

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA
SUBSECCION B**

MAGISTRADO PONENTE : ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO

Santafé de Bogotá, D.C., junio veintinueve (29) de dos mil (2000).

**Ref. : Exp. No. 2433-98
Actor: HELENA MORALES DE AVILA
ASUNTOS MUNICIPALES**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 23 de julio de 1998 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima.

ANTECEDENTES

HELENA MORALES DE AVILA por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandó del Tribunal Administrativo del Tolima, previa declaración de ocurrencia del silencio administrativo en relación con la petición que formuló el 26 de octubre de 1996, nulidad del acto presunto que le negó el reconocimiento y pago de sueldos por labor ordinaria y extraordinaria, dominical y festiva; primas, vacaciones, cesantías y demás emolumentos causados y no pagados durante la vigencia de la relación laboral, pensión de jubilación, indemnización moratoria e indexación.

Como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto acusado y a título de restablecimiento del derecho, pretende se condene al Municipio del Líbano a reconocerle y pagarle los derechos antes mencionados.

En la petición 7ª de la demanda, expresa:

“En el evento de que la demandada decida dar por terminado la relación laboral, encontrándose en trámite el presente proceso, se considere para todos los efectos legales y contractuales, que no ha existido solución de continuidad en los términos prescritos en el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, desde la fecha en que se pronuncie la administración municipal demandada y hasta cuando se haga efectivo el pago de los derechos reclamados por la demandante.”

Los hechos que sirven de fundamento a la demanda, los hace consistir en que, la actora ha venido prestando sus servicios a la entidad demandada por el lapso comprendido entre el 5 de agosto de 1975, hasta la fecha de presentación de la demanda. (12 de abril de 1996 folio 11 del cuaderno principal).

El Municipio le ha venido compensando la prestación del servicio con el suministro de la vivienda, a pesar de existir mandato legal que sólo autoriza el pago del 10% como salario en especie.

El Municipio no le ha cancelado el valor correspondiente a primas, vacaciones, dotaciones y demás factores legales y prestacionales.

Durante la vigencia de la relación laboral, ha venido prestando sus servicios en forma continua e ininterrumpida en el horario de 7 a.m. a 7 p.m., de lunes a domingos, incluidos días festivos.

Nació el 16 de enero de 1937 y lleva al servicio del Municipio más de 20 años, de tal manera que cumplió con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación.

El 28 de octubre de 1996 presentó la reclamación, con la cual interrumpió la prescripción y agotó la vía gubernativa.

Contestación de la demanda.-

En su oportunidad, el Municipio del Líbano mediante apoderado, contestó la demanda, se opuso a la prosperidad de las peticiones, propuso las excepciones falta de legitimación en la causa y falta de prueba de la calidad con que la actora acude al proceso.

La falta de legitimación en la causa la hace consistir en que, HELENA MORALES DE AVILA nunca ha sido nombrada Celadora o Aseadora en las dependencias de la Escuela "Manuel Tiberio Gallego", y para que adquiriera la calidad de empleada o trabajadora del Municipio se requiere que exista un acto administrativo previo que así lo acredite.

La excepción de falta de la prueba con que actúa la actora dice que es presupuesto procesal, demostrar la capacidad para hacer demandante y el único medio para demostrarla es la copia del acto de nombramiento o contrato que la vinculó como empleada, trabajadora o contratista del Municipio, el cual no fue oportuno.

Afirma que, "a la demandante sólo se le dio en comodato una habitación en las instalaciones de la escuela Manuel Tiberio Gallego pero sin pactarse contrato de trabajo alguno."

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Tolima mediante la sentencia objeto del recurso de apelación, declaró no probada la excepción de falta de legitimación en la causa y declaró probada "... la mal llamada por el apoderado del Municipio demandado excepción de "falta de la prueba de la calidad con que el demandante comparece al proceso ..." y negó las súplicas de la demanda.

Fundamentó a la decisión:

Encontró configurado el silencio administrativo negativo en relación con la petición que la actora había formuló el 28 de octubre de 1996.

