



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE POPAYÁN

Popayán, Veintisiete (27) de enero de dos mil veinte (2020)

EXPEDIENTE: 190013333006 2016 00164 00
DEMANDANTE: ALFONSO CARDONA OLARTE
DEMANDADO: DEPARTAMENTO DEL CAUCA
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

SENTENCIA No. 8

I. ANTECEDENTES

1. La demanda¹

Procede el Juzgado a decidir la demanda que a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promueve el señor ALFONSO CARDONA OLARTE identificado con C.C. No. 10.482.550, en contra del DEPARTAMENTO DEL CAUCA, tendiente a que se declare la nulidad de los actos administrativos fictos o presuntos, mediante el cual se negó el pago de unos salarios y prestaciones sociales, por una actividad laboral como docente en provisionalidad, en la Institución Educativa Madre Caridad Brader en el municipio de Rosas, Cauca.

En consecuencia, pretende que se declare la existencia de una relación laboral entre el señor ALFONSO CARDONA OLARTE y el DEPARTAMENTO DEL CAUCA; se ordene el pago de los salarios dejados de percibir, vacaciones proporcionales, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y sanción moratoria, correspondiente al tiempo laborado entre el 11 de septiembre de 2012 y el 22 de noviembre de 2012, que tienen su origen en la relación laboral en provisionalidad.

Así mismo, solicita el pago por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente y los inmateriales por el daño moral.

Que los valores reconocidos sean pagados dentro de los términos establecidos en el CPACA.

1.1. Hechos que sirven de fundamento

Como fundamento fáctico de las pretensiones, el apoderado judicial de la parte actora expuso en síntesis, lo siguiente:

¹ Folios 10-24 Cuaderno Principal.

El señor ALFONSO CARDONA OLARTE fue nombrado a través de la Secretaría de Educación del Departamento del Cauca, como docente en provisionalidad, en la Institución Educativa Madre Caridad Brader del municipio de Rosas, Cauca, con el objeto de cubrir la incapacidad médica del docente RODRIGO ALFONSO ERAZO SANCHEZ.

La Secretaría de Educación del Departamento del Cauca, mediante Resolución No. 06797-09-2012, nombró al señor CARDONA OLARTE en provisionalidad durante el periodo comprendido entre el 11 de septiembre y hasta el 23 de septiembre de 2012. Posteriormente, la incapacidad sería prorrogada y telefónicamente desde la Secretaría de Educación le informaron que se iba a renovar la provisionalidad entre el 24 de septiembre y el 23 de octubre de 2012.

La prórroga anterior fue legalizada mediante Resolución No. 08234-10-2012 del 23 de octubre de 2012.

Luego, se presentaría una tercera incapacidad del docente RODRIGO ALFREDO ERAZO SANCHEZ, el día 10 de noviembre de 2012 y nuevamente el señor CARDONA fue llamado telefónicamente y le comunicaron que debía seguir trabajando mientras se tramitaba la resolución administrativa que le prorrogaba la provisionalidad por lo que el señor CARDONA siguió laborando desde el 24 de octubre y el 22 de noviembre de 2012.

Mediante memorial radicado No. 057462 del 13 de diciembre de 2012, el señor CARDONA OLARTE, solicitó a la Secretaría de Educación del Departamento del Cauca, la actualización de los pagos correspondientes al tiempo laborado, es decir del 11 de septiembre al 22 de noviembre de 2012, sin que a la fecha se haya dado respuesta oportuna.

Refiere que la labor encomendada fue ejecutada por el actor de manera personal, atendiendo las instrucciones y órdenes de la rectora de la Institución Educativa Madre Caridad Brader, de la localidad de Rosas, Cauca, en la jornada establecida por la Secretaría de Educación del Departamento del Cauca.

2. Contestación de la demanda

2.1. DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA

A través de apoderado judicial contestó la demanda en los siguientes términos:

Considera que se configura la inexistencia del derecho a reclamar la subsistencia de la relación laboral, la caducidad de la acción y prescripción de las obligaciones con la entidad –Departamento del Cauca, por carencia de vinculación legal y reglamentaria y se opone a todas y cada una de las pretensiones.

El señor ALFONSO CARDONA OLARTE no acredita que la Administración lo haya obligado a prestar el servicio, sino que el mismo se prestó a sabiendas que no existía acto administrativo que le prorrogara la provisionalidad.

Formuló las siguientes excepciones:

Inexistencia de la obligación a cargo del Departamento del Cauca: señala que se encuentra debidamente probada la existencia de la relación laboral, la prescripción de la obligación y la inexistencia de la relación laboral por carencia de vinculación legal y reglamentaria con el Departamento del Cauca.

