



**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A”**

**Consejero ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**

Bogotá, D. C., abril veintisiete (27) de dos mil dieciséis (2016). SE  
038

**Radicado:** 050012331000201101297 01 (2272-2015)

**Actor:** Mónica Rodríguez Maya

**Demandado:** Municipio de Sabaneta - Antioquia

Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho– Decreto 01 de 1984

La Subsección conoce del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 8 de abril de 2015 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Quinta de Decisión (Descongestión) que denegó las pretensiones de la demanda presentada por Mónica Rodríguez Maya contra el Municipio de Sabaneta - Antioquia.



## **ANTECEDENTES**

La señora Mónica Rodríguez Maya, por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, demandó al Municipio de Sabaneta - Antioquia.

### **Pretensiones**

- Se declare la nulidad de la resolución núm. 588 del 19 de noviembre de 2010 suscrita por el Alcalde del Municipio de Sabaneta, por medio de la cual se negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y demás acreencias laborales solicitadas por la demandante, con ocasión de su calidad de funcionaria de hecho en el Municipio de Sabaneta (Antioquia).

2. Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se declare que la demandante ostentó la calidad de funcionaria de hecho, y en tal virtud se ordene el pago de todas las prestaciones sociales, tales como: cesantías retroactivas, primas de vacaciones, servicios, vida cara, antigüedad y las demás que fueron pagadas a los empleados de la entidad.

3. Así mismo, se condene a reconocer, liquidar y pagar los aportes con destino al Sistema de Seguridad Social, y costas procesales.



4. Se ordene el ajuste de las cantidades líquidas de dinero que resulten de la condena conforme al IPC.

### **FUNDAMENTOS FÁCTICOS**

En resumen, los siguientes son los fundamentos fácticos de las pretensiones:

1. La demandante se desempeñó como Gerontóloga al servicio del Municipio de Sabaneta, desde el 12 de septiembre de 1994 hasta el 30 de junio de 2010, a través de un contrato de trabajo, un contrato para provisión de personal celebrado con COOPFUTURO (entre el 1º de marzo y el 31 de diciembre de 2005) y 19 contratos de prestación de servicios identificados con números. 306, 038, 275, 019, 161, 013, 0137, 018, 178, 012, 220, 021, 197, 133, 050, 172, 649, 1112, 197, 1112 y 250.

2. La señora Mónica Rodríguez Maya indicó que durante el tiempo servido realizó las actividades propias del cargo de planta denominado Gerontólogo, sin solución de continuidad, y bajo las órdenes de la Gerontóloga María del Carmen Ramírez Ospina y de los titulares de los despachos de salud, bienestar social y familia. Con la obligación de cumplir el horario de la jornada ordinaria de trabajo, esto es, entre las 7:30 am a 12:00 pm y de 1:30 pm a 6:00 pm, toda vez que sus funciones debían



desarrollarse en las instalaciones del CAITES (Centro de Atención Integral de la Tercera Edad de Sabaneta).

3. Señaló que no le han sido canceladas las prestaciones sociales derivadas de la calidad de funcionaria de hecho, por cuanto el Municipio le negó la solicitud de su reconocimiento a través de la resolución núm. 588 del 19 de noviembre del 2010.

### **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

En la demanda se invocaron como normas violadas el preámbulo y los artículos 1º, 2º, 13, 25, 53, 112 y 125 de la Constitución Política, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, artículos 6 y 7 del Decreto 1050 de 1973, artículos 1º y 2º del Decreto 1978 de 1989, el Decreto Ley 052 de 1994 y los Acuerdos Municipales 015 de 1983 y 021 de 1987.

Como concepto de violación expuso que pese a que la demandante suscribió contratos de prestación de servicios con el Municipio en los términos del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, las labores que desarrolló como Gerontóloga corresponden a una función pública de carácter permanente, circunstancia que contraría las disposiciones contenidas en la mencionada ley y en el artículo 7º del Decreto 1050 de 1973.



Conforme a lo anterior, afirmó que los contratos celebrados para desempeñar labores públicas propias de la entidad, no pueden asimilarse a los contratos de prestación de servicios, así como tampoco se les puede considerar como un funcionario público en regla, comoquiera que sus labores las ejecutó sin que mediara acto de nombramiento y posesión, lo que provocó que adquiriera la calidad de funcionario de facto.

Consideró que cumplió los requisitos establecidos por la jurisprudencia y la doctrina para ostentar dicha calidad, esto es, la anuencia y tolerancia por parte de la administración en el cumplimiento de sus funciones, toda vez que le exigió responsabilidad en el desempeño de las mismas, y le remuneró, pero no en igualdad de condiciones que a un funcionario regularmente nombrado.