Al valorar la prueba documental y testimonial, advirtió que no se había demostrado la existencia de una vinculación legal y reglamentaria o contractual entre HELENA MORALES DE AVILA con el Municipio del Líbano, y no se había acreditado la existencia de un contrato de trabajo, ya que si bien se había probado la prestación personal del servicio, obraban los otros dos elementos que lo configuraban, es decir, el pago de un salario y la subordinación. Concluyó así:

"En estas condiciones toma fuerza la conclusión ya reseñada del señor Procurador 26 Judicial en lo Administrativo, según la cual, las pruebas recaudadas reflejan "el cumplimiento de la decisión meramente personal, pues, en manera alguna enfatizan de quien recibía ella órdenes o si mediaba documento que ligara a las partes en controversia para la ejecución de precisas tareas" y, en cambio, se dice que la actora vive en la escuela pero "desconociéndose si mediaba contrato de arrendamiento o de trabajo."

FUNDAMENTOS DE LA APELACION

En memorial visible a folios 58 a 60 del cuaderno principal del expediente, obra la sustentación del recurso de apelación interpuesto por la apoderada de

la señora HELENA MORALES DE AVILA de cuyas razones de inconformidad la Sala destaca las siguientes:

Dice que es evidente que la Administración se ocultó en sus actos omisivos, disponiendo implícitamente que la actora realizara su labor de vigilancia y portería absteniéndose así de hacer pronunciamiento alguno por escrito, para luego, ante una eventual reclamación limitarse simplemente a negar. Frente a dicho comportamiento los derechos de orden legal pertenecientes al trabajador, no son otra cosa que “subterfugios” “de ilegalidad manifiesta” y constitutivos de desviación de poder a un personal sin prestaciones y sin siquiera la contraprestación de un salario mínimo.

Expresa que el Municipio del Líbano jamás designó personal de celaduría para el establecimiento educativo donde se desempeñó la actora. En algunos apartes se lee:

“La administración municipal del Líbano estaba plenamente conciente que la labor de vigilancia y portería la desempeñaba HELENA MORALES DE AVILA, por lo tanto resultaba innecesario el nombramiento de un nuevo celador.

Bajo las anteriores condiciones tenemos que la señora Helena Morales de Avila, era empleada pública del Municipio de Líbano – Tolima, en calidad de Celadora, con lo que se generó a cargo de aquél el reconocimiento y pago de sueldos y prestaciones que por su no pago oportuno se causaron las indemnizaciones a que se contrae el capítulo de pretensiones de la demanda.”

Para resolver, se

CONSIDERA

Es indispensable advertir en primer lugar que en providencia de 21 de mayo de 1999, se declaró la nulidad de lo actuado a partir de la admisión de la demanda por considerar que se configuraba la causal de nulidad procesal por falta de jurisdicción (folios 74 a 78 del cuaderno principal).

Mediante auto de 11 de noviembre de 1999, la Sala revocó la anterior decisión, al concluir:

“... aunque no se ha demostrado que exista una vinculación formal entre las partes (ni legal ni reglamentaria o por contrato de trabajo), es lo cierto que se está demandando a una entidad territorial del orden municipal (Municipio del Líbano Tolima) y que la demandante alega que ejercía funciones de celadora y aseo, y como tal, no desempeñaba funciones de construcción o mantenimiento de obras públicas, lo cual determina que su condición jurídica no podría haber sido la de trabajadora oficial, que le impidiera a esta jurisdicción conocer del asunto propuesto.” (folios 83 a 87).”

Tampoco hay duda acerca de que, en el sub-lite se configuró el silencio administrativo negativo, en relación con la petición que HELENA MORALES DE AVILA formuló ante el Alcalde Municipal del Líbano el 26 de octubre de 1996.

Hechas las anteriores aclaraciones, se tiene que las peticiones de la demanda se orientan a obtener la nulidad del acto presunto negativo relacionado con la petición que HELENA MORALES DE AVILA presentó ante el Municipio de Líbano (Tolima) el 26 de octubre de 1996 tendiente a obtener el reconocimiento y pago de salarios, tiempo extra, ordinario nocturno, diurno, dominical y festivo, primas, vacaciones, cesantías causadas y no pagados durante la vigencia de la relación laboral. Igualmente pretende el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, por haber cumplido los requisitos legales para el efecto.

Los elementos de hecho sobre los cuales edifica las peticiones de la demanda, los hace consistir en que, ha venido prestando sus servicios al Municipio del Líbano (Tolima), como Celadora-Aseo de la Escuela Manuel Tiberio Gallego, de lunes a domingo, incluidos festivos, cumpliendo un horario de 7:00 de la mañana a las 7:00 de la noche, desde el 5 de agosto de 1975..