Falta de legitimación en la causa por pasiva: debido a la inexistencia de la relación laboral.

3. Relación de etapas surtidas

La demanda se presentó el día 19 de mayo de 2016²; fue admitida mediante auto del 3 de octubre de 2016³, debidamente notificada⁴ y se cumplió con las ritualidades propias del proceso según lo preceptuado por el artículo 179 del CPACA, así: una vez fijada la fecha para la celebración de la audiencia inicial, ésta se llevó a cabo el día 30 de octubre de 2018⁵, dentro de la cual se fijó fecha para la audiencia de pruebas, que se llevaría a cabo el 23 de abril de 2019⁶, en la que se dispuso clausular la audiencia de pruebas, practicar la prueba testimonial, así mismo se dispuso, correr traslado a las partes para la presentación por escrito de los alegatos de conclusión. Se concedió al Ministerio Público la oportunidad para rendir su concepto de fondo.

4. Los alegatos de conclusión

4.1. De la parte demandante⁷

En esta instancia, el apoderado de la parte actora refiere que el Departamento del Cauca, en ningún momento negó el nombramiento del señor ALFONSO CARDONA OLARTE, ni que los actos administrativos fueron notificados en fecha posterior al inicio de las labores como docente.

Señala que de las pruebas aportadas por la parte demandada, se evidencia que la Secretaría de Educación jamás expidió los actos administrativos en forma puntual, ni los notificó en fecha anterior al inicial de las actividades laborales, sino que siempre los expidió en fecha posterior al inicio de las actividades laborales; incluso para el nombramiento de la segunda provisionalidad el mismo día en que se terminaba el nombramiento de la provisionalidad y para el tercer periodo, es decir entre el 24 de octubre y el 22 de noviembre de 2012, ya se había creado una confianza legítima en el docente.

Refiere que de las pruebas documentales y la testimonial practicada al señor Rodrigo Alfredo Erazo, le señor CARDONA OLARTE, laboró durante el periodo comprendido entre el día 11 de septiembre de 2012 al 22 de noviembre de 2012.

² Folio 27 Cuaderno Principal.

³ Folios 29-30 Cuaderno Principal.

⁴ Folio 41 Cuaderno Principal.

⁵ Folios 84-86 Cuaderno Principal.

⁶ Folio 88 Cuaderno Principal.

⁷ Folios 90-92 Cuaderno Principal.

EXPEDIENTE: 190013333004 2016 00164 00
DEMANDANTE: ALFONSO CARDONA OLARTE
DEMANDADO: DEPARTAMENTO DEL CAUCA
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Frente a los perjuicios causados a los demandante indicó que este se vio afectado en su nombre y honra, ya que no pudo pagar unas acreencias y luego los intereses de esos dineros.

Finalmente sostiene que la entidad demandada no logró probar las excepciones propuestas, en cambio, se certificó por parte de la rectora de la Institución Educativa el tiempo laborado por el demandante, en consecuencia solicita que se declaren probadas las pretensiones de la demanda.

4.2. De la parte demandada

Guardó silencio en esta etapa del proceso.

5. Concepto del Ministerio Público

No rindió concepto en el presente asunto.

II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Presupuestos procesales

1.1. Caducidad, procedibilidad del medio de control y competencia

En relación a la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en el caso concreto, se aplica el literal d) del numeral 1º del artículo 164 del CPACA, por lo que no opera el fenómeno de la caducidad.

De otro lado, teniendo en cuenta la naturaleza del medio de control, la cuantía y el último lugar en donde prestó sus servicios la demandante, según se desprende de los documentos anexos, este Juzgado es competente para conocer del presente asunto en primera instancia conforme lo prevé el numeral 2º del artículo 155 y numeral 3º del artículo 156 de la Ley 1437 de 2011.

2. El problema jurídico

Le corresponde al Juzgado establecer si hay lugar a declarar que entre el señor ALFONSO CARDONA OLARTE y el DEPARTAMENTO DEL CAUCA existió una relación laboral desde el 11 de septiembre al 22 de noviembre de 2012 y en consecuencia al pago de los salarios, prestaciones y perjuicios solicitados en la demanda, o si por el contrario, prosperan las excepciones formuladas por la entidad demandada.

3. Lo probado en el proceso

De conformidad con el litigio fijado durante el trámite de la audiencia inicial y de las pruebas obrantes en el expediente, fue posible probar lo siguiente:

De la reclamación del reconocimiento de un contrato realidad

- Petición radicada ante la Secretaría de Educación del Departamento del Cauca el 13 de diciembre de 2012, en la que el actor solicita la actualización de pagos de acuerdo al tiempo laborado entre el 11 de septiembre y el 22 de noviembre de 2012, y que adicionalmente se registró su reemplazo en provisionalidad hasta el 8 de noviembre de 2012 (fl. 8).