Estimó que la administración desconoció los cometidos constitucionales y legales relacionados con los derechos laborales de los trabajadores al contratar por prestación de servicios a la actora, para una labor que es propia de la entidad. Lo que a su vez propició, un enriquecimiento sin causa a su favor y un empobrecimiento en el patrimonio del empleado.

Citó los artículos 122, 125 de la Constitución Política, las Leyes 27 de 1992, 443 de 1998 y 909 de 2004, así como los Decretos 1050 de 1973 y 2400 de 1968, para concluir que el Municipio de Sabaneta debió adelantar las gestiones necesarias para la creación del cargo de Gerontólogo, al advertir que las funciones



del mismo tenían que ser desempeñadas de forma permanente, y no contratar a la demandante durante 18 años a través de prestación de servicios.

Finalmente insistió que cuando se acude a la figura contractual para esconder una relación legal y reglamentaria, la doctrina y la jurisprudencia han sido unánimes en afirmar que el empleado adquiere la calidad de funcionario de hecho.

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

### **- Municipio de Sabaneta (folios 138 a 159, cuad. principal)**

La parte demandada se opuso a las pretensiones pues consideró que la demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que reclama, pues conforme lo dispone el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, las entidades estatales podrán hacer uso del contrato de prestación de servicios para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, el cual podrá celebrarse con una persona natural, siempre que dicha actividad no pueda realizarse con personal de planta o requiera conocimientos especializados, sin que ello genere derechos prestacionales.

Señaló que entre el 12 de septiembre y 31 de diciembre de 1994, el municipio celebró contrato de trabajo con la actora, dentro del



cual le fueron reconocidas todas las prestaciones sociales en los términos legales, y finalizado éste, el municipio la contrató 3 años después, pero esta vez, mediante contratos de prestación de servicios, los cuales tuvieron solución de continuidad, pues entre uno y otro transcurrió un periodo de un mes, mes y medio, dos y hasta cinco meses sin ser contratada. E igualmente reafirmó que para el año 2005 fue vinculada a través de la Cooperativa Multiactiva COOFUTURO.

Afirmó que aunque algunas de las funciones desarrolladas por la señora Mónica Rodríguez Maya como contratista, son similares a las consignadas en el manual de funciones del cargo de Gerontóloga de planta del municipio, ello no es suficiente para recibir un trato jurídico igual, toda vez que su vinculación se dio en los términos señalados en la Ley 80 de 1993.

Estimó que entre las partes existió una coordinación de actividades y no una relación de subordinación, pues solo estuvo obligada a cumplir el objeto del contrato, dentro del horario en el que la comunidad lo requería y en las instalaciones que para el efecto tenía la entidad, al punto de permitirle, previa autorización del municipio la cesión del contrato, característica propia de los contratos de naturaleza civil.

Advirtió que la demandante no discute la legalidad de los contratos ni tampoco fundamenta sus pretensiones en la existencia de un contrato realidad, dentro del cual es determinante el elemento de la subordinación, sino que por el contrario solicitó





el reconocimiento de su calidad de funcionaria de hecho, que exige la existencia del cargo dentro de la planta de personal, el desempeño de las funciones propias del mismo y la apariencia de la titularidad, y en el que la subordinación es un elemento accidental.

Así mismo, sostuvo que el Consejo de Estado precisó cuatro situaciones en las cuales se configura el denominado funcionario de hecho, así: i) Cuando sin nombramiento ni elección conocidos, un individuo desempeña un puesto público bajo tales circunstancias de reputación y aquiescencia que inducen al público a considerarlo como un funcionario legítimo; ii) Cuando la elección o el nombramiento ha 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 de 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 el público, y iv) Cuando el nombramiento o elección se han hecho de acuerdo con una ley que más tarde es declarada inconstitucional.

Arguyó que conforme a lo expuesto, la señora Mónica Rodríguez Maya no cumple los requisitos para ostentar la calidad de funcionaria de hecho, ni su situación se enmarca en las descritas por el Consejo de Estado.

Finalmente, propuso como excepciones: i) indebido agotamiento de la vía gubernativa; ii) prescripción; iii) inexistencia del derecho





reclamado; iv) inexistencia de los elementos jurídicos que estructuran la figura del funcionario de hecho y v) inexistencia de causales de nulidad del acto administrativo demandado.

## **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

### **Municipio de Sabaneta - Antioquia (folios 310 a 312 cuad. principal)**

La parte demandante reiteró los argumentos expuestos en la contestación y señaló como precedente judicial la sentencia proferida el 18 de junio de 2014 por el Tribunal Administrativo de Antioquía, dentro de la que se estudió un caso similar al presente, y se negaron las pretensiones de la demanda por no resultar probados los elementos esenciales del contrato de trabajo.