El juzgador de primera instancia denegó las peticiones de la demanda en consideración a que, no se aportó la prueba documental, ni testimonial que demostrara la existencia de una vinculación legal y reglamentaria o de una contractual entre la actora y el Municipio, pues no se aportó copia del acto de nombramiento y de la posesión, tampoco se aportó o acreditó la existencia de un contrato de trabajo “... ya que si bien se probó la prestación personal del servicio no ocurrió lo mismo con los otros dos elementos que lo configuraran, es decir con el pago de un salario y la subordinación.”

Al plenario se incorporó el siguiente material probatorio :

a. Documental.

Sobre la modalidad del vinculo, mediante oficio visible a folio 8 del cuaderno No. 2, el Alcalde del Municipio del Líbano, informó:

“... no aparece entre los archivos de esta dependencia copia o fotocopia de los actos administrativos por la cual se vincule o desvincule laboralmente a la administración municipal con la señora HELENA MORALES DE AVILA.

Tampoco encontramos en nuestros archivos memorandos u ordenes de trabajo en relación turnos y lugar de labor en relación con el presente cargo que pretende haber desempeñado ni actos de trabajo con el municipio.

... no se encontraron actos administrativos en donde se establezcan asignaciones o remuneraciones mensuales en relación con HELENA MORALES DE AVILA.

Al revisar las nóminas de los empleados del Municipio del Líbano de los años anteriores, no figura el nombre de la peticionaria.”

Igualmente, el Jefe de Grupo de Archivo y correspondencia del Municipio del Líbano certificó:

“Que revisados los libros que existen en esta dependencia correspondiente a nóminas decretos y actas de posesión no se pudo constatar la vinculación laboral de la señora HELENA MORALES DE AVILA.”

Se debe aclarar que, el día 21 de julio de mil novecientos noventa y uno (1991), el edificio de Gobierno Municipal sufrió una conflagración desapareciendo casi en su totalidad el archivo.”

b. Testimonial.-

Comparecieron al proceso a rendir declaración, Carlos Edgar Orjuela Morales, Oscar Jiménez Millán, Raúl Humberto Martínez Naranjo, Luis Eduardo Ossa Gutiérrez, Néstor Fabian Castro Castro, Miguel Antonio Avila Vergara y José Anibal Ossa Gutiérrez. Todos conocen a HELENA MORALES DE EVILA, y en relación con lo que les consta sobre los servicios prestados por la misma señora, como Celadora – Aseadora en la Escuela “Manuel Tiberio Gallego” del Municipio del Líbano respectivamente respondieron:

- Carlos Edgar Orjuela Morales en lo que interesa al proceso, dijo:

“... conozco a la señora Helena Morales de Avila y la conozco aproximadamente hace 20 años o sea cuando nosotros llegamos a vivir aquí en el Líbano, fuimos vecinos de ella y ella vivía en la Escuela Manuel Tiberio Gallego y cuando conocí a la señora Helena Morales de Avila, ella vivía en la Escuela, se desempeñaba como Celadora- Aseadora y portera de la Escuela Manuel Tiberio Gallego.

...

Yo la veía prestando servicios de vigilancia, haciendo aseo en la Escuela, en el patio, corredores y lo de portería que era abriendo y cerrando la escuela.”

- Oscar Jiménez Millán. Se transcriben las siguientes preguntas y respuestas:

“Conozco a la señora Rosa Helena Morales de Avila y la conozco hace más o menos unos 30 años y la conocí aquí en el Líbano, específicamente como celadora, aseadora y portera de la escuela Manuel Tiberio Gallego, y ella está en esa Escuela hace más o

menos 22 o 23 años, y siempre la he visto desempeñando las funciones que anteriormente describí. También porque a mañana, a medio día y por la tarde hace 24 años estoy llendo (sic) a esa escuela porque mi señora es Profesora de esa institución y todos lo días la llevo y la traigo y eso me da el derecho suficiente de respaldar lo que anteriormente dije.

...