De los servicios prestados por la actora al DEPARTAMENTO DEL CAUCA

- Certificación expedida el 22 de noviembre de 2012 por la Rectora de la Institución Educativa Madre Caridad Brader de Rosas, Cauca en la que consta que el señor ALFONSO CARDONA OLARTE, laboró normalmente desde el 11 de septiembre de 2012 hasta el 22 de noviembre de 2012 en la Institución Educativa en mención (fl. 7).
- Resolución No. 06797 del 11 de septiembre de 2012, por medio de la cual, el Secretario de Educación del Departamento del Cauca, concedió 30 días de licencia por enfermedad general, a partir del 25 de agosto de 2012 hasta el 23 de septiembre de 2012, al señor RODRIGO ALFREDO ERAZO SANCHEZ y se nombró en provisionalidad temporal como docente del área secundaria ciencias sociales, hasta el 23 de septiembre de 2012, al señor ALFONSO CARDONA OLARTE, en la Institución Educativa Madre Caridad Brader en el municipio de Rosas, Cauca, en reemplazo del señor RODRIGO ALFREDO ERAZO; cargo del cual tomó posesión el 11 de septiembre de 2012 (fl. 2-4).
- Resolución No. 08234 del 23 de octubre de 2012, por medio de la cual, el Secretario de Educación del Departamento del Cauca concedió prórroga de 30 días de licencia por enfermedad general, a partir del 24 de septiembre de 2012 y hasta el 23 de octubre de 2012 al señor RODRIGO ALFREDO ERAZO, en consecuencia, se prorrogó el nombramiento en provisionalidad temporal hasta el 23 de octubre de 2012, al señor ALFONSO CARDONA OLARTE (fl. 5-6).

4. El régimen de vinculación de los docentes oficiales

Con la entrada en vigencia de la Ley 43 de 1975, se nacionalizó la educación primaria y secundaria que oficialmente venían prestando los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los Municipios, las Intendencias y Comisarias y se definió como un servicio público a cargo de la Nación.

Por medio del Decreto 2277/79 se expidieron normas sobre el ejercicio de la profesión docente y se adoptó el *"Régimen Especial para regular las condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de las personas que desempeñan la profesión docente en los distintos niveles y modalidades que integran el Sistema Educativo Nacional, excepto el nivel superior que se regirá por normas especiales"* (art. 1º).

La Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En el artículo 1º definió los siguientes términos:

"Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.

Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1º de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.

Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1º de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975".

Por su parte, la Constitución Política en el artículo 122 refiere que: "No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva plante y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. (Inc. 1º)..."

El Art. 125. Hace referencia a "los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. (...)."

La Ley 60 de 1993 sobre el tema en lo relevante en su art. 6º contempla normas de personal. Determina la clase de disposiciones que regulan las plantas de personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales. Prohíbe la vinculación de docentes y administrativos sin el lleno de los requisitos docentes y de carrera y por fuera de las plantas de personal. Determina que el nombramiento o vinculación que no llene requisitos se reputa ilegal y constituye causal de mala conducta fuera de las demás responsabilidades.

La Ley 115 de 1994, Ley General de Educación, que regló parcialmente la materia en estudio; consagró una vocación de permanencia de los docentes contratistas, al prever un término para su incorporación gradual en la planta de personal, ordenando la contratación indefinida. Esta norma terminó por desnaturalizar el supuesto contrato de prestación de servicios, previsto en el parágrafo primero, artículo 6º de la Ley 60 de 1993. El art. 105 manda:

"Art. 105 Vinculación al servicio educativo estatal. La vinculación de personal docente, directivo y administrativo al servicio público educativo estatal, solo podrá efectuarse mediante nombramiento hecho por decreto y dentro de la planta de personal aprobada por la respectiva entidad territorial.

Únicamente podrán ser nombrados como educadores o funcionarios administrativos de la educación estatal, dentro de la planta de personal, quienes previo concurso, hayan sido seleccionados y acrediten los requisitos legales.

Los concursos para nombramientos de nuevos docentes serán convocados por los departamentos o distritos; los educadores podrán inscribirse en la entidad territorial convocante y como resultado del proceso saldrá una lista de elegibles, la cual corresponderá al número de plazas o cupos para proveer en cada municipio. El Ministerio de Educación Nacional, por intermedio del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior, ICFES, establecerá un sistema para celebrar los concursos, de tal manera que se asegure la total imparcialidad.