### **Mónica Rodríguez Maya (folios 313 a 314)**

Ratificó lo señalado en la demanda e insistió en que se cumplen los requisitos para ostentar la calidad de funcionaria de hecho, pues tal como se demostró dentro del plenario, debió cumplir las funciones propias del cargo de Gerontóloga, manteniéndose entonces una relación de subordinación, así como de horarios en los mismos términos que un funcionario de planta.

## **SENTENCIA APELADA**

Mediante sentencia proferida el 8 de abril de 2015, el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Quinta de Decisión (Descongestión), negó las pretensiones de la demanda interpuesta por la señora Mónica Rodríguez Maya contra el Municipio de Sabaneta – Antioquia.

Los fundamentos de dicha decisión, son los siguientes:

Sostuvo que no se configuró la excepción de indebido agotamiento de la vía gubernativa, por haber omitido la interposición del recurso de reposición contra la resolución núm. 588 del 19 de noviembre de 2010, por cuanto el Código Contencioso Administrativo en el inciso final del artículo 51 prevé que el mismo no es obligatorio.

Estimó que la figura del funcionario de hecho, pese a ser reclamada por la actora no le es aplicable al tener en cuenta que la misma se vinculó con la demandada mediante un contrato de prestación de servicios tal como lo dispone el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no obstante, en aplicación del principio de la realidad sobre las formalidades contenido en el artículo 53 de la Constitución Política, y revisada la demanda con el fin de garantizar los derechos al debido proceso y acceso a la



administración de justicia, analizó si se configuraron los elementos de una relación laboral, para concluir que los mismos no fueron demostrados dentro del plenario.

Encontró que la actora estuvo vinculada con el municipio por un periodo de 13 años a través de contratos de prestación de servicios que tenían como fin desarrollar actividades como gerontóloga, pudiéndose concluir que el servicio fue cumplido personalmente y se prolongó en el tiempo desde el 12 de septiembre de 1994 hasta el 30 de junio de 2010, salvo entre diciembre de 1994 y enero de 1998, período respecto del cual no se allegó ningún contrato.

Sin embargo, no se demostró la existencia del elemento de subordinación propio de la relación laboral, toda vez que la demandante fundamenta sus pretensiones únicamente en la celebración sucesiva de los contratos y en el hecho de que dentro de la planta de personal del municipio existe el cargo de gerontóloga, más no mencionó quién era el encargado de llamarle la atención, impartirle órdenes, concederle permisos y autorizaciones, ni probó que estuviera bajo el mando de un jefe inmediato.

Advirtió que si bien, en los antecedentes administrativos reposan un sinnúmero de informes realizados por la actora que dan cuenta de su gestión durante cada período contractual, así como de las actas de supervisión y vigilancia firmadas por el interventor, debe tenerse en cuenta que el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, impone



a las entidades la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato estatal, por lo que no puede afirmarse que todo control sobre la ejecución del contrato derive en una relación laboral.

Precisó que no existe prohibición legal de que el contratista cumpla con el objeto contractual dentro de las instalaciones de la entidad contratante, ya que pese a que tal aspecto en principio puede evidenciar la existencia de una relación laboral disfrazada, no es determinante para tenerla por demostrada, advirtiendo que dicha situación por sí misma no desnaturaliza la ejecución del contrato estatal, así entonces, el que la demandante haya prestado sus servicios en el CAITES<sup>1</sup>, no genera la consolidación de un relación laboral.

En relación con las funciones cumplidas, concluyó que éstas difieren de las descritas para el cargo de profesional en gerontología, pero en gracia de discusión, lo cierto es que la Ley 80 de 1993 le permite al Estado acudir a la contratación de personas naturales bajo la modalidad de prestación de servicios cuando el personal vinculado sea insuficiente, lo cual en todo caso tampoco es suficiente para desvirtuar los contratos celebrados.

Concluyó que en sub lite, se dio una prestación personal del servicio en las formas y condiciones que toda persona vinculada mediante contrato de prestación de servicios debe cumplir, lo que

---

<sup>1</sup> Centro de Atención Integral a la Tercera Edad de Sabaneta



no supone el reconocimiento y pago de prestaciones sociales como lo dispone el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

### **ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN**

Dentro de la oportunidad legal, la señora Mónica Rodríguez Maya, presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, el que sustentó en lo siguiente:

**(i)** Prueba de la funciones del Gerontólogo. Señaló que a pesar de haber solicitado como prueba dentro de la demanda que se certificara la existencia del cargo de gerontólogo y sus funciones, la parte demandada no los remitió, por lo que no es posible reprochar a la parte actora la conducta imputable a la demandada.