Sírvase decir, si durante el tiempo que conoce usted la Escuela Manuel Tiberio Gallego del Municipio del Líbano ha observado a persona distinta a la señora ROSA HELENA MORALES DE AVILA, realizando actividades de aseo, partería y vigilancia?
CONTESTO: No no conozco otra persona diferente a la señora ROSA HELENA MORALES DE AVILA y la he visto más o menos haciendo eso desde 1975.”

- *Humberto Martínez Naranjo: de su versión se transcribe lo siguiente:*

“... conozco a la señora Rosa Helena Morales de Avila y la conozco desde el año 1975 y la conocí cuando yo estudié en la Escuela Manuel Tiberio Gallego y ella era la que habría(sic) el portón y hacía el aseo en los salones y esas labores las realizaba entre semanas, y ella abría el portón a las ocho de la mañana y por la noche cerraba las puertas de la escuela y prestaba la celaduría de la misma y en ningún momento se ha oído que se robaran algo de la escuela.”

- *Luis Eduardo Ossa Gutiérrez, en lo pertinente, se lee:*

“... conozco a Helena Morales de Avila y la conozco hace como 20 años y la conocí en la Escuela Manuel Tiberio Gallego y la conocí porque yo estuve estudiando allí y yo empecé a estudiar allí como en el 70 y en esos días no empecé a estudiar llegó ella, ella no me dio clases, no era directora de esa escuela y como que llegó a trabajar ahí y no sé quien la mandó, pero llegó a trabajar ahí y cuando empezamos a estudiar ella a (sic) llegado a cuidar la escuela; y antes de doña Helena había un señor pero no recuerdo el nombre, y dejé de estudiar porque me puse a trabajar y cuando yo me retiré de la escuela ella siguió ahí; y duré estudiando en la escuela seis años y todos seguidos; cuando yo estuve estudiando Helena era la que cuidaba la escuela y hacía el aseo, que no me diera cuenta nadie le daba ordenes a ella y vivía con la familia y ella vivía entre la escuela y hacía de comer ahí y no se si ella ganaría algún sueldo, después que me retiré de la escuela viví o vivo en seguida de la escuela y todavía vivo ahí y doña Helena todavía vive en la escuela Tiberio Gallego...”

...

PREGUNTADO: Dígale al Despacho si la señora Helena Morales de Avila, si durante el tiempo que usted dice haberla visto viviendo en las instalaciones de la Escuela Manuel Tiberio Gallego cumplía algún horario de trabajo. En caso afirmativo de que horas a que horas? **CONTESTO:** Pues siempre que yo estuve ahí siempre la veía de día y noche, pero nadie le decía haga esto o haga aquello y que yo sepa no cumplía ningún horario.”

- *Néstor Fabían Castro Castro. De su declaración se transcribe lo siguiente:*

“... Conozco a la señora Helena Morales de Avila y la conozco desde 1975 cuando ella llegó a la escuela prácticamente en calidad de cuidandera, y esto me consta porque yo estudiaba ahí, y cuando ella llegó a la escuela yo cursaba tercero de primaria, y cuando ella llegó a la escuela a vivir con dos hijos uno que se llama Gustavo y una muchacha y cuando yo terminé de estudiar en la escuela la señora Helena siguió viviendo allí y los que le daban ordenes a la señora Helena eran los profesores y en especial el Director, que era el profesor Villa.

...

... el horario que le he visto es que tienen que abrir la escuela antes de las siete de la mañana y cerrar la puerta principal a las cinco y media de la tarde cuando salen los alumnos y toda la vida desde que me conozco ella hace horario de trabajo y no se porque hace horario y esto me consta porque cuando yo estudié ahí ella hacía horario y actualmente yo vivo al frente de la escuela y la señora Helena sigue en la misma rutina y actualmente vive en la escuela.”

- *Miguel Antonio Avila Vergara, en lo que interesa para resolver el asunto, expresó:*

“... conozco a la señora Helena Morales de Avila y la conozco hace más de 20 años y la conocí en la escuela de abajo de la cárcel y no soy de la familia de ella, yo soy hermano del esposo de ella José Nohely Avila y ellos se separaron hace muchos años y eso hace como 25 años. Y allá es donde la conozco, pero no se como se llama en la escuela y no tengo idea en qué época llegó a la escuela y no sé quien la buscaría para ella, no tengo idea en que época llegó a la escuela, no tengo idea cuanto hace que está ahí en la escuela y eso hace más de 20 años cuando yo le llevaba trabajos al hijo de ella, no se que oficios hace doña Helena en la escuela y ella vive en la escuela tal vez con hijo, no se quien le dará ella para comer, pueden ser los hijos que le están ayudando, no se si ella ganará sueldo en el escuela, yo no se si ella cumple algún horario de trabajo en la escuela, pero se que ella vive ahí, pero no conozco el modo de vivir de ella.”

