



**JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
SINCELEJO (Sucre)
adm07sinc@cendoj.ramajudicial.gov.co
SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Sincelejo (Sucre), noviembre ocho (8) de dos mil veintiuno (2021)

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN:	No. 70-001-33-33- 006-2015-00262-00
DEMANDANTE:	NELSON ARTURO CARDENAS VARGAS abogados&asociadossince@hotmail.com
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE SINCÉ (SUCRE) alcaldia@since-sucre.gov.co
TEMA:	CONTRATO REALIDAD – CELADOR

Constancia de Redistribución de procesos.

El Consejo Seccional de la Judicatura de Sucre, por medio del Acuerdo CSJSUA20-64 del 11 de noviembre de 2020, ordenó la redistribución de cuarenta y siete (47) procesos en estado de fallo, para dictar sentencia, del Juzgado 6º Administrativo del Circuito de Sincelejo al Juzgado 7º Administrativo del Circuito del mismo Distrito, entre los cuales se encuentra relacionado el proceso de la referencia.

La entrega de estos procesos se produjo de manera efectiva el día 7 de diciembre de 2020, según consta en Acta que al efecto se levantó en la misma fecha.

Con base en lo anterior, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Sincelejo (Sucre), dicta la siguiente sentencia.

I. ASUNTO A DECIDIR

Agotado el trámite procesal ordinario previsto en la Ley 1437 de 2011, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia en primera instancia, dentro del proceso promovido por el señor NELSON ARTURO CARDENAS VARGAS contra el MUNICIPIO DE SINCÉ (Sucre).

II. ANTECEDENTES.

1. la demanda.

El señor NELSON ARTURO CARDENAS VARGAS, por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO previsto en el artículo 138 del CPACA, presentó demanda en contra del MUNICIPIO DE SINCÉ (Sucre) con el objeto de obtener la declaración de nulidad del acto administrativo recibido el 21 de agosto de 2015, con el que la Alcaldía del municipio demandado da respuesta al derecho de petición de 8 de julio de 2015, y negó al demandante el reconocimiento y pago de derechos laborales, a los que estima tiene derecho por haber laborado, sin solución de continuidad, en el cargo de celador y/o vigilante nocturno de las instalaciones de la CASA DE LA CULTURA del municipio de Sincé (Sucre), desde el 1º de enero de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2013, en horario de trabajo de 6:00 p.m. a 6:00 a.m., de lunes a domingo, incluyendo días festivos.

A título de restablecimiento del derecho, peticiona se reconozca su calidad de empleado oficial de hecho de la administración municipal de Sincé (Sucre) y se ordene el reconocimiento y pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, al igual que reajustes salariales, indemnización por vestidos y calzados de labor, dominicales, festivos, aportes a pensión, salud, subsidio de transporte, riesgos profesionales, horas extras nocturnas y recargos nocturnos, indemnización por el no pago oportuno de sus prestaciones sociales, despido injusto, indemnización moratoria por la consignación de las Cesantías artículo 2º de la ley 244 de 1995 y la indemnización moratoria por el no pago de prestaciones sociales del decreto 797 de 1949; y, se ordene a la demandada reconocer y pagar la indexación y las costas del proceso.

Como fundamento de las pretensiones solicitadas con la presente demanda, se referencian, los siguientes hechos:

PRIMERO: mi poderdante señor NELSON ARTURO CARDENAS VARGAS, laboró al servicio de la ALCALDIA MUNICIPAL DE SINCE, SUCRE, mediante un contrato verbal de trabajo, sin solución de continuidad en el cargo de Celador en las instalaciones de la casa de la cultura de Sincé, Sucre, desde el 1 de enero de 2.013 hasta el 31 de diciembre de 2.013 en el horario de trabajo de 6:00 Pm a 6:00 Am. De lunes a domingo, incluyendo los días festivos.

SEGUNDO: Desde que mi poderdante NELSON ARTURO CARDENAS VARGAS, inició sus labores el día el 1 de enero de 2.013, devengó como salario la suma de (\$400.000) CUATROCIENTOS MIL PESOS MENSUALES, hasta el 31 de diciembre de 2.013, con el horario de trabajo antes descrito, de lunes a domingo, incluyendo los días festivos, adeudando el municipio de Sincé, Sucre, la diferencia de salarios del mínimo legal vigente para cada mes y año laborado por mi poderdante.

TERCERO: El municipio de Sincé, Sucre, fue el que siempre le canceló a mi patrocinado sus salarios, a través del director de la Casa de la Cultura de Sincé, el cual fue despedida sin justa causa y sin previo aviso, sin pagarle sus prestaciones sociales, tales como CESANTÍAS, INTERESES A LAS CESANTÍAS, PRIMA DE SERVICIOS, VACACIONES, REAJUSTES SALARIALES, INDEMNIZACIÓN POR VESTIDOS Y CALZADOS DE LABOR, DOMINICALES, FESTIVOS, HORAS EXTRAS NOCTURNAS Y RECARGOS NOCTURNOS, APORTES A PENSIÓN, SALUD Y RIESGOS PROFESIONALES, INDEMNIASACIÓN POR EL NO PAGO OPORTUNO DE SUS PRESTACIONES SOCIALES, DESPIDO INJUSTO, SUBSIDIO DE TRANSPORTE, durante todo el tiempo laborado que fue desde el 1 de enero de 2013 hasta el 31 de Diciembre de 2013.

