



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCION "B"

Consejera Ponente: Doctora SANDRA LISSET IBARRA VELEZ.-

Bogotá D.C., cinco (05) de noviembre de dos mil quince (2015)

Radicado No:	850012331000201200033-02
No. Interno:	2789-2014
Actor:	OMAR AUGUSTO CANO PATIÑO
Demandado:	DEPARTAMENTO DE CASANARE
Acción:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tramite:	DECRETO 01 DE 1984
Asunto:	FUNCIONARIO DE HECHO - NO SE ACREDITARON LOS REQUISITOS PARA SU CONFIGURACION.

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de fecha quince (15) de mayo de dos mil catorce (2014),



proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare que denegó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA.-

En ejercicio de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrado en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, el señor Omar Augusto Cano Patiño, actuando a través de apoderado judicial acudió ante esta jurisdicción a fin de controvertir la legalidad del oficio No 1000-0534 y/o 15782 del 8 de noviembre de 2011, por medio del cual, el Departamento de Casanare negó el reconocimiento y pago de las acreencias laborales reclamadas en virtud de la existencia de una relación laboral con dicho ente territorial durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2008 hasta el 31 de agosto de 2011, para lo cual, formuló las siguientes:

PRETENSIONES

Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad invocada, se declare la existencia de una relación laboral legal y reglamentaria entre el señor Omar Augusto Cano Patiño y el Departamento de Casanare durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2008 hasta el 31 de agosto de 2011.



A título de restablecimiento del derecho, se reintegre al cargo de escolta – conductor, Código 482, Grado 8, nivel asistencial o a uno equivalente o de superior jerarquía con retroactividad al 31 de agosto de 2011.

Se condene a la demandada al pago de todas las acreencias laborales y prestacionales a que tiene derecho en su calidad de servidor público, por haber desempeñado el cargo de escolta y conductor del Gobernador de Casanare, así como también, los aportes pensionales, sanción moratoria, las cuales deberán ser liquidadas con base en el salario determinado para las vigencias 2008 al 2011.

Las anteriores pretensiones fueron sustentadas en los supuestos facticos que a continuación se narran

LOS HECHOS

Sostuvo el actor que de manera verbal fue vinculado por el Gobernador de Casanare como escolta suyo, bajo la dirección y responsabilidad del despacho del Gobernador a partir del 1 de enero de 2008 hasta el 31 de agosto de 2011, por lo que, durante dicho lapso cumplió con sus laborales como escolta- conductor del Gobernador de Casanare, velando por su seguridad personal y familiar, coordinando la avanzada a lugares dentro y fuera del departamento.



Que los pagos por la labor desarrollada eran cancelados por el mismo gobernador de Casanare o su esposa, los cuales en ultimas fueron inferiores a los prometidos por el Gobernador, es decir, que solo le fue cancelado la suma de millón doscientos mil pesos (\$1.200.000.00) mensuales siendo que lo prometido había sido la suma de dos millones quinientos mil pesos (\$2.500.000.00)

Los esquemas de seguridad exigidos por el Gobernador eran muy estrictos, no gozaba de días de descansos y no determinaron los horarios de finalización de turno como escolta conductor, cuando las funciones cumplidas para dicho cargo estaban consagradas en el manual de funciones adoptado por la Gobernación de Casanare mediante Resolución No 0089 de 2006.

Normas vulneradas y concepto de su violación.

El actor considera infringidas con el acto demandado las siguientes normas: Constitucionales: Artículos 2, 6, 13, 25, 53, 125 y 209. Y normas legales: Ley 6 de 1945, Ley 33 de 1985, Ley 4 de 1992 y Ley 244 de 1995. Así mismo, los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1042 de 1978 y 26 de 1998.

Cargo de nulidad invocado: **Violación a norma superior.**



Arguyó el actor haber adquirido la calidad de funcionario público de hecho, toda vez que fue vinculado aunque de manera irregular como escolta junto con otros compañeros, a fin de encargarse de la seguridad del Gobernador de Casanare. Que ejecutó la labor de seguridad del burgomaestre del Departamento de Casanare y la de su familia desde el 1 de enero de 2008 hasta el 31 de agosto de 2011, fecha en que fue desvinculado o removido del cargo por motivos ajenos al buen servicio.