- José Anibal Ossa Gutiérrez, dijo:

“Sí conozco a la señora Helena Morales de Avila y la conozco uno (sic) 22 o 23 años y la conozco desde el momento que llegó a la Escuela Manuel Tiberio Gallego y tengo entendido que llegó a la escuela a cuidarla y vigilar, pero no se en qué condiciones, yo saco conclusión de los que dije anteriormente porque la antecesora que se llamaba Luisa, con ella yo tenía más amistad y ella que dijo, me comentó que esta ahí para cuidar la escuela...”

Con base en la prueba documental y testimonial antes mencionada, la Sala llega a la convicción incontrovertible de que, HELENA MORALES DE AVILA prestó sus servicios en la Escuela Manuel Tiberio Gallego desempeñándose como Celadora – Aseadora y Portera, la prueba testimonial es coincidente y uniforme en señalar que lleva allí más de 20 años, tal como se afirmó en la demanda, aspecto que el Municipio demandado, en ningún momento ha negado, pues en la contestación de la demanda, se limitó a responder que “... sólo se le dio en comodato una habitación en las Instalaciones de la ESCUELA MANUEL TIBERIO GALLEGO, pero sin pactarse contrato alguno”.

Ya lo precisó la Sala en la providencia antes mencionada, “... es lo cierto que se está demandando una entidad territorial del orden municipal (Municipio del Líbano Tolima) y que la demandante alega que ejercía funciones de Celadora y Aseadora, y como tal no desempeñaba funciones de construcción o mantenimiento de obras públicas, lo cual determinaría que su condición jurídica no podría haber sido la de trabajadora oficial...”. Es decir se sigue la regla general según la cual, quienes prestan sus servicios al municipio, son empleados públicos.

Apreciada en su conjunto la prueba documental y testimonial a que se viene haciendo referencia, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, ella conduce de manera inexorable a afirmar que HELENA MORALES DE AVILA se desempeñó como empleada pública del Municipio del Libano (Tolima), como

Celadora-Aseadora de la Escuela Manuel Tiberio Gallego, por más de veinte años, sin que mediaran para el efecto, algunos elementos formales que configuran la relación legal y reglamentaria, propios de estos servidores, como lo son el acto de nombramiento y posesión, y la retribución que recibió por sus servicios, fue la habitación.

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

No obstante tales irregularidades, es innegable que HELENA MORALES DE AVILA prestó sus servicios y ellos deben ser retribuidos, pues no resultaría equitativo trasladarle las precariedades que presenta la relación laboral a la servidora, las cuales son consecuencia de la actitud omisiva de la Administración, al haber mantenido esa situación durante más de 20 años, sin expedir el acto de nombramiento y la posesión.

La omisión en que incurrió el Municipio, al haberla vinculado como Celadora-Aseadora de la escuela, sin que mediara un acto de nombramiento y la posesión y al fijarle sus emolumentos como lo ordena la ley, no puede prevalecer sobre derechos irrenunciables de la servidora.

Existen en el ordenamiento postulados de rango Constitucional que garantizan la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, protección especial a la mujer, remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la calidad y cantidad de trabajo, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales. En ello se traducen aspectos de la protección especial del derecho al trabajo que consagra la Constitución. (art. 25 y 53 de la C.N.)

*En ese orden, la Sala comparte los planteamientos del a-quo en cuanto advirtió que **“... la prestación del servicio se encuentra demostrada con los***

testimonios que afirman que la actora vive en la escuela Manuel Tiberio Gallego, donde se desempeñaba todos los días de la semana y desde hace más de 20 años como celadora, aseo y portera ...” (folio 4 c. Principal), pero se aparta de la decisión en cuanto denegó las súplicas de la demanda por no haberse demostrado la subordinación, el valor del salario, ni el acto de nombramiento o posesión.