**(ii)** Contratación por prestación de servicios. Expresó que en este tipo de contratación sólo es posible desarrollar actividades ocasionales de corta duración que no ameritan la creación del respectivo empleo, circunstancia que no se evidencia en el presente asunto, en el cual, debido al tiempo de vinculación, nació para el municipio la obligación de crear el respectivo empleo y ocuparlo en provisionalidad o en carrera administrativa por cumplir funciones de forma permanente.

**(iii)** El fallo de primera instancia debió pronunciarse sobre la estructuración del funcionario de hecho. Ello lo señaló apoyado en



la jurisprudencia del Consejo de Estado, la cual ha sostenido que quien irregularmente se vincule a la administración mediante la modalidad contractual para desempeñar funciones propias de un empleo público, tiene el derecho a adquirir dicha calidad.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Las partes no intervinieron en esta etapa procesal.

### **MINISTERIO PÚBLICO**

Dentro del término legal (folios 343 a 349 cuaderno principal) solicitó confirmar la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, dentro de la cual se negaron las pretensiones de la demanda, pero por las siguientes razones:

Luego de citar la jurisprudencia de esta Corporación referente a los requisitos que se exigen para obtener la calidad de funcionario de hecho y las pruebas obrantes en el proceso, concluyó que en el caso concreto no se puede predicar su existencia porque: (i) La demandante prestó sus servicios como Gerontóloga previa vinculación a través de contratos de prestación de servicios; (ii) el cargo sí existía en la planta de personal, pero era ocupado por quien ostenta derechos de carrera administrativa; y (iii) las



funciones desempeñadas por la demandante no son las mismas señaladas para el cargo de Gerontóloga de planta.

Sobre la existencia del contrato realidad no quiso profundizar, al considerar que el tema no fue objeto de la demanda ni del recurso de apelación.

## CONSIDERACIONES

### Problema jurídico

El problema jurídico que se debe resolver en esta instancia, se resume en la siguiente pregunta:

¿La señora Mónica Rodríguez Maya adquirió la calidad de funcionaria de hecho durante el período en el que ejerció funciones como Gerontóloga para el Municipio de Sabaneta?

A efectos de resolver el problema jurídico, se abordarán los siguientes temas: **(i)** Formas de vinculación con el Estado; **(ii)** la figura del funcionario de hecho y; **(iii)** caso concreto.

### 1. Formas de vinculación con el Estado.

El artículo 122 de la Constitución Política dispuso:

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

Así el empleo público existe una vez se cree en la planta de personal respectiva, se señalen sus específicas funciones y, cuando sus emolumentos se encuentran previstos en el respectivo presupuesto. La titularidad para ejercerlo se adquirirá sólo a partir de la posesión del mismo. Al respecto, esta Subsección mediante sentencia de 13 de febrero de 2014<sup>2</sup>, manifestó:

*"[...] 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, la existencia del empleo en la planta de personal de la entidad, la determinación de las funciones propias del cargo y la existencia de la provisión de los recursos en el presupuesto para el pago de la labor (artículo 122 de la C.P.).*

*Entonces, para que una persona natural desempeñe un empleo público se requiere que su ingreso se realice por*

---

<sup>2</sup> Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Número interno: 1943-12. Actor: Bertulio de Jesús Pavas Patiño, demandado: Municipio de la Ceja del Tambo - Antioquia

*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 [...]”.*

Ahora, el artículo 125 Constitucional determinó las formas en que procede la vinculación con la administración pública en los siguientes términos:

**“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.

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

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

De esta manera, se puede inferir que la Constitución prevé tres formas de vinculación con el Estado a saber: (i) A través de una relación legal y reglamentaria, propia de los empleados públicos; (ii) mediante una relación contractual laboral, en la cual están los trabajadores oficiales y; (iii) por medio de una relación contractual

de carácter estatal, configurada por los contratos de prestación de servicios<sup>3</sup>.

No obstante, puede existir una vinculación con el Estado excepcional y anormal que se ha denominado “*funcionario de hecho*”, forma de vinculación a través de la cual una persona ocupa un cargo de la administración pública y cumple las funciones propias del mismo, empero su investidura es irregular, conforme pasa a exponerse.

### 1.1 Funcionario de Hecho

La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado<sup>4</sup>, que esta forma anormal de vinculación con el Estado puede estructurarse en dos momentos, a saber:

“[...] **a)** En los periodos de normalidad institucional pueden surgir funcionarios de hecho. Se da esta situación cuando media 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

---

<sup>3</sup> Ibidem.

<sup>4</sup> Sentencia del 15 de mayo de 2013. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Número interno 1363-2012. Actor: Hurtado de Jesús Monsalve Martínez. Demandado: METROSALUD E.S.E

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., (...) 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 [...]"

Ahora bien, para que la figura del funcionario de hecho se configure en el período de normalidad institucional, es necesario que se cumplan ciertos requisitos esenciales. En ese sentido, esta Corporación en sentencia del 9 de junio de 2011<sup>5</sup>, expuso:

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

[...]