Finalmente, adujo que si bien el Departamento de Casanare negó la petición de reconocimiento de una verdadera relación laboral bajo el argumento que se trató de una vinculación regida por el estatuto contractual o una acción personal del Gobernador, lo cierto es que no ha negado la existencia de dicha relación legal y reglamentaria, lo que hace desaparecer la negativa a no reconocerle tales derechos, lo que se traduce en que de hecho la relación existió.

2. OPOSICIÓN A LA DEMANDA.

El Departamento de Casanare contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda al estimar que entre el demandante y el Departamento de Casanare no existió vínculo laboral mediante contrato de trabajo o vínculo contractual mediante contratos de prestación de servicios, por lo que no resulta posible reconocer ningún tipo de acreencias.

Manifestó que de acuerdo a lo expuesto por el actor, lo que se evidencia es un contrato de trabajo directo y particular entre el señor Oscar Iván Flórez



Chávez, sin que ello implique que existió una relación legal y reglamentaria con el Departamento de Casanare.

Argumentó que el manual de funciones del Departamento de Casanare fue adoptado mediante Resolución No 0089 de 2006, en el cual, se estableció las funciones del grado 008, código 482, nivel asistencial, correspondiente al cargo de conductor mecánico, las cuales no corresponden en su totalidad a las señaladas por el demandante ni en modo alguno, hace referencia a la asignación de armas.

3. SENTENCIA APELADA.

El Tribunal Administrativo de Casanare mediante la sentencia objeto del recurso de apelación, denegó las pretensiones de la demanda al estimar que no se demostró la prestación del servicio al Departamento de Casanare ni mucho menos, la existencia de subordinación del actor respecto de dicha entidad territorial, por lo que no resulta procedente reconocer la existencia de una relación laboral de hecho o de facto entre el accionante y el aludido Departamento.

Sostuvo el fallo apelado que si bien el actor aportó un carnet con el logo de la Gobernación, el eslogan del gobernador de turno y una fotografía donde se identifica al señor Omar Augusto Cano Patiño como escolta, también lo es que, tal circunstancia accesoria no demuestra la relación laboral de hecho aducida en la demanda.



4. DE LOS ARGUMENTOS DE LA APELACION.

El recurso de apelación fue interpuesto por la parte demandante, a través del cual, básicamente se limitó a transcribir nuevamente lo manifestado en el acápite del concepto de la violación de la demanda, sin hacer argumentaciones específicas respecto de lo señalado por el A-quo en la sentencia.

5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

La Procuraduría Tercera Delegada ante el Consejo de Estado manifestó que la providencia recurrida debe ser confirmada, por cuanto que, no se acreditó a plenitud el trió de elementos de la subordinación, dependencia y remuneración del trabajador escolta Omar Augusto Cano Patiño para con el Departamento de Casanare, por lo que concluye que no existió una relación laboral de carácter dependiente o subordinada, más allá de la forma contractual de vinculación entre el particular demandante y el citado ente territorial, sino que lo probado fue la existencia de una relación directa y personal con el Gobernador y su familia.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA.



Atendiendo a los argumentos expuestos por la parte demandante, los motivos de oposición aducidos por la accionada y el material probatorio obrante en el expediente, la Sala decidirá el asunto sometido a su consideración, fijando para ello el siguiente:

Problema Jurídico.

Corresponde a la Sala determinar si en el caso del demandante señor Omar Augusto Cano Patiño existió una relación laboral con el Departamento de Casanare derivada de una vinculación de carácter personal y de manera verbal realizada por el Gobernador del aludido ente territorial y en virtud del cual, aquel prestó el servicio de seguridad como escolta al representante legal de dicho departamento.

Para analizar lo anterior, en primer lugar, se estudiará la forma como la administración vincula a su personal y lo que esta Sección ha entendido respecto de los funcionarios de hecho y, posteriormente, se resolverá el caso concreto del demandante.

De la vinculación de los servidores públicos.

En el caso de entidades públicas, es bien sabido que, según lo dispone el artículo 122¹ de la Constitución, "ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben".