En efecto, ante la evidencia de la prestación de los servicios personales, no podrían primar las omisiones en que incurrió el Municipio demandado, al no haberla vinculado regularmente, expidiendo el acto de nombramiento y posesionándola, con el único fin de negar a la servidora los derechos laborales que contempla la ley.

Por las razones que anteceden, se revocará el fallo apelado y en su lugar se declarará la nulidad del acto presunto negativo en relación con la petición que formuló el 28 de octubre de 1996 y como consecuencia de tal declaración y a título de restablecimiento, se atenderán las pretensiones de la demanda, como más adelante se concretará:

Es indispensable advertir que la demanda se funda entre otras disposiciones, en los Decretos 3135 de 1968 y 1042 de 1978, normas expedidas en favor de servidores del orden nacional y frente a los cuales se resuelve la controversia, dando aplicación al derecho a la igualdad previsto en el artículo 13 de la Carta Política, como lo ha hecho la Sala en otras oportunidades. En efecto, en sentencia de 16 de octubre de 1997, dictada en el proceso No. 14.771, actor: PEREGRINO DE JESÚS SÁNCHEZ, en lo pertinente, se dijo:

Lo anterior muestra cómo las normas que regulan la materia para los órdenes departamental y municipal han caído en obsolencia frente a otras que regulan este sistema de remuneración para el resto de trabajadores, y ello sin lugar a dudas rompe con el derecho a la igualdad que consagra el artículo 13 de la Constitución Política, sin que exista una razón distinta al olvido del legislador de

proveer la normatividad respectiva, toda vez que si bien no puede sostenerse el derecho absoluto del trabajador a una remuneración igual aún en cargos similares en los distintos órdenes, sí puede exigirse un trato semejante respecto a las condiciones generales que rigen el régimen salarial. ...

A lo anterior se agrega que, en acatamiento del principio de la “Inescindibilidad de la ley” que prohíbe dentro de una sana hermenéutica desmembrar las normas legales, se aplicarán en su integridad tales estatutos para efectos de reconocimiento de los emolumentos a que haya lugar, lo mismo que para la aplicación de la prescripción extintiva que los mismos contemplan, en los términos que más adelante se precisarán.

Se reclama el reconocimiento y pago de los siguientes emolumentos: salarios, tiempo extraordinario nocturno y diurno, dominical y festivo, primas, vacaciones, cesantías y pensión de jubilación, las cuales se despachan a continuación:

Salarios: *Sabido es que la asignación mensual correspondiente a cada empleo está determinada por sus funciones y responsabilidades, así como por los requisitos de conocimientos para su ejercicio.*

En el caso presente se demostró que Helena Morales de Avila prestó sus servicios como Celadora Aseadora y Portera de la Escuela Manuel Tiberio Gallego, desde el 5 de agosto de 1975, y los seguía prestando hasta la fecha de presentación de la demanda que lo fue el 12 de abril de 1997. En el curso del proceso ni la parte demandante, ni el municipio demandado informaron si se había retirado del servicio.

Por el tiempo que ha prestado sus servicios, ha percibido como salario, la habitación; en esa situación permaneció por todo el tiempo del servicio. No obra en el proceso ningún otro elemento del cual se pueda deducir otro valor de su salario. En consecuencia, por la naturaleza de las funciones y las responsabilidades que demanda el cargo de celador de la escuela, la Sala

parte de la base que el valor de la habitación que constituía el salario, es el equivalente al salario mínimo legal. En otros términos, ese salario, lo compensaba con la vivienda. No se ordenará por lo tanto el pago de salarios pretendidos en la demanda, pues los viene percibiendo con la habitación.

Tiempo extraordinario, nocturno y diurno y dominicales y festivos: *En la demanda se afirmó que Helena Morales de Avila ha venido prestando sus servicios desde el 5 de agosto de 1975 como celadora de la Escuela Manuel Tiberio Gallego del municipio del Libano (Tolima) y que no se le ha cancelado el valor correspondiente a tiempo ordinario nocturno, diurno y dominical y festivo. Sin embargo, en el curso del proceso no se demostró que hubiera prestado los servicios por el aludido tiempo extra, pues si bien la prueba testimonial da fe que prestaba sus servicios en el mencionado plantel educativo como celadora, a ninguno de los testigos les consta que alguna parte del mismo hubiera sido en tiempo extra, ni diurno, ni nocturno, tampoco en dominicales y festivos. Es decir que debe entenderse que cumplió un horario normal de trabajo, el cual se retribuyó en los términos ya indicados. Se denegarán por este aspecto las peticiones de la demanda.*