En conclusión, para que se configure la existencia de una relación de hecho es necesario que el cargo esté creado de conformidad con las normas legales y la función sea ejercidas irregularmente, pero, también

---

<sup>5</sup> Consejera Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez. Número interno: 1457 de 2008. Actor: Ruth Dorys Rodríguez Naranjo. Demandado: Municipio de Támara - Casanare.

puede darse cuando un empleado ejerce funciones públicas con la anuencia y permiso de las autoridades encargadas de controlar e impedir esta clase de situaciones que permiten el ejercicio irregular de una investidura, por circunstancias de facto, no previstas en la ley, pero que, en todo caso, debe ser objeto de protección a través del principio de la realidad frente a las formas previsto en el artículo 53 Constitucional. Además, de que el cargo debió haberse ejercido en la misma forma y apariencia como si lo hubiese desempeñado un empleado designado regularmente [...]”<sup>6</sup> (Se subraya)

Es decir, que para que un particular ostente la calidad de funcionario de hecho deben concurrir los siguientes requisitos: (i) que exista el empleo dentro de la planta de personal de la entidad; (ii) que las funciones sean ejercidas irregularmente y; (iii) que además de ello las cumpla del mismo modo como lo haría un funcionario público.

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 situaciones<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Sentencia de junio 9 de 2011, Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ, Radicación número: 85001-23-31-000-2005-00571-01(1457-08). Véase también la sentencia del 15 de mayo de 2013, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, número interno: 1363-12. Actor: Hurtado de Jesús Monsalve Martínez.

<sup>7</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sub Sección A. Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Bogotá, D.C., trece (13) de febrero de dos mil catorce (2014). Radicación número: 05001-23-31-000-2003-01050-01(1943-12). Actor: Bertulio de Jesús Pavas Patiño. Demandado: Municipio de La Ceja del Tambo – Antioquia.



Cabe aclarar que cuando la Subsección señala 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 ni nombramiento o elección según el tipo de cargo, ni tampoco la posesión o tales requisitos pese a que existieron, ya no están vigentes.

**En conclusión:** Además de las tres clases de vinculación con el Estado que existen y que se enunciaron en el acápite primero de esta providencia, existe otro tipo de vinculación excepcional y anormal a la que se le ha denominado “*funcionario de hecho*”.

Para que se dé esta última clase de vinculación es necesario acreditar entonces: (i) la existencia del cargo público; (ii) el ejercicio de las funciones de forma irregular (sin que medie nombramiento o elección según el caso, ni posesión o que estos ya no estén vigentes) y; (iii) que se ejerzan las funciones en las mismas condiciones en las que lo haría un funcionario de planta de la entidad.

Además 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 situaciones.

## **2. Caso concreto.**



La parte demandante sostiene que en su caso se configuró la existencia de un funcionario de hecho por el tiempo prolongado de su contratación en el cargo de Gerontóloga, lo que contraría la naturaleza del contrato de prestación de servicios y obligaba a la entidad a la creación del respectivo empleo y a ocuparlo en provisionalidad o en carrera administrativa por cumplir funciones de forma permanente.

Pues bien, pasará la Subsección a determinar si en el *sub examine* se cumplieron los requisitos exigidos jurisprudencialmente para que se declare la existencia de un funcionario de hecho.

**a) Existencia del cargo.**

El 19 de octubre de 1994 la secretaria de la Comisión Seccional del Servicio Civil suscribió comunicación (folio 305, cuaderno principal) dirigida a la señora María del Carmen Ramírez Ospina, en la cual le informa que había sido inscrita en carrera administrativa en el empleo de Gerontóloga, código 32801 mediante resolución núm. 677 del 18 de octubre de 1994. De lo que se infiere que el cargo de Gerontóloga existía en la planta de personal del municipio.

Adicionalmente, obra copia del Decreto núm. 077 del 18 de mayo de 2004 (folios 373 a 394 del cuaderno de antecedentes 2) por medio del cual el Municipio de Sabaneta -Antioquia- adecuó la





planta de cargos de la entidad territorial. En el artículo 5º de dicho acto administrativo determinó “...*la planta de cargos del Municipio de Sabaneta*...”, dentro de la cual se encuentra el profesional universitario Gerontólogo, código 340, grado 09, con una asignación mensual de \$1.532.764.

Igualmente, obra resolución núm. 793 del 24 de octubre de 2005, por medio de la cual se realizan unas incorporaciones a la planta de personal de cargos del municipio (folios 406 a 409, ibídem), en los que se encuentra el profesional universitario gerontólogo, código 219, grado 9, desempeñado por la señora María del Carmen Ramírez Ospina, quien asumió el cargo en carrera administrativa, como se expuso en precedencia.