CUARTO: el día 31 de diciembre de 2013 la ALCALDIA MUNICIPAL DE SINCE, SUCRE, dio por terminada la relación laboral a mi mandante, de manera unilateral, sin previo aviso y sin causa que lo justificara, adeudando lo descrito en el hecho anterior, por lo que mi poderdante NELSON ARTURO CARDENAS VARGAS instauró a través de apoderado derecho de petición el día 8 de julio de 2015, para que se le reconociera y pagara sus prestaciones sociales y demás emolumentos laborales a los que tiene derecho y la entidad demandada da respuesta, mediante oficio de fecha 28 de agosto de 2015, en donde manifiesta que en los archivos del municipio de Sincé, Sucre, no se ha encontrado ningún documento que evidencie que entre el señor NELSON ARTURO CARDENAS VARGAS y el municipio de Sincé, Sucre, haya existido algún vínculo laboral.

Normas violadas y concepto de violación.

El apoderado demandante considera que el acto administrativo acusado es violatorio de las siguientes disposiciones:

Arts. 2, 6, 13, 25, 53, 123, 125 de la C.N; Art. 32 de la Ley 80 de 1993; el Estatuto de los Empleados Públicos, que sería como una compilación de los decretos 2400 y 3074 de 1.968, sus reglamentarios 1950 de 1.973 y 583 de 1.984, el decreto 3135 de 1.968, su reglamentario 1848 de 1.969, el decreto 1045 de 1.978, la ley 13 de 1.984 y su decreto reglamentario 482 de 1.985, Ley 909 de 2.004 y su decreto reglamentario 1227 de 2.005; Ley 244 de 1995; Arts 138, 152, 162 de la Ley 1437 de 2011.

Para desarrollar el concepto de violación a la norma, el apoderado accionante afirma que los empleados públicos tienen derecho a exigir del Estado que su vinculación laboral se haga con plena observancia de las normas que regulan

la Función Pública, pues de lo contrario se generan irregularidades y desviaciones de poder.

Agrega que durante todo el tiempo que el señor NELSON ARTURO CARDENAS VARGAS estuvo laborando como **“aseadora y servicios generales”**¹ en las instalaciones de **la alcaldía municipal de Sincé**, para la entidad demandada, fue vinculado mediante la modalidad de contrato verbal de trabajo, figura utilizada por la entidad para poder contratar al personal y cancelar los salarios, pero en la práctica adquieren la calidad de funcionarios de hecho de la administración en la modalidad de trabajador oficial, por cuanto cumple con funciones que son propias de los empleados públicos y reciben órdenes tanto del nominador de la entidad como de los funcionarios de alto nivel.

Ahora bien, el cargo objeto de este proceso, ejercido por la demandante, es de naturaleza de carrera administrativa, es decir su vinculación debió hacerse mediante un acto administrativo o resolución de nombramiento, y por lo tanto, tenía derecho a permanecer en el servicio, habiendo cumplido con lealtad, eficiencia y honestidad sus deberes en el cargo, y no debió ser desvinculado sino por las razones jurídicas establecidas en la ley.

Igualmente, formula el cargo de Falsa motivación, afirmando que los sustentos jurídicos utilizados por la demandada, si bien jurídicamente son acertados, en este caso no son aplicables.

Por todo lo anterior, peticiona se despachen favorablemente las pretensiones de la demanda.

2. Contestación.

El conocimiento de este asunto le correspondió al Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de esta capital, el que, por auto de fecha 23 de junio de 2016 dispuso la admisión de la demanda² y una vez notificado a la entidad demandada, MUNICIPIO DE SINCÉ (Sucre), la misma concurrió representada por apoderado judicial a dar respuesta al libelo demandatorio oponiéndose a las pretensiones de la demanda y afirmando que no le constan los hechos de la demanda, en tanto reclama su probanza.³

¹ Textual en la demanda. Fl. 5

² Fl. 28 del expediente físico

³ Fl. 38-41 expediente físico

Como defensa expuso que el demandante pretende acreditarse como “funcionario de hecho” y para que ello se configure, es requisito esencial la existencia del empleo, lo que significa que supuesto empleo, ejecutado a través de una supuesta vinculación irregular, debe estar en la planta de cargos de la entidad.

En el presente asunto, afirma el apoderado de la defensa, durante el tiempo en que el demandante manifiesta haber laborado mediante un contrato verbal de trabajo en el cargo de CELADOR, durante el año 2013, ni aún a la fecha de contestación de la demanda, en la planta de personal del MUNICIPIO DE SINCÉ (Sucre) no existió, ni existe, el empleo denominado CELADOR, y mucho menos que desempeñe sus funciones en la CASA DE LA CULTURA.