Primas: *por mandato legal los empleados públicos y trabajadores oficiales tienen derecho al reconocimiento de una prima equivalente a un mes de salario por cada año de servicio, que para el caso que nos ocupa, equivale a un salario mínimo legal, como ya quedó expresado, prestación que no se ha cancelado por las razones antes expuestas.*

En consecuencia se condenará al municipio demandado a su reconocimiento y pago. Pero teniendo en cuenta las previsiones relativas a la prescripción contenidas en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 103 del Decreto 1848 de 1969, debiendo por lo tanto cancelar el ente demandado el valor de las primas causadas durante el lapso comprendido entre el 28 de octubre de 1993 y la fecha en que esta sentencia quede ejecutoriada, o al momento en que la actora sea desvinculada de la entidad, tomando como base para el

efecto, el valor del salario mínimo legal vigente a la fecha de causación de cada una de tales primas.

Vacaciones: Los empleados públicos y trabajadores oficiales tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones por cada año de servicio que, dada la situación planteada en la demanda, Helena Morales de Avila no ha disfrutado por todo el tiempo que ha venido prestando sus servicios, pues no ha hecho uso de ellas, ni media autorización para su aplazamiento como lo prevé la ley.

Cuando el servidor no hace uso de vacaciones sin mediar autorización de aplazamiento, el derecho a disfrutarlas o a percibir la correspondiente compensación en dinero, el derecho prescribe en tres (3) años (artículos 8 y 10 del Decreto 3135 de 1968 y artículo 46 del Decreto 1848 de 1969).

El término se cuenta desde cuando la obligación se ha hecho exigible (art. 41 del Decreto 3135 de 1968). Para las vacaciones la obligación se hace exigible, cuando el empleado cumple un (1) año de servicios.

HELENA MORALES DE ÁVILA quien viene prestando sus servicios al Municipio del Líbano (Tolima) desde 1975, presentó la solicitud de reconocimiento y pago de vacaciones, el 26 de octubre de 1996. Los derechos por tal concepto de más de tres (3) años, se hallan prescritos, ello indica que tiene derecho al reconocimiento y pago de vacaciones causadas y exigibles a 26 de octubre de 1993, hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

Por lo anterior, se condenará al Municipio demandado a pagarle en dinero el valor de las vacaciones por el lapso comprendido entre el 28 de octubre de 1992, hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, tomando como base para su liquidación, el valor del salario mínimo legal vigente en cada año.

Cesantía: Ordena el artículo 40 del Decreto 1045 de 1978, que para efectos del reconocimiento o pago del auxilio de cesantías se estará a lo dispuesto a las normas legales, que para definir esta controversia se aplica el literal a) del artículo 17 de la ley 6ª de 1945, que señala:

“Artículo 17. Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio...”

Se atenderá igualmente para su liquidación el artículo 1º del Decreto 2567 de 1946, en armonía con los artículos 1º y 2º de la ley 65 de 1946.

Para la liquidación y pago del auxilio de cesantía, se tendrá en cuenta que su valor es el salario mínimo legal vigente para cada año de servicio, desde el 5 de agosto de 1975 hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia o para la fecha en que se produzca el retiro, según el caso.

Pensión de jubilación: *Como ha quedado establecido, la señora Helena Morales de Avila, presta sus servicios en el municipio del Libano Tolima, desde el 5 de agosto de 1975, hasta el 28 de octubre de 1996, es decir por un lapso superior a veinte (20) años. Según el documento visible a folio 5 del cuaderno principal del expediente, nació el 16 de enero de 1937, lo que quiere decir que cuando hizo la reclamación 28 de octubre de 1996, tenía 59 años de edad cumplidos.*

Ahora bien, para efectos del reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, se aplica la ley 33 de 1985, la cual en su artículo 1º, dispone que el empleado oficial que sirva o haya servido 20 años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años, tendrá derecho a una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios.

Le asiste en consecuencia el derecho al reconocimiento y pago de la pensión vitalicia de jubilación. Como el municipio demandado no la tenía afiliada a ninguna entidad de previsión, debe reconocerle directamente la pensión.