Del régimen jurídico antes citado, se desprende que un empleado público es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo. Los elementos que deben concurrir para que se admita que una persona desempeña un empleo público y pueda obtener los derechos que de ellos se derivan, son en principio los siguientes: i. La existencia del empleo en la planta de personal de la entidad, ii. La determinación de las funciones propias del cargo y, iii. La existencia de la provisión de los recursos en el presupuesto para el pago de la labor.

¹ **ARTICULO 122.** No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente

Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas.

Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público.

Modificado por el art. 4, Acto Legislativo 01 de 2009. El nuevo texto es el siguiente: Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior.

Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.



Entonces, para que una persona natural desempeñe un empleo público se requiere que su ingreso se realice por medio de una designación válida, nombramiento o elección según el caso, seguida de la posesión para poder ejercer las funciones del empleo. Es decir, que la persona nombrada y posesionada es la que se encuentra investida de las facultades, cumple con sus obligaciones y presta el servicio correspondiente.

También pueden desempeñar empleos públicos los trabajadores oficiales, los cuales están vinculados por una relación contractual laboral. Además, cuentan con su propia legislación y sus derechos están consagrados en normas públicas, como pueden ser los Decretos 3135 de 1968 y 1336 de 1986.

El anterior recuento demuestra los tipos de vinculación que se pueden dar en una relación entre particulares y una entidad pública. Sin embargo, la Sala no desconoce que la forma de una vinculación o la denominación que se le dé a ésta debe guardar relación con la verdad fáctica y jurídica. Para determinar la existencia de una relación laboral como la naturaleza del vínculo (legal reglamentario o contractual) prima la realidad de hecho y de derecho sobre la forma establecida en un “documento” por los sujetos de la relación.

De los funcionarios de hecho.

Excepcionalmente se da una forma anormal de vinculación a la de la administración pública, como es la del funcionario de hecho, la cual surge por el desempeño de una función en virtud de una investidura irregular.

Según la doctrina, se denomina habitualmente funcionario de hecho a la persona que, sin título o con título irregular, ejerce funciones públicas como si fuese verdadero funcionario²

Es así como para el tratadista Sayages Laso³, el funcionario de hecho es aquel que sin título o con título irregular, desempeña funciones públicas como si fuese un verdadero funcionario. Estas situaciones, pueden originarse de muy distintas maneras, pero cabe distinguir dos series de casos: a) En los períodos de normalidad institucional pueden surgir funcionarios de hecho. Se da esta situación cuando medio título que habilita para el ejercicio de la función pública pero por causas anteriores o supervivientes resulta inválido o deja de surtir efectos. Esto ocurre en hipótesis muy variadas: Designación de una persona que no reunía las condiciones legales exigidas, por lo cual más tarde es revocada; funcionario que posteriormente a su designación se inhabilita para el ejercicio del cargo y que, no obstante, continúa ejerciéndolo, o que permanece en funciones luego de vencido el término de su mandato, etc.

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

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

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

Entonces, los requisitos esenciales para la configuración del funcionario de hecho son: i. Que existan de jure el cargo y la función ejercidas irregularmente y ii. Que el cargo ha de haberse ejercido en la misma forma y apariencia como lo hubiera desempeñado un empleado vinculado en debida forma.

Además, para que una persona natural desempeñe un empleo en calidad de empleado público (relación legal y reglamentaria), es preciso que se realice su ingreso al servicio público en la forma establecida en la ley, vale decir, requiere de la designación válida (nombramiento o elección, según el caso) seguida de la posesión, para poder entrar a ejercer las funciones propias de dicho empleo, tal como fue precisado con posterioridad por esta Subsección B en sentencia del 28 de julio de 2005, Exp. 5212-03, con ponencia del doctor Tarcisio Cáceres Toro⁴.