Agrega que tampoco existe el empleo de DIRECTOR de la Casa de la Cultura, con lo que queda desvirtuado que el municipio le haya pagado salarios al demandante a través del Director de la Casa de la Cultura.

3. Audiencia Inicial

La audiencia inicial que contempla el art. 180 de la Ley 1437 de 2011 se llevó a cabo el día 5 de diciembre de 2017; y, en la misma se adoptaron las decisiones correspondientes a saneamiento de la actuación, se cumplió con la fijación del litigio, se declaró fallida la etapa de conciliación y se pronunció el decreto de pruebas.⁴

4. Alegatos.

Concluido el debate probatorio, en la sesión final de audiencia de pruebas, el día 27 de marzo de 2019, se declaró precluido el periodo probatorio y se concedió a las partes el término de diez (10) días para que presentaran sus alegatos de conclusión de forma escrita y al representante del Ministerio Público para que conceptuara.

- Alegatos parte demandante.⁵

El apoderado actor, al alegar de conclusión, afirma que en este caso se busca la declaración de existencia de un contrato realidad, porque el señor NELSON

⁴ Fl. 187 a189 incluye CD

⁵ Fl. 256-258 expediente físico

ARTURO CARDENAS VARGAS prestó un servicio a la administración, a través de un contrato verbal de trabajo, ininterrumpidamente, desde el 1º de enero de 2013 hasta el 31 de diciembre del mismo año y fue despedido sin justa causa; agregó que esta es la modalidad empleada por las administraciones para evadir su responsabilidad laboral con los empleados, y estima que con la prueba testimonial está demostrado que el señor NELSON ARTURO sí laboró para la entidad demandada, por lo que reclama el despacho favorable de las pretensiones de la demanda.

Alegatos parte demandada.⁶

En la oportunidad procesal concedida para ello, la parte demandada alegó de conclusión reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, y peticionando la aplicación del precedente vertical y horizontal que ha resuelto asuntos similares en esta jurisdicción, y en especial la sentencia de fecha 24 de junio de 2016 dictada por el Tribunal Administrativo de Sucre y las dictadas por el Juzgado 4º Administrativo, el 31 de julio de 2018 y 19 de febrero de 2019.⁷

5. Ministerio público.

El representante del Ministerio Público delegado ante esta unidad judicial, no emitió concepto en este proceso.

6. Saneamiento de la actuación.

Al momento de proferir esta providencia, la suscrita Juez no evidencia la configuración u ocurrencia de causal de nulidad, impedimento o irregularidad, que le impida decidir el presente asunto.

7. Enfoque diferencial de género

En el plenario no se advierte ninguna situación que pueda ser atendida con enfoque diferencial de género.

⁶ Fl. 219 y ss expediente físico

⁷ Radicaciones 70-001-33-33-005-2014-00016-01, 70-001-33-33-004-2016-00065-00 y 70-001-33-33-004-2018-00220-00.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

El Juzgado es competente para conocer en primera instancia de la presente demanda, teniendo en cuenta que la cuantía de la misma no supera cincuenta (50) salarios mínimos mensuales legales vigentes, conforme lo establece el numeral 2° del artículo 155 del CPACA; y porque el lugar donde el demandante prestó su servicios fue el MUNICIPIO DE SINCE - Sucre, lo que se ajusta a lo previsto el numeral 3° del 156 *ibídem*.

2. Acto demandado.

Con la demanda se pretende la declaratoria de nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio S/N y sin fecha, recibido por el demandante el día 28 de agosto de 2015, por medio del cual se da respuesta al derecho de petición de 8 de julio de 2105 (Rad. Interno No. 1726), negando el reconocimiento de prestaciones sociales y demás emolumentos peticionados por el señor NELSON ARTURO CARDENAS VARGAS.

Contra esta decisión no se concedió la oportunidad de agotar recursos en sede administrativa, razón por la cual el demandante se encuentra habilitado para reclamar el control de legalidad que pide a través de este medio (Art. 161 numeral 2° inciso 2° CPACA).

3. Problema jurídico.

Acorde con lo advertido en la etapa de fijación del litigio como consta en el registro de la audiencia inicial llevada a cabo el 5 de diciembre de 2017⁸, el debate en el sub examine estriba en determinar:

- i) ¿Se configuraron los requisitos para que pueda afirmarse que el demandante se desempeñó como funcionario de hecho, o que entre el Municipio de Sincé y el demandante existió una relación laboral?
- ii) ¿Existió el cargo de celador y/o vigilante nocturno de la Casa de la Cultura del Municipio de Sincé para el año 2013?
- iii) ¿El demandante se desempeñó como celador y/o vigilante nocturno en la Casa de la Cultura del Municipio de Sincé?

⁸ FI 187-189 incluye CD

Adicionalmente, el Juzgado deberá establecer si es válido que la parte demandante introduzca elementos nuevos al debate judicial en el momento de presentar alegatos de conclusión, como en este caso, cuando varía las pretensiones de la demanda para reclamar la declaración de existencia de un contrato realidad entre las partes.