PARAGRAFO PRIMERO. Al personal actualmente vinculado se le respetará la estabilidad laboral y en el caso de bachilleres no escalafonados, tendrán derechos a incorporarse al Escalafón Nacional Docente siempre y cuando llenen los requisitos respectivos, en un plazo no mayor de dos (2) años. Si transcurrido este plazo no se han escalafonado, serán desvinculados del servicio educativo, salvo los bachilleres que se encuentren prestando sus servicios docentes en zonas de difícil acceso y en proceso de profesionalización comprobado, en cuyo caso contarán con dos años adicionales para tal efecto.

PARAGRAFO SEGUNDO. Los educadores de los servicios educativos estatales tienen el carácter de servidores públicos de régimen especial."

Sobre los requisitos establecidos en el Decreto No. 2277 de 1979, para el ingreso a la carrera docente, en concepto del 17 de septiembre de 2004, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en respuesta a consulta elevada por el Ministro de Educación Nacional, expuso lo siguiente⁶:

"De esta manera, es preciso destacar varios puntos determinantes a la hora de resolver la Consulta: (i) el decreto 2277 estableció un régimen especial para regular las condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de las personas que desempeñan la profesión docente; (ii) para ingresar a la carrera docente y gozar de los derechos y garantías de ella - primordialmente de la estabilidad y permanencia en el empleo - , solamente debían acreditarse las tres exigencias señaladas: inscripción en el escalafón, nombramiento en propiedad y posesión (en el sistema de contratación este paso no tiene aplicación); (iii) por tanto el sistema de selección mediante concurso fue ajeno en un principio a la carrera docente; (iv) el tipo de nombramiento que procedía era en propiedad y era parcialmente discrecional acreditando el escalafonamiento; en la carrera docente no existía el nombramiento en provisionalidad (el que como se sabe, en la carrera general se estableció para proveer transitoriamente empleos vacantes de carrera contemplados en las plantas, con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito); (v) entre las exigencias para ser docente se preveía alternativamente ser perito o experto en educación, Técnico o Tecnólogo en Educación con especialización en este nivel, Bachiller Pedagógico, Licenciado en Ciencias de la Educación con especialización o con postgrado en este nivel, personal escalafonado, o experiencia docente. Por tanto, para

⁶ CP. Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce. Diecisiete (17) de septiembre de dos mil cuatro (2004). Radicación número: 1603.

ingresar al servicio educativo estatal no se requería necesariamente poseer título de licenciado o de profesional expedido por una institución de educación superior debidamente reconocida por el Estado o título de normalista superior; (vi) para estar en carrera docente era menester desempeñar un cargo'. (...)". (Se destaca)

La ley 715 de 2001, "Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros", regularizó la situación de los docentes contratados ordenando su vinculación provisional a las plantas de personal mediante un mecanismo de transición, con efectos hasta tanto se provean por concurso los respectivos cargos.

Se establece el nombramiento provisional para proveer transitoriamente empleos docentes, con personal que reúna los requisitos del cargo, en los siguiente casos: "a) En vacantes de docentes cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal, el nombramiento provisional será por el tiempo que dure la respectiva situación administrativa; b) En vacantes definitivas, el nombramiento provisional será hasta cuando se provea el cargo en período de prueba o en propiedad, de acuerdo con el listado de elegibles producto del concurso". Es pues sólo hasta este momento que se establece la provisionalidad en la carrera docente en términos similares, más no idénticos, a los de la carrera administrativa general.

5. El contrato realidad y el funcionario 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.

En sentencia C – 555 del 6 de diciembre de 1994, se estableció que las funciones docentes no se pueden adelantar mediante contratos de prestación de servicios, en cuanto dichas actividades presuponen la subordinación o dependencia propias de la relación laboral. Lo anterior, lo corrobora, el hecho de que la labor docente consagrada en el artículo 104 de la Ley General de Educación (115 de 1994) prevé que: "El educador es el orientador en los establecimientos educativos, de un proceso de formación, enseñanza y aprendizaje de los educandos ..."; de tal suerte que la labor docente no es independiente, sino que corresponde a un servicio que se presta en forma personal y de manera subordinada conforme a los lineamientos requeridos por las autoridades educativas de todos los niveles, así que no es posible disfrazar mediante contratos de prestación de servicios este tipo de labores.

De ahí que deba arribarse a la conclusión, que la existencia de la relación laboral con los docentes contratistas se presume, no obstante, el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, no tiene el alcance de excusar con la mera prestación efectiva de trabajo, la omisión del cumplimiento de los requisitos

constitucionales y legales previstos para acceder a la función pública que, en la modalidad estatutaria, son el nombramiento y la posesión, los que a su vez presuponen la existencia de un determinado régimen legal y reglamentario, una planta de personal y de la correspondiente disponibilidad presupuestal, por tal motivo quien ha prestado sus servicios encubierto bajo la figura del contrato realidad, no consigue por este motivo el status de empleado público.