⁴ En sentencia de la Sección Segunda Subsección B en sentencia del 28 de julio de 2005 se precisó lo siguiente: “(...)“para que una persona natural **desempeñe un EMPLEO PÚBLICO, EN CALIDAD DE EMPLEADO PÚBLICO (RELACIÓN LEGAL Y REGLAMENTARIA)** que se realice su **ingreso al servicio público** en la forma establecida en nuestro régimen, vale decir, **requiere de la designación válida (nombramiento o elección, según el caso) seguida de la posesión**, para poder entrar a ejercer las funciones del empleo. Con ello la **persona nombrada y posesionada** es quien se halla investida de las facultades y debe cumplir sus obligaciones y prestar el servicio correspondiente. Ahora, muy excepcionalmente se da el caso de los **FUNCIONARIOS DE HECHO**, donde estos requisitos para el ingreso al empleo no se cumplen satisfactoriamente y cuyas repercusiones en diferentes campos del derecho han sido analizadas; para esta figura es indispensable la EXISTENCIA DEL EMPLEO, lo cual implica que esté previsto en la respectiva PLANTA DE PERSONAL” (negrilla y subrayados originales del texto).



Del asunto en concreto.

Las prueba documentales y la declaración obrantes en el proceso serán valoradas a fin de poder determinar si el actor demostró los elementos que deben concurrir para que una persona desempeñe un empleo público.

Pues bien, al plenario se arrimó el interrogatorio de parte rendido por el demandante, en el cual, se observa que al preguntársele desde que fecha trabajó al servicio del señor Oscar Raúl Flórez Chávez y que funciones ejercía, manifestó que: “ (...) desde marzo de 2007 como candidato a la Gobernación y a partir del 1 de enero de 2008 al 31 de agosto como gobernador del Departamento del Casanare, le preste el servicio de escolta en la residencia, eventualmente en la gobernación⁵...”

De igual forma, al interrogársele con que persona pacto las condiciones de trabajo tales como salario, jornada de trabajo y demás, el actor sostuvo que: “(...) con el señor Gobernador Oscar Raúl Flórez Chávez, a partir del 1 de enero de 2008 hasta agosto de 2011... con un salario de dos millones quinientos mil pesos, el cual, siempre nos canceló un millón doscientos y **nos decía que estaba con sus**

⁵ Interrogatorio de parte. Ver nota de audio a minuto 14:42 al 15:48 de la grabación.



asesores haciendo la forma de vincularnos directamente a la Gobernación⁶...
(negritas fuera de texto)

En ese mismo sentido, manifestó el interrogado - demandante- que el salario le era cancelado por el señor Oscar Raúl Flórez Chávez, por la cónyuge de aquel o por el señor Carlos Mariño⁷. Además, que el Gobernador contaba con servicio de escolta prestado por la Policía Nacional y por lo tanto, sus servicios siempre se los prestó a la familia del Gobernador de Casanare, sin que fuese vinculado a dicha entidad.

A propósito de lo expuesto por el actor, respecto del servicio de escolta prestado por la Policía Nacional, se observa que a folio 12 del cuaderno de pruebas reposa oficio de fecha 24 de diciembre de 2013, por medio del cual, el Departamento de Policía de Casanare certificó que: “ (...) del Grupo de Protección a Personas e Instalaciones del Departamento de Policía Casanare, le fue asignado un esquema de seguridad al señor OSCAR RAUL IVAN FLOREZ CHAVEZ EX gobernador de Casanare desde el 01 de enero de 2008 hasta el día 30 de agosto de 2011, fecha en la cual le fueron suspendidas las medidas de protección según lo dispuesto por el “CENIR” Comité de Evaluación de Comité de Riego...”

Y finalmente, dentro del acervo probatorio reposa certificación emanada de la Dirección de Talento Humano de la Gobernación del Casanare en la que se hace constar que el señor Omar Augusto Cano Patiño no labora, ni ha laborado en la

⁶ Interrogatorio de parte. Ver nota de audio a minuto 16:01 al 17:22 de la grabación.

⁷ Interrogatorio de parte. Nota de audio a minuto 20:21 al 20:54.



planta de Personal de la Administración Central del Departamento, ni tampoco fue encontrado vinculación alguna mediante contrato de prestación de servicios⁸.

Visto lo anterior, se tiene que si bien el libelista aseveró haber laborado para el Departamento de Casanare a quien le prestó su servicio de escolta, lo cierto es que de las pruebas aportadas al expediente, lo que se evidencia es la prestación del servicio de seguridad o de escolta contratado de manera personal por el señor Oscar Iván Flórez para que el actor escoltara a su núcleo familiar, sin que de ello pueda configurarse la existencia de una relación legal y reglamentaria entre el accionante y el aludido ente territorial.