Se advierte igualmente que por mandato legal, ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual (art. 2º de la ley 71 de 1988 y 35 de la ley 100 de 1993). En consecuencia, el municipio del Libano le reconocerá y pagará la pensión vitalicia de jubilación, en el equivalente al salario mínimo legal mensual, vigente para la fecha en que se retire del servicio.

Las sumas que resulten a favor de la demandante se ajustarán en su valor, como lo tiene definido la Sala, dando aplicación a la formula que se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

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,

F A L L A :

CONFÍRMANSE, los numerales 1º y 2º de la parte resolutive de la sentencia de 23 de julio de 1998, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, por medio de los cuales en su orden, declaró no probada la excepción de falta de legitimación en la causa propuesta por el apoderado del municipio del Libano (Tolima), declaró la existencia del silencio administrativo negativo en relación con la reclamación presentada por la actora, el 28 de octubre de 1996.

REVÓCASE, el numeral 3º de la parte resolutive, en cuanto dispuso: “Declárase probada la mal llamada por el apoderado del municipio excepción “Falta de la prueba de la calidad con que la demandante comparece al proceso” y denegó las súplicas de la demanda.

En su lugar se dispone:

DECLÁRASE la nulidad del acto presunto negativo en relación con la petición que HELENA MORALES DE ÁVILA presentó el 28 de octubre de 1996.

Como consecuencia de la nulidad del acto acusado y a título de restablecimiento del derecho, condénase al Municipio del Líbano (tolima), a pagar a la señora HELENA MORALES DE ÁVILA los siguientes emolumentos:

Pagará el valor correspondiente a un mes de salario por cada año de servicio por concepto de primas, por el lapso correspondiente al 28 de octubre de 1993 y la fecha de ejecutoria de esta providencia o al momento en que la actora sea retirada del servicio, tomando como base el valor del salario mínimo legal vigente para la fecha de causación de cada una de ellas.

Vacaciones en dinero en cuantía de quince (15) días hábiles por cada año de servicio por el lapso comprendido entre el 28 de octubre de 1993 y hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia o a la fecha en que sea retirada del servicio, tomando como base para su liquidación, el salario mínimo legal vigente en cada año.

El auxilio de cesantías, en razón de un mes de salario por cada año de servicio desde el 5 de agosto de 1975, hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia o hasta la fecha de retiro del servicio, tomando como base el valor del salario mínimo legal vigente para cada año de servicio.

Igualmente el Municipio del Líbano (Tolima), pagará a HELENA MORALES DE ÁVILA, una pensión vitalicia de jubilación, en el equivalente al salario mínimo legal mensual vigente para la ejecutoria de esta sentencia o a partir del retiro del servicio, a la cual se le aplicarán los reajustes legales a que haya lugar.

Las sumas que resulten a favor de HELENA MORALES DE ÁVILA, por concepto de primas y vacaciones, se ajustarán en su valor, como lo tiene definido la Sala y lo autoriza el Código Contencioso Administrativo, hasta la fecha de ejecutoria de la presente providencia, dando aplicación a la siguiente formula:

$$R = Rh \times \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la suma adeudada, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago, de cada uno de los emolumentos que se ordenan en esta sentencia).

No se ordena la actualización o ajuste de valor correspondiente a la mesada pensional toda vez que empezará a disfrutarla a partir de la ejecutoria de esta sentencia o de la fecha del retiro del servicio, según sea el caso.

Tampoco se ordena la actualización de los valores correspondientes al auxilio de cesantías definitiva en consideración a que dicho auxilio se paga a partir del retiro del servicio.

Las sumas producto de esta condena devengarán intereses comerciales durante los seis meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia y moratorios después de dicho término, de conformidad con el artículo 177 del C.C.A.

A esta sentencia se le dará cumplimiento en los términos del artículo 176 ibídem.

DENIÉGANSE *las demás peticiones de la demanda.*

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE *y ejecutoriada esta sentencia, DEVUÉLVASE* **el** *expediente al Tribunal de origen.*

Discutida y aprobada en sesión del día 29 de junio de 2000.

CARLOS A. ORJUELA GONGORA
Aclara voto

SILVIO ESCUDERO CASTRO

ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO

DIOMAR CAMACHO MONTES
Secretaria