4. Tesis.

En este caso, el Juzgado anticipa que las pretensiones de la demanda no encontrarán prosperidad, dado que aparece demostrado en el plenario que entre el señor NELSON ARTURO CARDENAS VARGAS y el MUNICIPIO DE SINCE no existió ningún vínculo laboral o contractual del que pueda surgir la figura del funcionario de hecho, y tampoco se configura entre las partes el llamado contrato realidad.

5. Marco normativo

Del “funcionario de hecho”

En esta oportunidad, el Juzgado tendrá como marco jurisprudencial de referencia Sentencia reciente pronunciada por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado⁹, la que se cita en el aparte que es de interés para este proceso, así:

5.3.3 El empleo público. *La Constitución Política de 1991 reguló en su capítulo II, del título V (organización del Estado), aspectos relacionados con la función pública, del que se destacan los artículos 122, 123 y 125 en lo que atañen al empleo público, que entre otros aspectos, determinaron:*

Artículo 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

[...]

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

⁹ CONSEJO DE ESTADO SECCIÓN SEGUNDA Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter. Bogotá, D. C., primero (1º) de marzo de dos mil dieciocho (2018). Expediente: 70001-23-33-000-2012-00182-01 (4361-2013)

[...]

Artículo 125. 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 [...].

A su turno, la Ley 909 de 23 septiembre de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, en materia de empleo público, señaló:

Artículo 19. El Empleo Público.

1. El empleo público es el núcleo básico de la estructura de la función pública objeto de esta ley. Por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.

2. El diseño de cada empleo debe contener:

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

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

c) La duración del empleo siempre que se trate de empleos temporales [...]

Y el Decreto 770 de 2005²³ define el empleo en los siguientes términos:

[...] el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.

Las competencias laborales, funciones y requisitos específicos para su ejercicio serán fijados por los respectivos organismos o entidades, con sujeción a los que establezca el Gobierno Nacional de acuerdo con los parámetros señalados en el artículo quinto del presente decreto, salvo para aquellos empleos cuyas funciones y requisitos estén señalados en la Constitución Política o en la ley.

Adicionalmente, el artículo 2 del Decreto 2400 de 1968²⁴, modificado por el artículo 1 del Decreto 3074 del mismo año, norma que se encuentra vigente, definió:

Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República.

Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.

Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones²⁵

De acuerdo con lo anterior, se colige que: (i) no hay empleo público sin funciones, (ii) este debe estar contemplado en la respectiva planta de personal, (iii) sus emolumentos deben estar previstos en el presupuesto correspondiente²⁶ y (iv) la titularidad para ejercerlo se adquiere partir de: la correspondiente posesión²⁷

Asimismo, coexisten tres maneras de vincularse con entidades del Estado: (i) los empleados públicos (relación legal y reglamentaria)²⁸, (ii) los trabajadores oficiales (relación contractual laboral)²⁹ y (iii) los contratistas de prestación de servicios (relación contractual estatal)³⁰, cada una con su propio régimen.

No obstante, la doctrina³¹ y la jurisprudencia³² de esta Corporación han aceptado que excepcionalmente existen funcionarios de facto o de hecho o que carecen de investidura o la tienen de manera irregular, con título o sin él, que ejercen funciones públicas, quienes en principio fueron identificados en los siguientes eventos:

[...] i) cuando sin nombramiento ni elección conocidos, un individuo desempeña una función pública bajo tales circunstancias de reputación o

aquiescencia que inducen al público a considerarlo como funcionario legítimo; ii) cuando la elección o el nombramiento han existido y son válidos, pero el funcionario ha dejado de cumplir un requisito o condición legal; iii) cuando ha habido elección o nombramiento pero el funcionario es inelegible, o falta competencia al órgano que lo nombró o eligió o hubo irregularidad o defecto en el ejercicio de la competencia y esas circunstancias son desconocidas por los administrados y iv) cuando el nombramiento o elección se han hecho de acuerdo con una ley que más tarde es declarada inconstitucional³³.

Empero, de acuerdo con la evolución jurisprudencial, se clasifican en dos grupos:

En los períodos de normalidad institucional, cuando media título que habilita para el ejercicio de la función pública pero por causas anteriores o sobrevinientes resulta inválido o deja de surtir efectos, verbi gratia la designación de una persona que no reunía las condiciones legales exigidas, por lo cual más tarde es revocada; quien posteriormente a su designación se inhabilita para el ejercicio del cargo y, no obstante, continúa ejerciéndolo; etc.

En circunstancias de anormalidad institucional, como las producidas por guerras, revoluciones, desastres o calamidades, entre otras, que no tienen título legal alguno, pero asumen a su cargo ciertas funciones públicas, dado el vacío, desaparición o vacancia de quien las ejercía o debería ejercer.