Por lo tanto, 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.

Según el tratadista Enrique Sayagués Laso se denomina habitualmente funcionario de hecho a la persona que sin título o con título irregular, ejerce funciones públicas como si fuese verdadero funcionario.⁹

Estas situaciones, sostiene el doctrinante, pueden originarse de muy distintas maneras. Procurando sistematizar las diversas hipótesis, cabe distinguir dos series de casos:

- a) *En los periodos de normalidad institucional pueden surgir funcionarios de hecho. Se de esta situación cuando media título que habilita para el ejercicio de la función pública pero por causas anteriores o supervivientes resulta invalido 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 públicas¹⁰.

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

⁹ SAYAGUES LASO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I, Cuarta Edición, Montevideo 1974, paginas 300 a 302.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE, Exp. 0190-2004 del 12 de mayo de 2005.

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 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.

6. El caso concreto

En el presente caso se tiene establecido que el señor ALFONSO CARDONA OLARTE, mediante Resolución No. 06797 del 11 de septiembre de 2012, fue nombrado por el Secretario de Educación del Departamento del Cauca en provisionalidad temporal como docente del Área de Básica Secundaria Ciencias Sociales, hasta el 23 de septiembre de 2012, en la Institución Educativa Madre Caridad Brader en el municipio de Rosas, Cauca, en reemplazo del señor RODRIGO ALFREDO ERAZO SANCHEZ, a quien se le concedió una licencia por enfermedad general desde el 25 de agosto hasta el 23 de septiembre de 2012. Cargo del cual tomó posesión el 11 de septiembre de 2012.

Luego, mediante Resolución No. 08234 del 23 de octubre de 2012, se prorrogó por 30 días la licencia por enfermedad general del señor RODRIGO ALFREDO ERAZO SANCHEZ y se prorrogó el nombramiento en provisionalidad temporal hasta el 23 de octubre de 2012 del señor ALFONSO CARDONA OLARTE.

Finalmente, no existe acto administrativo de prórroga del nombramiento, sin embargo, la rectora de la Institución Educativa Madre Caridad Brader de Rosas, Cauca, certificó que el docente ALFONSO CARDONA OLARTE, laboró normalmente desde el 11 de septiembre de 2012 hasta el 22 de noviembre de 2012, en la Institución Educativa en mención.

En el sub lite, el actor pretende que se reconozca su relación laboral con el DEPARTAMENTO DEL CAUCA; en virtud de ello, se le cancelen las prestaciones sociales causadas en el tiempo que estuvo vinculado, argumentando que prestó sus servicios personalmente y en permanente subordinación.

El despacho considera que, con base en las pruebas antes citadas, ciertamente, el señor ALFONSO CARDONA OLARTE, prestó sus servicios personales para la Secretaría de Educación del Departamento del Cauca, a pesar de que no se encuentra acreditado en el tercer periodo de prórroga ningún vínculo legal y reglamentario como si sucedió con los dos primeros periodos comprendidos entre el 11 de septiembre al 23 de septiembre de 2012 y desde el 24 de septiembre hasta el 23 de octubre de 2012, tal como lo certificó la Rectora de la Institución Educativa Madre Caridad Brader de Rosas, Cauca, donde aparece un tercer periodo comprendido entre el 24 de octubre hasta el 22 de noviembre de 2012.

Así mismo da credibilidad de ello el señor RODRIGO ALFREDO ERAZO SANCHEZ en la audiencia de pruebas llevada a cabo el día 23 de abril de 2019, en la que declaró:

"PREGUNTADO: ¿Indique el motivo de su declaración? CONTESTO: En el 2012 en el mes de septiembre, octubre y noviembre, dado mi estado de

salud presenté una incapacidad médica y el compañero hizo incapacidad. Hablo del profe MARCOS, ALFONSO corrijo. Yo sufrí un accidente en el 2012, perdón en el 2010, el 23 de febrero de 2010, ese accidente fue bastante grave, dado eso tuve varias incapacidades y una de esas incapacidades fue la que el profesor ALFONSO me hizo que fue entre el mes de septiembre y noviembre del año 2012. Esas incapacidades están allí en el expediente y otra se está constatando que él hizo mi reemplazo la hermana rectora OLIVA RENGIFO y ella le está dando la certificación de que hizo la incapacidad en la Institución Educativa Madre Caridad Brader del municipio de Rosas, Cauca. PREGUNTADO: ¿Usted sabe si se profirió un acto administrativo para designar al profesor? CONTESTO: Si, hay un acto administrativo, eso es una incapacidad de un mes y precisamente las otras no salieron y precisamente por eso es que está reclamando el profe que le da la hermana rectora de que él si laboró en la institución. Se expidió una resolución de incapacidad, la primera la de un mes, no sé porque no se expidieron las demás, yo si entregué las incapacidades y las radiqué en la Secretaría de Educación."

