordenamiento superior, y que con ello, además, afecta un derecho particular, cuyo titular pretende su reparación o restablecimiento. Si por el contrario, de lo que se tratase fuese únicamente de obtener la anulación del acto, pues simplemente se ejercería la acción de nulidad.”.

La Sala Plena de esta Corporación en sentencia del 27 de marzo de 2007, expediente No. 760012331000200002513 01 (2777-2004), actor: José Bolívar Caicedo Ruiz, Magistrado Ponente Dr. Jesús María Lemos Bustamante, precisó: “Dicho de otro modo, como el perjuicio por reparar se origina en una decisión o manifestación unilateral de voluntad de la administración destinada a producir

efectos jurídicos es necesario invalidarla, previo agotamiento de la vía gubernativa, para poder obtener el restablecimiento respectivo y como la ley no prevé que mediante las acciones de reparación directa o de grupo puedan anularse los actos administrativos, estas no son la vía procesal adecuada. Desconocería la integridad del ordenamiento jurídico percibir una indemnización por un perjuicio originado en un acto administrativo sin obtener antes la anulación del mismo porque este continuaría produciendo efectos jurídicos ya que ese es su cometido legal.”.

En suma, la vía procesal adecuada para discutir los derechos laborales de la demandante bien sea por haber desempeñado labores de funcionario o servidor de hecho es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.¹¹

Ahora bien, en cuanto a la tasación de los mismos le corresponde al administrado demostrar cuáles fueron los perjuicios sufridos y su relación de causalidad con la omisión administrativa, en el asunto sub júdice, en criterio de la Sala, como ya se indicó, están probados estas condiciones para que proceda la tasación de los perjuicios, los que resultan válidos como los hizo el A quo, además de que, no fueron objetados por los apelantes, salvo lo relacionado con el pago de la indemnización moratoria que reclama la parte demandante, aspecto al que se referirá esta Sección más adelante.

En las pretensiones de la demanda se pidió el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones, que en su criterio, debió devengar como funcionaria de hecho durante el periodo comprendido entre el 16 de diciembre de 2001 y el 2 de enero de 2004 (folio 2); sin embargo, como lo señaló el A quo, sólo probó haber laborado desde el 3 de febrero de 2002 al 2 de enero de 2004 (folio 149), ejerciendo esencialmente las labores de “Enlace” en el programa Familias en Acción, aspectos que no se discutieron con los respectivos recursos¹².

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 28 de enero de 1993.

¹¹ Esta Subsección ha condenado, en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, sin cuantía, a la reparación del daño cuando las circunstancias lo ameritan, V.gra. sentencia del 18 de agosto de 2005, expediente No 11001-03-25-000-1999-0246 (3248-2000), actor: GUSTAVO ADOLFO QUINTANA GARCES.

¹² El convenio aparece suscrito el 12 de abril de 2002, mientras que a la demandante se le reconoció su relación laboral irregular desde el 3 de febrero del mismo año, situación que es factible porque el Alcalde venía utilizando sus servicios en diferentes labores vinculadas al Municipio.

En el presente asunto, como ya se refirió la demandante tiene derecho al pago de los salario y prestaciones, tasados en el salario mínimo legal mensual, pues no se probó la equivalencia en la planta de personal del cargo ejercido como servidora de hecho, y esto no se discute en el proceso, pero estos pagos deben hacerse a título de indemnización.

La anterior forma de tasación obedece a que el funcionario de hecho no puede asimilarse a un empleado vinculado a la planta de personal o a quien se le han desnaturalizado sus funciones, pues el reconocimiento de la existencia de una relación laboral por relación de hecho, no implica conferir la condición de empleado público (así lo hubiese hecho de facto) pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado:

“Como ya lo ha expresado la Corporación, para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la Ley. La circunstancia de trabajar para el Estado, no confiere la condición de empleado público.”¹

No existe discusión en cuanto a que para ostentar la calidad de empleado público es necesario cumplir las previsiones del artículo 122 de la Constitución, como son que el empleo se encuentre contemplado en la respectiva planta, que tenga asignadas funciones y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

El haber realizado labores de facto no lo convierte automáticamente en empleado público, es más, podía decirse que por no tener siquiera un contrato de prestación de servicios a la hora de establecer responsabilidades, resultaría difícil vincularlo con sus actuaciones, salvo la existencia de un hecho punible, por ello sólo es procedente el reconocimiento de la Reparación del Daño.

El artículo 53 de la Constitución que permite la prevalencia de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la “irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales”, sin embargo, en el presente asunto, stricto sensu, no hubo una relación laboral ni una desnaturalización de la forma de prestación del servicio,

¹ Sentencia del 25 de enero de 2001, expediente No. 1654-2000, Magistrado ponente Nicolás Pájaro Peñaranda

simplemente se trató de una situación de hecho, realizada por la incuria, ya sancionada disciplinariamente, de un servidor que permitió la prestación de funciones públicas por una particular, pero que, en todo caso, debe ser indemnizada pues el estado no puede lucrarse de la labor (así sea de forma irregular).

En el mismo sentido conviene indicar que el artículo 170, ibidem dispone:

“La sentencia tiene que ser motivada. Debe analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones. **Para restablecer el derecho particular, los organismos de lo Contencioso Administrativo podrán estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar éstas.**”. (Destacado no es del texto)

La aplicación de esta preceptiva, como ya lo ha hecho en otras oportunidades,¹³ le permite al Juez Contencioso que en la sentencia de restablecimiento, para restablecer el derecho particular, pueda estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar éstas, de manera que el fallador adquiere la potestad para solucionar los conflictos que se plantean con el objeto de lograr una correcta administración de justicia, realizar la equidad y cumplir la finalidad del derecho.

De otra parte, en lo que se refiere a la sanción moratoria, Ley 244 de 1995¹⁴, textualmente establece:

“ARTÍCULO 1o. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.

PARÁGRAFO. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hacen falta anexar. Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

ARTÍCULO 2o. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha

¹³ Ver entre otras, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 2 de septiembre de 2004, expediente no. 760012331000200100742-02 (5124-03), demandante: Universidad del Valle.

¹⁴ Norma subrogada por la Ley 1071 de 2005.

de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.

PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual sólo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste.”.

Conforme al texto de la norma citada, la denominada indemnización moratoria sólo se da cuando no se ha pagado oportunamente la cesantía definitiva, situación que no está probada en el presente proceso.

Pero en todo caso, la Sala considera que en principio, la sanción moratoria no puede darse, como lo pretende el demandante, cuando se reconoce judicialmente un derecho discutible pues, no se puede considerar que existe mora sino a partir del momento en que la Administración tenga claridad de la obligación que se reconoce judicialmente.

Además de que, en el presente asunto la demandante sólo tiene derecho al reconocimiento de los salarios y prestaciones reclamados a título de indemnización, lo que descarta la posibilidad de reconocer una situación de mora por no pago oportuno de las cesantías que son prestaciones y no indemnizaciones.

Finalmente, la Sala ordenará el descuento de lo que la demandante confesó haber recibido como remuneración, por parte del Alcalde Municipal de Tamara (Casanare), es decir la suma de un millón quinientos mil pesos (\$1.500.000.00) que confesó haber recibido a través de la esposa del primero (folio 53, tomo 2).¹⁵

En esas condiciones se confirmará la decisión del Tribunal, que accedió parcialmente a las pretensiones pero, se aclara que el reconocimiento y pago de

¹⁵ Textualmente la demandante señaló: “Si los solicite [el pago de sus salarios] siempre me contestaban que tenía que esperar porque no había plata, en septiembre de 2003, la señora ESPERANZA FORERO, como secretaria de la Secretaría General, me cancelo en efectivo \$500.000, como si fuera plata de bolsillo sin recibo oficial, ni ninguna orden legal, me volvieron a entregar la misma suma por la misma persona en el mes de octubre y en el mes de noviembre de la misma forma, este pago me lo entregaron diciéndome que me lo había mandado la señora YENNY VELANDIA, la esposa del señor Alcalde, y que si tenía alguna duda que la llamara y hablara con ella es decir relacionado con la cantidad que ella me mandaba, cuando yo la llame me dijo que era un abono al trabajo como enlace municipal y no me pagaron más”.

las prestaciones demandadas se hace a título indemnizatorio o de reparación del daño y que de lo adeudado se le descontará la suma de un millón quinientos mil pesos (\$1.500.000.00) recibido por la demandante.

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia de 3 de abril de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare, que declaró no probada la excepción propuesta y accedió parcialmente las súplicas de la demanda incoada por Ruth Dorys Rodríguez Naranjo contra el Municipio de Támara, Casanare; pero se aclara que el reconocimiento y pago de las prestaciones demandadas se hace a título indemnizatorio o de reparación del daño y que de lo adeudado se le descontará la suma de un millón quinientos mil pesos (\$1.500.000.00) que recibió la demandante.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLIQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE. Publíquese en los Anales del Consejo de Estado.

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

VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA GERARDO ARENAS MONSALVE
Ausente en comisión

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