Súmese a lo anterior, que con la certificación expedida por la oficina de Talento Humano del Departamento del Casanare, se acreditó la carencia de vínculo laboral alguno por parte del actor con el Departamento de Casanare. Lo anterior, aunado al hecho que se demostró documentalmente⁹ e inclusive, con la misma declaración rendida por el accionante¹⁰ que el Departamento de Policía de Casanare le brindó esquema de seguridad al señor Oscar Raúl Iván Flórez Chávez desde el día 01 de enero de 2008 hasta el 30 de agosto de 2011, quedando claro que el servicio de seguridad del Gobernador del Casanare estaba a cargo de la fuerza pública.

⁸ Certificación que milita a folio 15 del cuaderno de pruebas.

⁹ Certificado expedido por el Departamento de Policía de Casanare obrante a folio 12 del cuaderno de prueba.

¹⁰ Interrogatorio de parte. Nota de audio a minuto 26:28 al 27:04

Además, al precisarse sobre la forma y condiciones de trabajo pactada, el referido actor asintió que su remuneración era cancelada de manera directa y personal por el señor Oscar Raúl Iván Flórez Chávez y en otras ocasiones, por la cónyuge o el padre de aquel, lo que permite tener por demostrado que el actor nunca perteneció a la planta de personal, ni hizo parte de la nómina del Departamento de Casanare sino que su vínculo obedeció una relación particular con el señor Oscar Flórez Chávez, persona que contrató sus servicios para que prestara la labor de seguridad a su núcleo familiar, relación que sale de la esfera del derecho público, más aún, cuando la misma - es decir, la contratación- se originó inclusive en época pretérita al ejercicio de Gobernador por parte del citado ex mandatario Departamental.

Resalta la Sala que de las pruebas obrantes en el plenario no se demostró que en la planta de personal del Departamento de Casanare existiera para la época de los hechos el cargo de escolta- conductor, pues, si bien el actor alegó haber desempeñado las funciones de dicho cargo, lo acreditado en el plenario es que el aludido cargo no existió en la planta de personal del ente territorial, toda vez que de conformidad con la certificación¹¹ emanada de la accionada, el cargo existente era el de conductor mecánico, Grado 08, Código 482 nivel asistencial, según Resolución No 0089 de 2006.

Como colofón de lo anterior, se tiene que es requisito esencial para la configuración del funcionario de hecho que exista de jure el cargo, la función ejercida irregularmente y que el cargo ha de haberse ejercido en la misma forma y apariencia como lo hubiera desempeñado un empleado vinculado en debida forma,

¹¹ Folio 88 cuaderno principal.



presupuestos que no fueron acreditados por la parte demandante, al no haber probado siquiera la existencia del cargo de escolta en la planta de personal del ente territorial demandado.

De la misma manera, para que una persona natural desempeñase una labor en calidad de empleado público, es preciso que se realice su ingreso al servicio público en la forma establecida en la ley, vale decir, requiere de la designación válida seguida de la posesión, para poder entrar a ejercer las funciones propias de dicho empleo, circunstancia que tampoco fue demostrada documentalmente en el proceso, como quiera que el accionante admitió haber sido contratado verbalmente por el señor Oscar Raúl Iván Flórez Chávez.

Al ser valorada las pruebas antes referenciadas, considera la Sala que no se demostró la vinculación legal y reglamentaria o situación de hecho alegada por el actor, como quiera que las mismas no acreditan el vínculo laboral que arguyó el demandante existió con el Departamento de Casanare, por lo que se confirmará la sentencia recurrida que denegó las súplicas de la demanda.



III. DECISION

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

FALLA

CONFIRMASE la sentencia de fecha quince (15) de mayo de dos mil catorce (2014), proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare, por medio de la cual, denegó las pretensiones de la demanda formulada por el señor Omar Augusto Cano Patiño contra el Departamento de Casanare.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Consejera

GERARDO ARENAS MONSALVE

Consejero

CARMELO PERDOMO CUETER

Consejero