### **En conclusión**

Se demostró la existencia del cargo de Gerontóloga dentro de la planta de personal del Municipio de Sabaneta (Antioquia).

### **b) Ejercicio de las funciones de forma irregular.**

En el presente asunto se demostró que la señora Mónica Rodríguez Maya se vinculó con el Municipio de Sabaneta – Antioquia mediante la suscripción de contratos de prestación de servicios<sup>8</sup>, entre el 2 de febrero de 1998 y el 30 de junio de 2010.

---

<sup>8</sup> Entre el 12 de septiembre y el 31 de diciembre de 1994 no se suscribió contrato de prestación de servicios sino contrato de trabajo. Folios 12 a 13 del cuaderno principal.

Los contratos firmados son los siguientes:<sup>9</sup> (folios 14 a 78 del cuaderno principal):

| <b>Número contrato</b> | <b>Plazo</b>                                      | <b>Término</b>     | <b>Valor</b> |
|------------------------|---------------------------------------------------|--------------------|--------------|
| Sin número             | Del 2 de febrero hasta el 1º de agosto de 1998    | 6 meses            | \$3.600.000  |
| 306                    | Del 3 de agosto hasta el 31 de diciembre de 1998  | 4 meses<br>27 días | \$3.430.000  |
| 038                    | Del 17 de febrero hasta el 16 de junio de 1999    | 4 meses            | \$1.680.000  |
| 275                    | Del 2 de agosto hasta el 24 de diciembre de 1999  | 4 meses<br>23 días | \$2.002.000  |
| 019                    | Del 9 de febrero hasta el 30 de junio de 2000     | 4 meses            | \$2.087.400  |
| 161                    | Del 1 de agosto hasta el 22 de diciembre de 2000  | 4 meses            | \$2.087.400  |
| 013                    | Del 8 de febrero hasta el 8 de agosto de 2001     | 6 meses            | \$2.400.000  |
| 0137                   | Del 21 de agosto hasta el 21 de diciembre de 2001 | 4 meses            | \$1.800.000  |
| 018                    | Del 15 de enero hasta el 30 de junio de 2002      | 5 meses            | \$4.703.278  |
| 178                    | Del 16 de julio hasta el 20 de diciembre de 2002  | 4 meses            | \$4.363.282  |

<sup>9</sup> Tal como lo certifica la oficina jurídica del Municipio de Sabaneta a folios 82 a 87 del cuaderno principal.

|                                          |                                                  |                    |              |
|------------------------------------------|--------------------------------------------------|--------------------|--------------|
| 012                                      | Del 4 de febrero hasta el 3 de julio de 2003     | 5 meses            | \$6.000.000  |
| 220                                      | Del 1 de agosto hasta el 20 de diciembre de 2003 | 4 meses<br>20 días | \$4.666.667  |
| 021                                      | Del 16 de febrero hasta el 15 de julio de 2004   | 5 meses            | \$6.000.000  |
| 197                                      | Del 2 de agosto al 21 de diciembre de 2004       | 4 meses<br>15 días | \$5.400.000  |
| 133<br>(otrosí del 27 de enero de 2006)  | Desde el 27 de enero de 2006                     | 8 meses<br>15 días | \$15.925.524 |
| 050                                      | Del 29 de enero de 2007                          | 11<br>meses        | \$20.524.691 |
| 172                                      | Del 13 de febrero hasta el 13 de mayo de 2008    | 3 meses            | \$6.529.092  |
| 649                                      | Del 13 de mayo hasta el 13 de agosto de 2008     | 3 meses            | \$6.529.092  |
| 1112                                     | Del 14 de agosto de 2008                         | 4 meses<br>17 días | \$12.330.000 |
| 197                                      | Del 8 de enero hasta el 30 de junio de 2009      | 5 meses            | \$15.120.000 |
| 1112<br>(otrosí del 30 de julio de 2009) | Del 15 de julio de 2009                          | 5 meses            | \$13.500.000 |
| 250                                      | Del 20 de enero hasta el 30 de junio de 2010     | 5 meses            | \$15.210.000 |



De esta manera, no puede predicarse la existencia de la figura de “*funcionario de hecho*” por cuanto la vinculación de la demandante no fue “irregular”. Por el contrario, la misma se dio en virtud de los contratos de prestación de servicios ya descritos, la cual es una de las tres formas previstas legalmente para vincularse con el Estado, según se explicó.

Recuérdese que para que se configure la figura de funcionario de hecho en el caso de la demandante, la vinculación con el Estado debió ser anormal, irregular, esto es, que no existiera título de nombramiento y posesión válidos que la habilitaran para ejercer las funciones propias del empleo público que ocupaba, evento que no aconteció en el *sub examine*, puesto que el ejercicio de las funciones se cumplió en virtud de los contratos de prestación de servicios suscritos con la entidad territorial, según quedó demostrado.