A guisa de corolario, los requisitos esenciales para que se configure el funcionario de hecho en los períodos de normalidad institucional son: a) que existan de jure el cargo (en la planta de personal³⁴) y la función ejercidos irregularmente, y b) que se desempeñe de la misma forma y apariencia como la persona regularmente designada³⁵.

También puede predicarse la existencia del funcionario de hecho cuando la persona ejerza funciones públicas con la anuencia y permiso de las autoridades encargadas de controlar e impedir esta clase de situaciones³⁶.

Cabe aclarar que cuando se indica que las funciones deben ser ejercidas de manera irregular, se refiere a que la persona que las cumple no se vinculó al servicio público con el lleno de los requisitos para que surja la vinculación legal y reglamentaria, esto es, no existe nombramiento o elección (según el tipo de cargo), ni tampoco la posesión o tales requisitos, pese a que existieron, ya no están vigentes.

Sin embargo, por el hecho de haber laborado para el Estado, en tal condición: no se adquiere la condición de empleado público, pero los actos administrativos expedidos por estos funcionarios de facto están

amparados por la presunción de legalidad, de la misma forma que lo están los de los funcionarios de jure, en aras de la conservación del orden jurídico y las relaciones entre la administración y los ciudadanos³⁷, y también les son aplicables las inhabilidades e incompatibilidades propias de aquellos³⁸

Del contrato realidad

Para el estudio de las circunstancias que en este proceso se invocan como contrato realidad, el Juzgado tendrá como marco jurisprudencial de referencia, la reciente decisión de la corporación de cierre de la jurisdicción, en la que se analizan los elementos que permiten estructurar el llamado contrato realidad, por la desnaturalización del contrato de prestación de servicios profesionales.¹⁰

Naturalización de la relación laboral

Ahora bien, el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se demuestra la concurrencia de los tres elementos constitutivos de la relación laboral, es decir, cuando: i) la prestación de servicio es personal; ii) subordinada; y iii) remunerada.

En dicho caso, el derecho al pago de las prestaciones sociales surge a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades contenido en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, lo que se ha denominado como contrato realidad.

En ese orden de ideas, la figura del contrato realidad, sostiene la jurisprudencia, se aplica cuando se constata la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación continuada propia de las relaciones laborales.

De acuerdo con lo anterior, precisa esta Subsección que quien pretende la declaratoria de existencia de una relación laboral escondida bajo modalidad de contratación por prestación de servicios, tiene el deber de demostrar, a través de los medios probatorios a su disposición, la configuración de los elementos esenciales del contrato de trabajo.

De lo anterior, y de acuerdo con las reglas del art. 53 superior, se infiere que la figura del contrato realidad, tendrá lugar, cuando se acrediten los siguientes requisitos:

1. Se constate la continua prestación de servicios personales remunerados,

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO SECCIÓN SEGUNDA Consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez. Bogotá D.C., 4 de octubre de 2018. Radicación: 23001-23-33-000-2013-00247-01 Número interno: 3753-2015

2. Se trate de servicios propios de la actividad misional de la entidad contratante,
3. Se deban ejecutar en sus dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo,
4. El contratista se encuentre bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desborden las necesidades de coordinación.

Con los anteriores parámetros, se aborda el estudio de la litis traída ante esta jurisdicción.

6. Caso concreto.

En este proceso, el señor NELSON ARTURO CARDENAS VARGAS reclama la declaración de nulidad del acto administrativo recibido el 21 de agosto de 2015, con el que la Alcaldía del municipio demandado da respuesta al derecho de petición de 8 de julio de 2015, y negó al demandante el reconocimiento y pago de derechos laborales, a los que estima tiene derecho por haber laborado, sin solución de continuidad, como funcionario de hecho en el cargo de celador y/o vigilante nocturno de las instalaciones de la CASA DE LA CULTURA del municipio de Sincé (Sucre), desde el 1º de enero de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2013, en horario de trabajo de 6:00 p.m. a 6:00 a.m., de lunes a domingo, incluyendo días festivos.

En defensa, el MUNICIPIO DE SINCÉ afirma i) que el señor CARDENAS VARGAS no sostuvo ningún vínculo laboral con esa entidad territorial; ii) que en la Casa de la Cultura de Sincé no existe el cargo de Celador; iii) tampoco existe el cargo de Director de la Casa de la Cultura, con quien afirma haber celebrado contrato de trabajo; y, iv) se opone a que el demandante sea considerado como funcionario de hecho, porque no se reúnen los requisitos que para ello se exigen jurisprudencialmente.

Necesario es dejar constancia en este punto que, al momento de presentar sus alegaciones finales, el señor apoderado de la parte actora reclamó para su protegido la declaración de existencia de un contrato realidad entre el señor NELSON ARTURO CARDENAS VARGAS y el MUNICIPIO DE SINCÉ, introduciendo un elemento nuevo al debate jurídico en este proceso.