En ese sentido, conviene aclarar que, nuestra Constitución Política, en su artículo 122, prescribe como regla general de la función pública, que "no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente"; seguidamente, en el artículo 125 ibídem, se dice que "los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley..."; es decir, la vinculación a la administración para el ejercicio de la función pública puede ser de diferentes clases de acuerdo al ordenamiento jurídico y según las especificidades propias de las circunstancias, las cuales desde el punto de vista ordinario son: legal y reglamentaria (empleado público) y laboral contractual (trabajador oficial).

Así las cosas, el vínculo legal y reglamentario y contrato de trabajo, obedecen a una relación de naturaleza laboral, por cuanto en ellos se presenta (i) la subordinación al empleador, (ii) la prestación personal del servicio y (iii) el pago de una remuneración. En consecuencia, cuando una persona alega tener un vínculo con el Estado, por prestar sus servicios personalmente y bajo subordinación, lo razonable es concluir que se trata de alguna de esas dos calidades.

Además, existen casos excepcionales en que se vinculan a contratistas a la administración para la prestación de sus servicios (relación contractual estatal), por razones de su especialidad, la cual debe ser distinta a la misión de la entidad.

Sin embargo, muchas veces ocurre en la realidad que una persona presta sus servicios de manera personal y subordinada a la administración, pero no precisamente mediante las formas de vinculación previstas en la ley, lo que no puede conllevar a que por esa orfandad legal se desconozcan los derechos de talante constitucional de la misma, por lo cual se le debe reconocer la calidad de empleado de hecho o de facto.

En el presente caso se dieron los presupuestos de nombramiento y su correspondiente posesión, sin embargo, en un tercer momento, el señor ALFONSO CARDONA OLARTE continuó en el mismo cargo como docente del área de básica secundaria Ciencias Sociales hasta el 22 de noviembre de 2012, según lo certificó la rectora de la Institución Educativa Madre Caridad Brader de Rosas, Cauca.

Para el despacho se encuentra acreditada la existencia de un funcionario de hecho, puesto que se cumple con el requisito que exige que cuando una persona ejerce funciones públicas en un cargo que esté creado, con anuencia de las autoridades encargadas de controlar, permitir o impedir este tipo de situación, ello en aras de garantizar los derechos laborales de quienes se encuentran en situaciones de esa naturaleza, haciendo prevalecer el principio de la realidad sobre las formas.

En ese orden de ideas, se advierte que, ninguna entidad pública puede beneficiarse del trabajo y subordinado de una persona, por el solo hecho de estar vinculada sin los requisitos establecidos por las formas jurídicas indispensables para ello, esto es mediante una relación legal y reglamentaria (empleado público) o laboral contractual (trabajador oficial), pues la persona en esa condición la reviste la condición de trabajador atípico o irregular (funcionario de hecho); y que como todo trabajador, debe contar con la protección del Estado, pues la clasificación que limita los empleados oficiales tan solo constituye una distinción formal que no abarca la realidad que se presenta en la sociedad.

Hechas las anteriores precisiones, en el sub examine, es claro que el actor en su último periodo -24 de octubre a 22 de noviembre de 2012- no prestó sus servicios al Departamento del Cauca mediante una vinculación legal y reglamentaria, ni como trabajador oficial o, incluso, ni como contratista; sin embargo, ello no supone per se que no sea posible que la prestación de sus servicios haya sido bajo subordinación jerárquica y a favor de la administración, lo cual la distinguiría como empleado de hecho; por tanto, el carecer de un vínculo legal, no la proscribire de los efectos jurídicos derivados de esa realidad, esto es, el derecho a que se le reconozcan y paguen los salarios y prestaciones sociales causadas.

En este asunto se insiste el servidor venía desempeñando las labores docente prevalido de una condición legal y reglamentaria, esto es reemplazo del titular que disfrutaba de una licencia por enfermedad, labores docente que al decir la corte constitucional son funciones eminentemente subordinadas, por tanto el actor le era dable ejercer las labores en la institución educativa sin la anuencia y conocimiento en este caso de la rectora y por tanto considera el despacho que ha de restablecerse su derecho.

Ahora bien, en materia de derechos laborales de los empleados públicos, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968¹¹ y 102 del Decreto 1848 de 1969¹²

¹¹ «Artículo 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.»

¹² «Artículo 102. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

(reglamentario del primero), regulan que las acciones que emanen de los derechos consagrados en dichas normas prescriben en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El Juzgado trae a colación la sentencia de unificación del Consejo de Estado que refiere al reconocimiento de la existencia de la relación laboral y las reglas respecto a la prescripción extintiva de los derechos salariales y prestacionales en sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de agosto de 2016, que si bien es cierto no es la tesis que se aplica para la resolución del presente asunto, considera el despacho que se puede transpolar, al caso puesto a consideración habida cuenta que en efecto se aplica el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas.

La sentencia en cuestión estipuló:¹³:

- El término para exigir el reconocimiento de una relación laboral con el Estado es de tres años, contados a partir de la terminación del vínculo contractual, y que pasado dicho tiempo se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella.

Ahora, si bien es cierto que ha ocurrido el fenómeno prescriptivo para el pago de haberes laborales, la sentencia de unificación del Consejo de Estado que se ha citado en precedencia, señaló que el juez administrativo debe aún de oficio, estudiar en todos los casos en los que proceda el reconocimiento de la relación laboral o contrato realidad, lo concerniente a las cotizaciones adeudadas por la administración al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, precisando que la administración se encuentra en la obligación de determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía al empleador.

De conformidad con los razonamientos precedentes, considera el Despacho que al señor ALFONSO CARDONA OLARTE, le prescribió el derecho a reclamar los emolumentos deprecados como servidor de hecho, como son la asignación básica o sueldo, las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones y demás primas y emolumentos que en calidad docente hubiere devengado, en tanto el periodo en el que prestó los servicios a la Secretaría del Departamento del Cauca fue entre el 11 de septiembre y el 22 de noviembre de 2012.

La petición de reconocimiento de dicho periodo fue radicada el 13 de diciembre de 2012 (fl. 8) y la demanda el 19 de mayo de 2016 (fl. 27), por lo que se encontraban más que prescritos.

Frente a la sanción moratoria no puede reconocerse dado que lo accesorio le sigue la suerte de lo principal.

En cuanto los perjuicios que reclama la parte actora, el lucro cesante en el que solicita los emolumentos dejados de percibir, como se mencionó anteriormente,

El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de Unificación Jurisprudencial CI-SUJ2-05 del 25 de agosto de 2016, Consejero Ponente Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, Radicación 23001-23-33 000-2013-00260 01 (0088-2015).

dichos derechos se encuentran prescritos, por lo que se negará este pedimento, con lo que no es procedente el lucro cesante futuro que reclama en tanto el mismo hace referencia a la indexación de los valores que se llegaren a reconocer en la sentencia.

Sobre los perjuicios materiales de daño emergente y el inmaterial de daño moral, la parte demandante no acreditó su causación y en ese aspecto el expediente carece de pruebas por lo que no es posible acceder a este pedimento.

Finalmente, el apoderado de la parte demandante solicita dentro del pago de los salarios dejados de percibir, las sumas que corresponden al excedente en favor del señor ALFONSO CARDONA OLARTE, en razón a que se efectuaron unos descuentos en los pagos efectuados durante el periodo que realizó el reemplazo en provisionalidad temporal, sin embargo, en el expediente no obra prueba de las colillas de pago realizados al señor CARDONA OLARTE, que permita al despacho realizar y esto todo caso como ya se dijo todo derecho laboral que se haya causado en el susodicho periodo se encuentra prescrito.

Por lo tanto, la parte demandante debe asumir la responsabilidad de la carga de la prueba que se encuentra consagrado en el artículo 167 del CGP según el cual, incumbe a las parte probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Según ese principio, es a la parte quien tiene la carga de aportar al proceso las pruebas de sus alegaciones y de las normas que establecen los efectos perseguidos, y, por lo tanto, es a esa parte a quien le corresponde **sufrir las consecuencias de su propia inactividad**¹⁴.

Así lo ha entendido doctrinalmente HERNAN FABIO LOPEZ BLANCO¹⁵, quien al respecto manifiesta:

“El concepto de carga de la prueba es central para entender el porqué de ciertas decisiones judiciales, pues en aquellos eventos donde la ausencia de pruebas se presenta, no puede el juez abstenerse de decidir y es así como se impone un fallo contra de quien tenía radicada la carga de la prueba”.

Por lo anterior, el deber de probar los hechos de la demanda es una labor que debe asumirse con responsabilidad por la parte interesada en el despacho de sus pretensiones, so pena que el Juez, al no encontrar probados los hechos, llegue a una conclusión obligatoria: negar las pretensiones de la demanda.

Ahora bien, en el aspecto concerniente a las cotizaciones adeudadas por la administración al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, precisando que la administración se encuentra en la obligación de determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión sólo en el porcentaje que le correspondía al empleador.

¹⁴ NISIMBLAT, Nattan. Derecho Probatorio. *Introducción a los medios de prueba en el Código General del Proceso*. Ed. Doctrina y Ley LTDA. 2013.

¹⁵ LOPEZ BLANCO, Hernán. *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*. Tomo III Pruebas. Dupre Editores LTDA. 2011.

En el presente caso no existe prueba de que el señor ALFONSO CARDONA OLARTE o el demandado, hubieran realizado aportes a la seguridad social durante los periodos en los que se efectuó el reemplazo en provisionalidad temporal desde el 11 de septiembre hasta el 22 de noviembre de 2012.

En consecuencia el DEPARTAMENTO DEL CAUCA, a título de restablecimiento del derecho, deberá tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional, que para el efecto y según la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016¹⁶, el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir, corresponderá a la tabla salarial vigente para docentes y directivos docentes según el acto administrativo de nombramiento del demandante, dentro de los periodos laborados y que fue certificado por la rectora de la Institución Educativa MADRE CARIDAD BRADER del municipio de Rosas, Cauca, mes a mes, y pagará a la entidad aseguradora a la cual se encuentre o se haya encontrado afiliado el señor ALFONSO CARDONA OLARTE, el valor que como empleador le correspondía, los cuales debieron efectuarse y /o trasladarse. Se aclara que le corresponde cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, sólo en el porcentaje que le correspondía como empleador. A su turno al señor ALFONSO CARDONA OLARTE, le corresponde efectuar los aportes que como empleado debía efectuar.

6. Costas

Según el artículo 188 del CPACA se condenará en costas a la parte vencida en concordancia con los artículos 365 y 366 del CGP.

El Juzgado no condenará en costas en los términos del numeral 5 del art. 365 del C.G.P., debido a que la demanda prosperó parcialmente por haberse declarado la prescripción de parte de los valores adeudados.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO.- Declarar la nulidad del acto ficto negativo derivado del silencio administrativo en que incurrió el DEPARTAMENTO DEL CAUCA, al no dar contestación a la petición remitida por el señor ALFONSO CARDONA OLARTE y

¹⁶ Para el efecto y según la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016, el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir, corresponderá a los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios.

recibida en la entidad territorial el 13 de diciembre de 2012, por cuanto negó el reconocimiento de la existencia de una relación laboral.

SEGUNDO.- En consecuencia se declarara la existencia de una relación de hecho entre el señor ALFONSO CARDONA OLARTE identificado con la C.C. No. 10.482.550 y el DEPARTAMENTO DEL CAUCA por los siguientes periodos:

Del 24 de octubre de 2012 al 22 de noviembre de 2012.

TERCERO.- Declarar la prescripción extintiva del derecho del demandante al pago de los emolumentos deprecados derivados del reconocimiento de la relación laboral, como son las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas y demás emolumentos que como docente hubiere podido percibir, EXCEPTO frente a las cotizaciones a pensión, por tratarse de una prestación imprescriptible.

CUARTO.- Condenar al DEPARTAMENTO DEL CAUCA a título de restablecimiento del derecho, a tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional¹⁷ que para el efecto y según la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016¹⁸, el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir, corresponderá a la tabla salarial vigente para docentes y directivos docentes según el acto administrativo de nombramiento del demandante, dentro de los periodos laborados y que fue certificado por la rectora de la Institución Educativa MADRE CARIDAD BRADER del municipio de Rosas, Cauca, mes a mes, y pagará a la entidad aseguradora a la cual se encuentre o se haya encontrado afiliado el señor ALFONSO CARDONA OLARTE, el valor que como empleador le correspondía, los cuales debieron efectuarse y /o trasladarse. Se aclara que le corresponde cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, sólo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

QUINTO.- El señor ALFONSO CARDONA OLARTE deberá acreditar las cotizaciones que realizó al Sistema General de Seguridad Social en pensiones durante el tiempo que duraron los referidos vínculos contractuales, 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.

SEXTO.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO.- EL DEPARTAMENTO DEL CAUCA dará cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el inciso final del artículo 187 y artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

OCTAVO.- Una vez ejecutoriada esta providencia, envíese copia a la entidad demandada.

NOVENO.- Sin costas, por las razones expuestas.

¹⁷ Para el efecto y según la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016, el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir, corresponderá a los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios.

¹⁸ Para el efecto y según la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016, el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir, corresponderá a los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios.

EXPEDIENTE:
DEMANDANTE:
DEMANDADO:
MEDIO DE CONTROL:

190013333004 2016 00164 00
ALFONSO CARDONA OLARTE
DEPARTAMENTO DEL CAUCA
NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DÉCIMO.- Una vez liquidados por Secretaría, devuélvase a la parte actora el excedente de gastos ordinarios del proceso.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

La Juez,


MARIA CLAUDIA VARONA ORTIZ