### **En conclusión**

Las funciones desempeñadas por la demandante como Gerontóloga no las cumplió en virtud de una vinculación irregular, sino en cumplimiento de los contratos de prestación de servicios suscritos con el municipio de Sabaneta (Antioquia).

**c) El ejercicio de las funciones en las mismas condiciones en las que lo hace el funcionario de planta de la entidad.**



Frente a este punto, la Subsección advierte que las funciones que cumplió la demandante fueron diversas en cada período y fijadas de acuerdo a la vigencia del contrato que regía su vinculación en el momento.

Así, en algunos contratos simplemente se enunciaba que la labor a desempeñar consistía en *“prestar sus servicios de Gerontóloga en el CAITES”* (fls. 14 a 23, C.1). En otros contratos las obligaciones consistían en *“[...] mejorar la calidad de vida del adulto mayor por medio de la promoción y prevención a nivel biopsicosocial, propiciar con programas educativos un clima pedagógico que invite a los usuarios del CAITES a trabajar por su crecimiento personal, dar cumplimiento a la propuesta presentada [...], entre otras (fls. 24 a 41, C.1).*

En los demás la obligación consistía en *“[...] promover la autonomía y participación plena de las personas mayores en la comunidad en base a los principios del envejecimiento activo. 2. Propiciar programas educativos con un clima pedagógico que invite a los mayores a trabajar por su crecimiento personal y la adecuada interacción a su entorno. 3. Vincular a la familia de todos los gerontes para que comprendan y asimilen el proceso de envejecimiento como hecho natural etc [...],”* (fls. 43 a 66, C.1).

De acuerdo a lo anterior, es claro que las funciones desempeñadas por la señora Mónica Rodríguez Maya si bien giraban en torno a la Gerontología, las mismas variaban dependiendo de la necesidad que se pretendía cubrir con el



contrato celebrado y se dirigían a la ejecución y promoción de programas que cobijaban al adulto mayor.

Contrario sucede con las funciones propias del cargo del Profesional Universitario en Gerontología que existe de planta en el municipio de Sabaneta (Antioquia), las cuales están debidamente reglamentadas y difieren de las desarrolladas por la demandante.

En efecto, algunas de dichas funciones son: “[...] *Coordinar y ejecutar programas de salud, educación, prevención y atención para los adultos mayores del municipio. 2. Coordinar y ejecutar programas de mantenimiento físico y recreativo para los adultos mayores. 3. Diseñar, coordinar y ejecutar las diferentes acciones tendientes a mejorar las condiciones de vida de los adultos mayores. 4. Asesorar, apoyar y orientar a la comunidad y a las instituciones sobre la elaboración y ejecución de proyectos y; sobre el desarrollo ejecución y forma de acceder a los programas del Centro de Atención Integral de la Tercera Edad [...]*” (fls. 372 a 377, Cuaderno de antecedentes núm. 2).

Nótese que las funciones del cargo establecido en la planta de personal están dirigidas al diseño y creación de programas que benefician al adulto mayor, mientras que las funciones de la demandante están dirigidas precisamente a la ejecución de esos programas.



De esta manera, la Subsección infiere que la demandante no cumplía las mismas funciones que las que ejercía un funcionario de planta de la entidad, ni tampoco en las mismas condiciones, luego tampoco se acreditó este requisito esencial para que se le considere como una funcionaria de hecho.

**En conclusión:** La señora Mónica Rodríguez Maya no ejerció las mismas funciones del cargo de Profesional Universitario en Gerontología que existe en la planta de personal del municipio de Sabaneta (Antioquia).

### **Conclusión general**

La señora Mónica Rodríguez Maya sólo logró acreditar la existencia del cargo de Gerontóloga en la planta de personal del municipio de Sabaneta (Antioquia), empero, los demás requisitos para que se declare que es una funcionaria no se acreditaron. Esto es, no demostró que ejerció las funciones de forma irregular, ni que ejerció las funciones en las mismas condiciones en las que lo haría un funcionario de planta de la entidad.

Por tales razones la Subsección confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

### **3. Breve mención al estudio realizado en primera instancia sobre la posible existencia de un contrato realidad.**





La Subsección no realizará el estudio sobre la configuración o no del contrato realidad en el sub lite por las siguientes razones:

(i) Porque la petición presentada ante la entidad en vía gubernativa no se refirió a ello. En efecto en la misma se solicitó que se declarara que la demandante ostentaba la calidad de un “*funcionario de hecho*” y el pago de unas acreencias laborales como consecuencia de ello (fls. 94 y 95, C.1).