Al respecto se dirá que, dado que en el momento de elevar la petición de reconocimiento de prestaciones sociales para agotar la actuación

administrativa en los términos del numeral 2º del art. 161 del C.P.A.C.A., el señor NELSON ARTURO CARDENAS VARGAS no hizo referencia expresa a ninguna de las dos figuras jurídicas que en este proceso se debaten, a saber, funcionario de hecho o configuración de un contrato realidad, sino que se limitó a peticionar el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, vacaciones, horas extras, recargos nocturnos, dominicales, subsidios, calzado y vestidos de labor surgidos de la relación laboral que afirma haber sostenido con el MUNICIPIO DE SINCÉ¹¹, es entonces válido que se esgriman nuevos argumentos por el actor, que mejoran su aspiración, pero que en nada modifican su pretensión, como al respecto lo tiene dicho el Consejo de Estado desde tiempo atrás, y se lee en el siguiente aparte jurisprudencial:

*El artículo 135 del Código Contencioso Administrativo establece que previo a presentar demanda en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la parte demandante deberá acudir ante la administración con el fin de que esta se pronuncie sobre las pretensiones, y de ser el caso, reconozca el derecho reclamado. (...). Esto significa que esta etapa del procedimiento administrativo en que se impugna ante la propia Administración la decisión que pone fin a una actuación administrativa, que, conforme al artículo 63 del CCA, se agota cuando contra la determinación no procede ningún recurso, o los recursos se hayan decidido, o los de reposición o de queja no hayan sido interpuestos, y constituye un requisito de procedibilidad para acceder a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en la que solo se podrá conocer lo que en la vía gubernativa se discutió, o sea, que no pueden plantearse hechos nuevos diferentes a los expuestos en la vía gubernativa; pero sí pueden presentarse mejores argumentos jurídicos respecto de ellos, siempre y cuando no se cambie la petición que se hizo. **NOTA DE RELATORÍA:** Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 16 de septiembre de 2010, rad.: 16802.¹²*

Ahora bien, en el proceso se recibieron los testimonios de los señores GUSTAVO RAFAEL OSORIO ARAUJO¹³ y CARLOS JAVIER PINEDA ARRIETA¹⁴, quienes fueron consistentes en informar que el señor NELSON ARTURO CARDENAS VARGAS laboró como CELADOR NOCTURNO en la Casa de la Cultura de Sincé (Sucre), entidad o institución dependiente de la Secretaría de Educación, donde fue contratado en forma verbal y recibía como remuneración mensual la suma de

¹¹ Fl. 11-12 expediente físico

¹² CONSEJO DE ESTADO SECCIÓN SEGUNDA. Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ. Bogotá, D. C., dieciséis (16) de noviembre de dos mil diecisiete (2017). Rad. No.: 08001-23-31-000-2010-00600-01(2078-15)

¹³ CD audiencia de pruebas minuto 5 y ss. (fl. 205)

¹⁴ CD continuación de pruebas minuto 4 y ss. (fl. 216)

\$400.000; igualmente fueron consistentes los testigos en afirmar que el señor CARDENAS VARGAS laboró desde enero de 2013 hasta el 31 de diciembre de la misma anualidad, y recibía órdenes directas del Director de la Casa de la Cultura.

Se escuchó también el testimonio de la señora MAGUTH EUGENIA SOLA PERALTA, quien informó haber laborado también en la Casa de la Cultura de Sincé desempeñando tareas como aseo. Con este medio probatorio solo es posible verificar que el señor NELSON ARTURO CARDENAS VARGAS laboró como CELADOR en el mismo establecimiento, en la modalidad de contrato verbal de trabajo celebrado con la alcaldesa del municipio demandado, percibiendo una remuneración por sus servicios; no obstante, esta declaración no ofrece al Juzgado razones para tenerlo como válido, dado que contradice lo dicho por el demandante cuando afirma que laboró como celador nocturno, en horario de 6 p.m. a 6 a.m., mientras que la testigo lo ubica en una jornada diurna de 6 a.m. a 6 p.m., restando así credibilidad a la ciencia y razón de su dicho.

Empero, para efectos de resolver la litis suscitada entre las partes, el Juzgado estima como de especial importancia el testimonio rendido por el señor OSCAR EDUARDO LARA ARAUJO¹⁵, quien informó al Juzgado del conocimiento ser de profesión docente, conocer al demandante desde niño y por haber laborado juntos en la Casa de la Cultura y, en relación con los hechos de la demanda, manifestó:

“... lo que pasa es que la Casa de la Cultura no es independiente, sino que hace parte, por decirlo así, de la Secretaría de Educación, y ellos ejecutan unos proyectos de formación, para ello la alcaldía contrata una fundación que es la que se encarga del manejo de la Casa de la Cultura o de los procesos de formación que se dan ahí. Estando laborando, yo estaba al frente de los procesos, yo aparecía coordinando los procesos y pues en ese contrato solo se especificaba el pago a talleristas o instructores que son los que hacen los procesos a través de talleres, pues estando yo al frente de la administración, pues nos llega el señor ARTURO para atender las funciones como de celador, pues con nosotros o más bien con la fundación que estaba a cargo nunca tuvo un contrato y mucho menos con la alcaldía,

¹⁵ CD continuación de pruebas minuto 43 y ss (fl. 216)

simplemente fue como algo verbal, que dijeron pues bueno para darle, para colaborarle con un empleo y le dijeron pues vaya a celar a la Casa de la Cultura, él se me presentó y me dijo aquí me mandaron que yo voy a ser, voy a estar como celador acá. (...)Estuve [como Director de la Casa de la Cultura] por el periodo de tres años (...) 2012, 2013 y 2014.

Informó que los dineros con los que se pagaba la remuneración del demandante eran proporcionados por “la fundación”, que ellos eran quienes cancelaban los servicios y le daban a él el dinero para entregárselo al señor CARDENAS VARGAS, aclaró que fueron varias fundaciones por cambiaban año por año, y ellas eran las que pagaban en efectivo los servicios del demandante, de los talleristas y de los instructores, sin que quedara constancia escrita de esos pagos.

Esta testimonial permite inferir que la vinculación laboral del señor NELSON ARTURO CARDENAS VARGAS no lo fue con el MUNICIPIO DE SINCÉ, sino con la (s) fundación (es) a las que se encargaba – por contrato - la atención de proyectos educativos y culturales que ejecutaba la Secretaría de Educación, y era “la fundación” la que remuneraba las tareas laborales del demandante.

Escuchado el demandante en declaración de parte, informó:

Preguntado por el Juzgado de conocimiento: Es cierto sí o no, que la alcaldesa que se desempeñaba en el año 2013, ¿lo vinculo como celador en la casa de la cultura?

R: Si Dra.

Es cierto sí o no, que usted se desempeñó como celador del 1 de enero del 2013 al 31 de diciembre de 2013.

R: Si

Es cierto sí o no, que usted se desempeñó en el horario de 6 pm a 6 am de lunes a domingo.

R: Si, y festivos.

¿Quién era la alcaldesa en el año 2013?

R: La doctora MARA MERLANO

¿En qué circunstancias se llevó a cabo esa vinculación? ¿Qué día hablaron ustedes, que momento en que lugar?

R: Con la doctora hablábamos mucho, incluso yo iba a la casa de ella, porque cuando ella se lanzó para la alcaldía, yo le hice campaña a ella.

¿En que consistió ese contrato verbal?

R: Porque yo le decía, Dra. Ahora que usted sea la alcaldesa, para que usted me vincule en cualquier cargo, en cualquier cosa, yo estoy sin hacer nada, yo ya estoy en la edad que tengo.

Yo era conductor, pero no me van a dar un carro porque ya la vista los oídos uno ya no está, entonces dijo “cuando vaya a la alcaldía yo te vinculo en

algún cargo", así que cuando ella me llamo "oye Arturo venga que le tengo un encarguito".

"Para que vaya a la casa de la cultura a celar, pero va a celar en nocturno, en la noche, ¿se le mide al trabajo? Dijo "como no si estoy sin hacer nada". Entonces ahí comenzó mi celaduría.

Un año completo, del primero (1) al treintauno (31).

Y ¿Ese término se dio por decisión de quién?

R: El ultimo, cuando ya 31 de diciembre, ella me mando a decirme que hasta allí llegaba que ya no había más nada, O digo yo acá tendría otro muchacho que le dio lo mismo que me dio a mí.

Mando a decir, ¿Con quién?

R: Con un señor que era directamente acogido a ella.

Dígale al juzgado si es cierto o no, si el horario de 6pm a 6 am se lo impuso la alcaldesa.

R: Eso fue lo que me dijo ella, de 6 a 6.

Dígale al juzgado sí o no, si recibió órdenes del señor OSCAR EDUARDO LARA.

R: Él era el que nos daba las órdenes

¿Qué clase de órdenes?

R: Me decía, Arturo el sábado, el domingo o el lunes hay aquí un evento, entonces tienes que estar aquí para que ayude al celador de día porque a él de pronto no le daba la capacidad, entonces a mí me tocaba llevar la silla llevarlas para el parque, si era un evento que había en el parque, todo eso lo hacíamos nosotros.

¿Quién se desempeñó como celador de día?

R: Era Carlos, pero no recuerdo el apellido.

Dígale al juzgado sí o no, usted recibió \$400.000 pesos como contraprestación por el servicio?

R: Me lo entregaban mensualmente y en efectivo Eduardo Lara, el gerente de ahí de la casa de la cultura.

Del dicho del demandante y de los testigos escuchados en el proceso, si bien se advierte un procedimiento irregular en la forma como eran vinculadas laboralmente las personas que prestaban sus servicios en las instalaciones de la Casa de la Cultura, puesto que se dice que era la alcaldesa de la época quien verbalmente daba las órdenes de trabajo por motivaciones políticas, incluida la vinculación del "Director", lo cierto es que no ha resultado demostrado en este proceso que el MUNICIPIO DE SINCE haya tenido participación o injerencia directa en la contratación laboral del señor CARDENAS VARGAS.

En efecto, al dar contestación a la demanda el municipio accionado aportó las documentales que abajo se relacionan, de las que es posible inferir que el señor CARDENAS VARGAS no prestó servicios laborales para esa entidad territorial:

- Certificado expedido el día 6 de octubre de 2016, suscrito por la Secretaria Administrativa de la Alcaldía Municipal de Sincé, en el que se dejan las siguientes constancias:¹⁶
 - a) Que con el Decreto 0132 de 27 de septiembre de 2013 se adoptó la planta de personal para el municipio de Sincé(Sucre)
 - b) Que en la planta de cargos no se encuentra el empleo denominado CELADOR
 - c) Que en la planta de cargos, ningún empleo se encuentra adscrito o desempeñando funciones en la Casa de la Cultura Municipal.
- Copia del Decreto 0132 de 27 de septiembre de 2013 se adoptó la planta de personal para el municipio de Sincé(Sucre)¹⁷

Tampoco se ha demostrado que el señor NELSON ARTURO CARDENAS VARGAS hubiese sido nombrado por el MUNICIPIO DE SINCÉ en forma regular o irregular, para el desempeño de un cargo existente en su planta de personal, o que se le hubiese encargado el desarrollo de funciones públicas, lo que hace necesario desestimar la teoría del funcionario de hecho de acuerdo con los lineamientos jurisprudenciales que arriba se han citado, conforme con los cuales, para que se abra paso la figura del "funcionario de hecho" es necesario que se acrediten en juicio los siguientes elementos:

- i) *El desempeño de una función pública sin que medie nombramiento ni elección*
- ii) *Que la elección o el nombramiento han existido y son válidos, pero el funcionario ha dejado de cumplir un requisito o condición legal;*
- iii) *Cuando ha habido elección o nombramiento pero el funcionario es inelegible, o hubo irregularidad o defecto en la elección o nombramiento; y,*
- iv) *Cuando el nombramiento o elección se han hecho de acuerdo con una ley que más tarde es declarada inconstitucional*

De igual manera, no se abre paso en este proceso la línea jurisprudencial que permita la declaración de un contrato realidad entre el señor CARDENAS VARGAS y el municipio demandado, como lo ha petitionado el apoderado

¹⁶ Fl. 46

¹⁷ Fl. 47-150

actor al presentar sus alegaciones finales, dado que, a más de tratarse de un hecho nuevo que se trae al proceso en forma extemporánea, también ha quedado demostrado que el actor prestó sus servicios directamente para un particular (la fundación) y no para el MUNICIPIO DE SINCÉ, como al respecto lo informó el señor OSCAR EDUARDO LARA ARAUJO cuando afirmó que él no era el Director de la Casa de la Cultura porque ese cargo no existe como tal, sino que fue puesto al frente de los proyectos que allí se ejecutaban y en el mismo contexto informó que el señor CARDENAS VARGAS le había sido presentado por “la fundación” para que cumpliera las funciones de celador en la Casa de la Cultura, precisando, que tanto su propia remuneración, así como la del demandante, eran solventadas directamente por “la fundación”.

Es decir, que en este caso no se acredita ninguno de los elementos que permiten hacer referencia al contrato realidad, a saber: i) prestación personal de un servicio, porque en este caso ha quedado demostrado que el señor NELSON ARTURO CARDENAS VARGAS laboró directamente para “la fundación” y no para el municipio demandado; ii) remuneración de los servicios prestados, que según ha quedado probado, era solventada con recursos de “la fundación” y no con dineros provenientes del municipio; y, iii) la continuada dependencia y subordinación, que en este proceso no ha encontrado demostración, dado que no se ha probado que el demandante se encontrara subordinado o sometido al cumplimiento de órdenes laborales dadas por algún funcionario municipal, y por el contrario, ha quedado en evidencia que cumplía órdenes de trabajo dadas por un particular como lo es el señor LARA ARAUJO.

Así entonces, sin más consideraciones, al no haberse demostrado que el señor NELSON ARTURO CARDENAS VARGAS hubiese tenido vinculación laboral con el MUNICIPIO DE SINCÉ (Sucre), se dirá que el acto administrativo acusado conserva su legalidad y ello determina que se nieguen las pretensiones de la demanda.

7. Costas.

Atendiendo las reglas del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, con las modificaciones que le han sido introducidas por la Ley 2080 de 2021, no se impondrá condena en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Sincelejo (Sucre), administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda presentada por el señor NELSON ARTURO CARDENAS VARGAS contra el MUNICIPIO DE SINCE (Sucre), por lo dicho en las consideraciones de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: TERCERO: DEVOLVER el expediente al Juzgado de origen, para lo de su cargo, dejando las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO
DOCUMENTO CON FIRMA ELECTRONICA

Firmado Por:

Ligia Del Carmen Ramirez Castaño

Juez Circuito

Juzgado Administrativo

Contencioso 007 Administrativa

Sincelejo - Sucre

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
6af285e8b0309710194bd45bb224c80f5114e48dd1bbaffb9240e80dc42b68e2

Documento generado en 08/11/2021 12:05:43 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>