(ii) Porque el municipio de Sabaneta (Antioquia) al momento de dar respuesta a la petición presentada, se refirió a las razones por las cuales la señora Mónica Rodríguez Maya no era una funcionaria de hecho.

(iii) Porque en la demanda presentada ante esta Jurisdicción no se incluyó dentro de las pretensiones, ni en los hechos, ni en el concepto de violación el tema del contrato realidad (fls. 111 a 123, C.1).

(iv) Porque la entidad demandada al momento de contestar la demanda enfocó su defensa en la imposibilidad de que se declarara la existencia de un funcionario de hecho (fls. 138 a 159, C.1).

(v) Y porque en el recurso de apelación los argumentos van dirigidos exclusivamente a que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se declare que la demandante es una “*funcionaria de hecho*”. En el recurso nada se dice sobre la



declaratoria de un contrato realidad a favor de la señora Rodríguez Maya.

Si la Subsección se pronunciara sobre la existencia de un contrato realidad luego de lo expuesto, vulneraría el debido proceso de la entidad demandada toda vez que agregaría una nueva pretensión a la demanda que no fue incluida ni en vía gubernativa, ni en la demanda.

Al respecto, la jurisprudencia ha señalado de manera clara, que en sede judicial no pueden cambiarse o agregarse nuevas peticiones a las expuestas ante la administración, precisamente porque en la vía administrativa es donde se le solicita a la entidad una decisión sobre una pretensión específica y la entidad solo tiene la posibilidad de pronunciarse sobre ésta, sin que le sea dable pronunciarse sobre aquellas que desconoce.

Así, debe existir congruencia entre lo pedido en sede administrativa y lo que se solicita en la demanda, lo contrario desconocería la naturaleza y el objeto mismo del agotamiento de la vía gubernativa<sup>10</sup>.

De otro lado, en la presente providencia ya se estudiaron todos los argumentos esbozados por la parte demandante en el recurso

---

<sup>10</sup> Sección Segunda, Subsección “B”, radicado interno 0880-10, CP Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Bogotá D.C., diecinueve (19) de febrero de dos mil quince (2015). Radicación número: 25000-23-25-000-2004-00247-01(1886-12). Actor: José Agustín Mora Torres. Demandado: Unidad Administrativa Especial De Aeronáutica Civil -UAEAC-, Y Como Litisconsorte Necesario Avianca S.A.

de apelación, los cuales representan el límite de la competencia del juez de segunda instancia.

Así las cosas, la Subsección “A” no puede revisar temas o argumentos del fallo de primer grado que no son atacados en el recurso porque al no incluirse en el mismo, frente a dichos aspectos, finaliza por completo el litigio o la controversia.

Además, porque es a partir de la sustentación del recurso que la parte no impugnante ejerce su oposición en la etapa de alegaciones finales de segunda instancia. De manera que el pronunciarse sobre temas no comprendidos dentro del recurso violaría el debido proceso de las partes<sup>11</sup>.

### **Decisión de segunda instancia.**

---

<sup>11</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Bogotá, D.C., treinta (30) de octubre de dos mil trece (2013). Radicación número: 76001-23-31-000-2005-01421-01(36863) Actor: Procuraduría General de La Nación. Demandado: Municipio De Santiago De Cali y otros. Ver además las sentencias: Consejo de Estado. Sala de Lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá D.C., once (11) de agosto de dos mil diez (2010). Radicación número: 27001-23-31-000-1994-02100-01(19056). Actor: Chamat Ingenieros Limitada. Demandado: Municipio De Condoto Choco. Referencia: Acción De Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección "B". Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil once (2011). Radicación número: 19001-23-31-000-2003-02124-01(1039-10). Actor: Wilfrido Jiménez Cuero. Demandado: Municipio De Guapi – Cauca. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección "B". Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Bogotá, D.C., dieciocho (18) de noviembre de dos mil diez (2010). Radicación número: 25000-23-25-000-2004-03688-01(0895-08). Actor: Victor Manuel Buitrago Gomez. Demandado: Fondo De Previsión Social Del Congreso.



Por lo expuesto la Subsección considera que se impone confirmar la sentencia de primera instancia, proferida el 8 de abril de 2015 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que denegó las pretensiones de la demanda, al demostrarse que la señora Mónica Rodríguez Maya, no cumplió los requisitos para adquirir la calidad de funcionaria de hecho, tal como se expuso.

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

### **FALLA**

**Primero: Confirmar** la sentencia del 8 de abril de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que denegó las pretensiones de la demanda interpuesta por la señora Mónica Rodríguez Maya contra el Municipio de Sabaneta -Antioquia-, por los motivos expuestos en esta providencia.

**Segundo:** Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.



### **Notifíquese y cúmplase**

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

**WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ   GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**

**LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO**