**EMPLEO PÚBLICO / Requisitos para su existencia / Distintas formas de vinculación con la administración pública.**

Se colige que (i) no hay empleo público sin funciones, (ii) este debe estar contemplado en la respectiva planta de personal, (iii) sus emolumentos deben estar previstos en el correspondiente presupuesto y (iv) la titularidad para ejercerlo se adquiere a partir de la respectiva posesión. Asimismo, coexisten tres maneras de vincularse con entidades del Estado, como (i) empleado público (por relación legal y reglamentaria), (ii) trabajador oficial (mediante contrato de trabajo) y (iii) contratista de prestación de servicios (a través de contrato estatal)17, cada una con su propio régimen.

**FUNCIONARIO DE FACTO / Eventos en los que se configuran / Clasificación / Requisitos para su configuración en períodos de normalidad institucional.**

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha aceptado que excepcionalmente existen funcionarios de facto o de hecho o que carecen de investidura o la tienen de manera irregular, con título o sin él, que ejercen funciones públicas; quienes en principio fueron identificados en los siguientes eventos: (i) cuando sin nombramiento ni elección conocidos, un individuo desempeña una función pública bajo tales circunstancias de reputación o aquiescencia que inducen al público a considerarlo como funcionario legítimo; (ii) cuando la elección o el nombramiento han existido y son válidos, a pesar de que el funcionario ha dejado de cumplir un requisito o condición legal; (iii) cuando ha habido elección o nombramiento, pero el funcionario es inelegible, o falta competencia al órgano que lo nombró o eligió o hubo irregularidad o defecto en el ejercicio de la competencia y esas circunstancias son desconocidas por los ciudadanos; y (iv) cuando el nombramiento o elección se ha realizado de acuerdo con una ley que más tarde es declarada inconstitucional. A pesar de lo anterior, de conformidad con la evolución jurisprudencial, se clasifican en dos grupos: En los períodos de normalidad institucional, cuando media título que habilita para el ejercicio de la función pública, pero por causas anteriores o sobrevinientes resulta inválido o deja de surtir efectos, *verbi gratia* la designación de una persona que no reunía las condiciones legales exigidas, por lo que luego es revocada; quien posteriormente a su designación se inhabilita para el ejercicio del cargo y, sin embargo, continúa ejerciéndolo; etc. En circunstancias de anormalidad institucional, como las producidas por guerras, revoluciones, desastres o calamidades, entre otras, que no tienen título legal alguno, pero asumen a su cargo ciertas funciones públicas, dado el vacío, desaparición o vacancia de quien las ejercía o debería ejercer. A guisa de corolario, los requisitos esenciales para que se configure el funcionario de hecho en los períodos de normalidad institucional son: a) que existan de *jure* el cargo (en la planta de personal) y la función ejercidos irregularmente, y b) que se desempeñe en la misma forma y apariencia como la persona regularmente designada. 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.

**FUNCIONARIO DE FACTO / Ejercicio de la función pública de manera irregular / Alcance / Actuación cobijada por la presunción de legalidad de los actos administrativos.**

Cuando se indica que las funciones deben ser ejercidas de manera irregular, se refiere a que la persona que las cumple no se vinculó al servicio público con el lleno de los requisitos para que surja la vinculación legal y reglamentaria, esto es, no existe nombramiento o elección (según el tipo de cargo), ni tampoco la posesión, o tales presupuestos, pese a que existieron, ya no están vigentes. Sin embargo, por el hecho de haber laborado para el Estado, en tal condición, no se adquiere la condición de empleado público, no obstante, los actos administrativos expedidos por estos funcionarios de facto están amparados por la presunción de legalidad, de la misma manera que lo están los de los funcionarios de jure, en aras de la conservación del orden jurídico y las relaciones entre la administración y los ciudadanos, y también les son aplicables las inhabilidades e incompatibilidades propias de aquellos.

**FUNCIONARIO DE FACTO / No es lo mismo que contrato realidad / Fallo debe ceñirse a la *causa petendi* de la demanda.**

Esta Sala analizará si el ejercicio de la función que desempeñó la señora María Eufemia Espitia de Fajardo dentro del periodo comprendidos entre el 22 de enero de 1990 hasta el 26 de enero de 2015, se presentó la figura de funcionario de hecho, en razón a que no puede confundirse con la existencia del contrato realidad, que podría predicarse respecto de la suscripción de las órdenes y contratos de prestación de servicios ya mencionados en el acápite anterior. Esta determinación cobra importancia, toda vez que como se indicó, durante algunos periodos se suscribieron órdenes de trabajo y contratos de prestación de servicios, situación que, si bien puede ser analizada a través de la figura del contrato realidad, no se ajusta a los términos del funcionario de hecho, causa petendi la cual versa la demanda.

**FUNCIONARIO DE FACTO / Requisitos para su configuración / No fueron probados en el caso concreto.**

No se probó que en la planta de personal de las entidades demandadas existiera el cargo de ecónoma para la Institución Educativa, toda vez que no se aportó el manual de funciones de la entidad en el que se determinara la estructura de dicho cargo con sus respectivas funciones. (…) Al no demostrarse la existencia del cargo en la planta de personal, no puede considerarse que la señora María Eufemia Espitia de Fajardo ostentó la calidad de “funcionario de hecho”; sin embargo, en aras a garantizar el derecho al acceso a la justicia, la Sala examinará el resto de los elementos necesarios para demostrar este tipo de vinculación. (…) Tal y como se indicó en líneas que anteceden, en el presente asunto se demostró que la señora María Eufemia Espitia de Fajardo se vinculó con el municipio de Gachantivá mediante ordenes de trabajo y contratos de prestación de servicios de manera interrumpida entre mayo de 1993 y diciembre de 2009. 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 las ordenes de trabajo y 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 en las consideraciones generales de esta providencia. 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 estatales suscritos con el municipio de Gachantivá, según quedó demostrado. (…) Ahora bien, al plenario no se allegó ninguna prueba que permitiera evidenciar el elemento de la subordinación. Advierte la Sala que no reposa documento alguno del cual se evidencia órdenes y llamados de atención por parte de un superior jerárquico en el que precisara las funciones a desarrollar. Además de lo anterior, no obra documento que demuestre que el alcalde municipal o algún funcionario diferente le asignara un horario y tareas referidas al cargo de ecónoma. (…) Así las cosas, se indicará que no se probaron los presupuestos que configuran la figura del funcionario de hecho, según se explicó en el acápite normativo y jurisprudencial: *“los requisitos esenciales para que se configure el funcionario de hecho en los períodos de normalidad institucional son, que existan de jure el cargo y la función ejercidas irregularmente y que el cargo se ejerza en la misma forma y apariencia como lo hubiera desempeñado una persona designada regularmente”.*

**NOTA DE RELATORÍA:** El documento que se presenta al público ha sido modificado para incluir los anteriores descriptores de la providencia, más no para modificar su contenido. Por lo anterior, el código de seguridad del mismo no corresponde al de la providencia original. Para validar la integridad del documento los interesados pueden consultarlo a través de la plataforma SAMAI.



***REPÚBLICA DE COLOMBIA TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ***

***SALA DE DECISIÓN No. 3***

***MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO***

Tunja, veintisiete (27) de enero de dos mil veintidós (2022)

|  |  |
| --- | --- |
| **DEMANDANTE:** | MARÍA EUFEMIA ESPITIA DE FAJARDO |
| **DEMANDADO:** | MUNICIPIO DE GACHANTIVA Y DEPARTAMENTODE BOYACÁ |
| **REFERENCIA:** | 15001-3333-001-2016-00018-01 |
| **MEDIO DE CONTROL:** | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| **TEMA:** | RECONOCIMIENTO Y PAGO DE PRESTACIONESSOCIALES Y SALARIALES - FUNCIONARIO DE HECHO |
| **ASUNTO:** | **SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA** Confirma ladecisión – niega pretensiones. |

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de primera instancia proferida el 26 de octubre de 2020 por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

# ANTECEDENTES

**DEMANDA**

# Declaraciones y condenas1

1. La señora MARÍA EUFEMIA ESPITIA DE FAJARDO, a través de apoderado judicial, instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el MUNICIPIO DE GACHANTIVA y el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, con el fin de obtener la nulidad de los actos administrativos S/N de 24 de septiembre de 2015 y No. 1.2.1-38-2015PQR40417 de 15 de octubre de 2015, expedidos por el Alcalde Municipal de Gachantivá y la Secretaría de Educación de Boyacá, respectivamente, por medio de los cuales se negó la vinculación, reconocimiento y pago de derechos laborales.
2. A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene el reconocimiento y pago de salarios dejados de pagar durante junio, julio y diciembre de 2012; enero, junio, julio y diciembre de 2013 y los mismos meses de 2014, así como enero de 2015. De igual forma pidió la nivelación salarial, mes a mes, hasta completar el SMMLV para cada año; auxilio de

cesantías, intereses a las cesantías, las primas de servicios, navidad, vacaciones, auxilio de transporte, subsidio de alimentación, vestido y calzado de labor, y los demás factores salariales y prestacionales que se pagan a los empleados públicos de las entidades demandadas.

1. También solicitó el pago de las cotizaciones en salud y riesgos profesionales, junto con la pensión contemplada en las Leyes 33 y 62 de 1985. En caso de no reconocerse la pensión, reclamó subsidiariamente se paguen los aportes en pensión a Colpensiones.
2. Finalmente demandó el pago de la indemnización moratoria por pago tardío de cesantías, salarios y prestaciones sociales, así como la sanción moratoria prevista en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993 por el no pago de aportes a pensión; y que se actualice las sumas adeudadas mes a mes.

# Fundamentos fácticos2

1. Como fundamentos fácticos de la demanda, el apoderado de la parte demandante enunció los que se resumen enseguida:
* La señora María Eufemia Espitia de Fajardo, fue vinculada de **forma verbal el 22 de enero de 1990** al municipio de Gachantivá, al cargo de **ecónoma**, para desempeñar actividades de preparación de alimentos a la población estudiantil de la escuela **Güitoque** de Gachantivá**,** hoy Institución Educativa Colegio de Educación Básica Güitoque, la cual depende de la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá.
* La remuneración mensual se pactó en un (1) SMMLV, en jornada laboral de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 3:00 p.m., en forma continua e ininterrumpida.
* Al inicio de la relación laboral, la remuneración fue pagada el 50% por el municipio de Gachantivá y el otro 50% la Asociación de Padres de Familia de esa institución. Durante los últimos 5 años de vinculación, el salario pagado fue el equivalente al 25% del SMMLV

*-quedando pendiente el restante 75%-,* valor pagado a través del operador designado por el municipio.

* La labor encomendada fue ejecutada de manera personal y subordinada, atendiendo las instrucciones de sus empleadores.
* El 26 de enero de 2015, el rector de la mencionada institución educativa, dio por terminada la relación laboral, sin manifestar los motivos de la decisión.

# Fundamentos de derecho y concepto de violación3

1. Consideró como preceptos normativos violados los siguientes:

**Norma supranacional:** derechos a la igualdad y dignidad humana.

**Constitucionales:** Preámbulo y Artículos 2, 13 y 53.

**Legales:** Leyes 11 de 1986, 4 de 1992, 6 de 1945, 65 de 1946, 50 de 1990,

244 de 1995, 344 de 1996, 432 de 1998, 100 de 1993, 70 de 1988, 3135 de

1968, 995 de 2005, 909 de 2004 y 1437 de 2011.

1. De forma concreta, dijo que existe una relación laboral de más de 25 años, siendo que el Municipio de Gachantivá a través de la Tesorería realizó pagos a la demandante. Agregó que existió una omisión de las demandadas en las normas que refieren a la vinculación de servidores públicos, lo cual ahora no puede servir como pretexto para negar unos derechos concernientes a salarios, prestaciones sociales, seguridad social y demás derivados de la vinculación laboral.
2. Finalmente sostuvo que: *“la administración municipal de Gachantivá (Boy) y la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá desconocen la normatividad establecida en la Ley 909 de 2004, procedimiento al cual debían sujetarse para vincular personal a laborar en los cargos que la reclamante ejerció durante el tiempo de vinculación de hecho que se produjo, y como consecuencia de esa omisión desconoce todos los derechos reclamados y que están amparados en las normas invocadas en este acápite”.*

# CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

* + **Departamento de Boyacá (ff. 83-85)**
1. Dentro del término establecido para ello y a través de apoderada judicial, la entidad demandada se opuso a todas las pretensiones de la demanda, en consideración a que no existió vinculación laboral entre la demandante y el Departamento de Boyacá, siendo que los hechos imputados son atribuibles al municipio de Gachantivá.

Propuso como excepciones las que denominó: *“falta de legitimación en la causa por pasiva”; y “Prescripción”.*

# Municipio de Gachantivá (ff. 86-98)

1. La apoderada del municipio presentó escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la prosperidad de la misma, argumentando para tal que, no existe prueba alguna que acredite que la señora María Eufemia Espitia de Fajardo estuvo vinculada a la entidad por el periodo comprendido entre los años 1990 a 2015.
2. Advirtió que las certificaciones de la prestación personal del servicio fueron expedidas por los directores del centro educativo y no por la Alcaldía municipal de Gachantivá. Agregó que el colegio pertenece al departamento de Boyacá y no existe prueba de pago de salarios u otras prestaciones de carácter laboral a favor de la accionante por parte del municipio. Tampoco se acredita la prestación personal del servicio, ni la subordinación.
3. Propuso como excepciones las que denominó: *“falta de legitimación en la causa por pasiva”; “Prescripción extintiva de derechos laborales”; “falta de jurisdicción y competencia”; “indebida acumulación de pretensiones”; “inexistencia de una relación laboral”;* e *“improcedencia en el reconocimiento y pago de factores salariales, prestaciones sociales y aportes a seguridad social, por inexistencia de la pretensión de declarar un contrato realidad”.*

# SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA4

1. El Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, mediante sentencia proferida el día el 26 de octubre de 2020, resolvió:

“**PRIMERO: NEGAR** Las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas”.

1. Para arribar a la anterior determinación, el *a quo* refirió que no se acreditó la existencia del cargo de “ecónoma” en la planta de personal del municipio de Gachantivá o el Departamento de Boyacá, por lo que no es dable señalar que la demandante ostentaba tal calidad en alguno de los entes territoriales.
2. Adujo que no se probaron los presupuestos para declarar la relación laboral encubierta, pues de los documentos allegados solo es posible determinar que la actora mantuvo un vínculo con el municipio durante

4 Arch. 59, dto, 10, exp. digital

varios años, pero el mismo fue de carácter accidental o esporádico, dado que fue interrumpido durante meses, e incluso años. De las pruebas testimoniales y del interrogatorio de parte, no es posible establecer que a la demandante se le adeuden salarios, ni tampoco que existiera una relación laboral encubierta.

1. Finalmente sostuvo que no es posible constatar que las labores desarrolladas por la actora sean las mismas que las desempeñadas por los servidores públicos vinculados en la planta de personal de la entidad o, si las mismas eran subordinadas.

# FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN5

1. El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, para lo cual argumentó lo siguiente:
2. Adujo que la señora María Eufemia Espitia prestó sus servicios como una **“**funcionaria de hecho”, dado que, durante casi 25 años, cumplió funciones de preparación de alimentos para los niños de la escuela de Güitoque.
3. Al efecto, indicó que el municipio de Gachantivá aportó pruebas documentales con las que se acredita que la entidad efectuó pagos a la demandante durante los años 1993, 1995, 1996, 1998 a 2009.
4. Agregó que la demandante prestó sus servicios en las instalaciones del centro educativo de Güitoque del municipio de Gachantivá, cumpliendo un horario y bajo las órdenes impartidas por el rector de la institución.

# TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

1. El recurso de apelación fue concedido mediante providencia de 28 de enero de 20216, el cual fue admitido por esta Corporación mediante proveído de 21 de mayo de 20217. Posteriormente, por medio de auto del 9 de julio de 2021, se prescindió de la audiencia de que trata el inciso 4° del artículo 247 del CPACA y se ordenó correr traslado para alegar de conclusión8 (fl. 318).

5 Arch. 59, dto, 14, exp. digital

6 Arch. 59, dto, 16, exp. digital

7 Arch. 5, instancia superior, exp. digital

8 Arch. 9, instancia superior, exp. digital

# ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

* + **Parte Demandada/Departamento de Boyacá9**
1. La apoderada de la entidad mediante escrito del 23 de julio de 2021, solicitó confirmar la decisión de primera instancia, por cuanto no se acreditó la existencia de vínculo laboral entre la demandante y la Secretaría de Educación de Boyacá, sino que, por el contrario, de las certificaciones que reposan en el plenario, se advierte que la vinculación como ecónoma correspondió directamente con el municipio de Gachantivá.
2. Agregó que, el programa de alimentación escolar en la institución educativa Güitoque de Gachantivá, en el periodo comprendido entre 1999 a 2012 fue ejecutado directamente por el ICBF y a partir de 2013 a 2015 fue adelantado por el departamento de Boyacá, pero únicamente para la financiación del programa y no para el suministro de raciones.

Para la ejecución del PAE, el departamento financiaba el 90% y el 10% el municipio de Gachantivá, para lo cual aportaba bienes y servicios destinados a la preparación, es decir que proveía el personal necesario.

1. La parte demandante y la demandada municipio de Gachantivá guardaron silencio dentro de la oportunidad dada para alegar de conclusión.

# CONCEPTO MINISTERIO PÚBLICO:

1. Por su parte el Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

# CONSIDERACIONES CONTROL DE LEGALIDAD

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dentro del trámite surtido hasta este momento procesal no ha encontrado la Sala causal de nulidad alguna que pueda invalidar la actuación realizada.

9 Arch. 13, instancia superior, exp. digital

# PROBLEMA JURÍDICO

1. En los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, corresponde a esta Sala establecer si:

- ¿A la demandante le asistió razón jurídica para reclamar del municipio de Gachantivá y del departamento de Boyacá el pago de salarios, diferencias salariales y las demás prestaciones salariales y prestacionales devengadas en igualdad de condiciones a los empleados públicos de las entidades demandadas, en atención a la labor por ella desempeñada como ecónoma de la institución educativa de Güitoque del municipio de Gachantivá ; o por el contrario, no existió certeza acerca de la existencia de un vínculo jurídico (contractual ,o legal y reglamentario) entre las partes en el lapso reclamado (tesis de las demandadas)?

**TESIS DE LA SALA**

1. *La Sala confirmará el fallo de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, por considerar que los presupuestos esenciales para que se configurara la figura del funcionario de hecho alegada, (existencia del cargo, el ejercicio de funciones en forma irregular y cumplir las funciones en igualdad de condiciones a un empleado de planta), no fueron acreditados debidamente por el demandante, en la medida que ni siquiera demostró la existencia del cargo de ecónoma dentro de la planta de personal de alguno de los entes territoriales demandados.*
2. *En el mismo sentido, dirá esta instancia que no puede predicarse la existencia de la figura de “funcionario de hecho” por cuanto la vinculación de la demandante no fue “irregular”, sino, por el contrario, la misma se dio en virtud de las órdenes de trabajo y los contratos de prestación de servicios, suscritos con el municipio de Gachantivá, es decir que las funciones desempeñadas por la demandante como ecónoma no las cumplió en virtud de una vinculación irregular, sino en cumplimiento de tales obligaciones contractuales.*
3. *Estima la Sala que la actora no acreditó fehacientemente que la prestación del servicio se llevara a cabo en igualdad de condiciones a un empleado de planta, esto es, bajo una prestación personal del servicio, y bajo una continuada subordinación y dependencia de un superior jerárquico.*
4. *Finalmente, resaltará esta instancia que no realizará el estudio sobre la configuración o no, del contrato realidad, con fundamento en las órdenes de trabajo y contratos de prestación de servicios, porque ello no fue un tema puesto en consideración, teniendo en cuenta que las peticiones presentadas ante las entidades demandadas en vía gubernativa no se refirieron a ello; en la demanda presentada no se incluyó dentro de las pretensiones, ni en los hechos, ni en el concepto de violación ese tema; y los argumentos del recurso de apelación van dirigidos exclusivamente a que se declare que la demandante es una “funcionaria de hecho” y nada se dice sobre la declaratoria de un contrato realidad. Todo lo anterior en virtud del principio de congruencia, sin que considere la sala que se violen derechos fundamentales del actor con ello.*

# MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

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

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

*[…]*

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

*[…]*

***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* […].”

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

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

*2. El diseño de cada empleo debe contener:*

1. *La descripción del contenido funcional del empleo, de tal manera que permita identificar con claridad las responsabilidades exigibles a quien sea su titular;*
2. *El perfil de competencias que se requieren para ocupar el empleo, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia, así como también las demás condiciones para el acceso al servicio. En todo caso, los elementos del perfil han de ser coherentes con las exigencias funcionales del contenido del empleo;*
3. *La duración del empleo siempre que se trate de empleos temporales […]”.*
4. Por su parte, el Decreto 770 de 200510 define el empleo en los siguientes términos:

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

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

1. Adicionalmente, el artículo 2 del Decreto 2400 de 196811, modificado por el artículo 1 del Decreto 3074 del mismo año, norma que se encuentra vigente, definió:

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

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

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

Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un

*10 «*Por el cual se establece el sistema de funciones y de requisitos generales para los empleos públicos correspondientes a los niveles jerárquicos pertenecientes a los organismos y entidades del Orden Nacional, a que se refiere la Ley 909 de 2004*», publicado en el Diario Oficial 45.855 de 19 de marzo de 2005.*

*11 «*Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones*».*

trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.

Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones” [12].

1. De acuerdo con lo anterior, se colige que (i) no hay empleo público sin funciones, (ii) este debe estar contemplado en la respectiva planta de personal, (iii) sus emolumentos deben estar previstos en el correspondiente presupuesto13 y (iv) la titularidad para ejercerlo se adquiere a partir de la respectiva posesión14.
2. Asimismo, coexisten tres maneras de vincularse con entidades del Estado, como (i) empleado público (por relación legal y reglamentaria)15,

(ii) trabajador oficial (mediante contrato de trabajo)16 y (iii) contratista de prestación de servicios (a través de contrato estatal)17, cada una con su propio régimen.

1. No obstante, la jurisprudencia18 del Consejo de Estado ha aceptado que excepcionalmente **existen funcionarios de *facto* o de hecho** o que

12 Lo subrayado fue declarado exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-614 de 2009, que se refirió entre otros criterios, a la permanencia como un elemento más que indica la existencia de una verdadera relación laboral.

13 Características concordantes con lo dispuesto en los numerales 14 del artículo 189, 7 del artículo 305 y 7 del artículo 315 de la Constitución Política.

14 En sentencia de 13 de febrero de 2014, con ponencia del entonces consejero de Estado Luis Rafael Vergara Quintero, la sección segunda, subsección A, radicado 1943-12, explicó:

«[…] 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 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 […]».

15 Regulado por la Ley 4ª de 1913 (artículo 2) y Decretos ley 2400 de 1968 (artículo 2) y 1042 de 1978 (artículo 2.) Para el desempeño en condición 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; en este sentido ver las Leyes 443 de 1998 y 909 de 2004.

16 Ver Ley 4ª de 1945, reglamentada por el Decreto 2127 de 1945 (artículos 1 a 4) y artículos 53 y 123 del Código Sustantivo del Trabajo.

17 Ver Decreto 222 de 1983 y Ley 80 de 1993.

18 Sobre la noción de funcionario de hecho pueden consultarse las sentencias de 25 de noviembre de 1991, expediente 4639; 6 de octubre de 1992, expediente AC-273; 31 de marzo de 1992,

expediente 4367; 15 de agosto de 1996, expediente 8886; 29 de junio de 2000, expediente 2443-

98; 8 de marzo de 2001, expedientes 417-00 y 2348-00; 10 de mayo de 2001, expediente 2450-99;

29 de agosto de 2002, expediente 2589-00; 13 de febrero de 2003, expediente 1454-02; 9 de junio

de 2011, expediente 1457-08; 28. de junio de 2012, expediente 1783-09; 2 de mayo de 2013,

expediente 1555-12, 5 de mayo de 2013, expediente 1363-2012, 15 de agosto de 2013, expediente

1622-12; octubre 10 de 2013, expediente 1184-12; 3 de febrero de 2014, expediente 1943-12 y 2300-

carecen de investidura o la tienen de manera irregular, con título o sin él, que ejercen funciones públicas; quienes en principio fueron identificados en los siguientes eventos: **(i)** cuando sin nombramiento ni elección conocidos, un individuo desempeña una función pública bajo tales circunstancias de reputación o aquiescencia que inducen al público a considerarlo como funcionario legítimo; **(ii)** cuando la elección o el nombramiento han existido y son válidos, a pesar de que el funcionario ha dejado de cumplir un requisito o condición legal; **(iii)** cuando ha habido elección o nombramiento, pero el funcionario es inelegible, o falta competencia al órgano que lo nombró o eligió o hubo irregularidad o defecto en el ejercicio de la competencia y esas circunstancias son desconocidas por los ciudadanos; y **(iv)** cuando el nombramiento o elección se ha realizado de acuerdo con una ley que más tarde es declarada inconstitucional19.

1. A pesar de lo anterior, de conformidad con la evolución jurisprudencial, se clasifican en dos grupos:
2. En los períodos de normalidad institucional, cuando media título que habilita para el ejercicio de la función pública, pero por causas anteriores o sobrevinientes resulta inválido o deja de surtir efectos, *verbi gratia* la designación de una persona que no reunía las condiciones legales exigidas, por lo que luego es revocada; quien posteriormente a su designación se inhabilita para el ejercicio del cargo y, sin embargo, continúa ejerciéndolo; etc.
3. En circunstancias de anormalidad institucional, como las producidas por guerras, revoluciones, desastres o calamidades, entre otras, que no tienen título legal alguno, pero asumen a su cargo ciertas funciones públicas, dado el vacío, desaparición o vacancia de quien las ejercía o debería ejercer.
4. A guisa de corolario, los requisitos esenciales para que se configure el funcionario de hecho en los períodos de normalidad institucional son: **a) que existan de *jure* el cargo** (en la planta de personal20) y la función ejercidos irregularmente, y **b)** que se desempeñe en la misma forma y apariencia como la persona regularmente designada21.

12; 27 de abril de 2016, expediente 2275-15, 5 de mayo de 2016, expediente 2119-15, todas de la sección segunda de esta Corporación.

19 Sentencia de 18 de septiembre de 2001, expediente S-472, de la sala de lo contencioso- administrativo del Consejo de Estado.

20 Ver sentencia de la sección segunda, subsección B, de 28 de julio de 2005, radicado 5212-03, con ponencia del entonces consejero de Estado Tarcisio Cáceres Toro.

21 Consejo de Estado, sección segunda, subsección A, consejero ponente Alberto Arango Mantilla, sentencia de 15 de marzo de 2007, expediente 25000-23-25-000-1996-41885-01(6267-05), reiterado, entre otras, por la subsección B de la sección segunda en el fallo de 9 de junio de 2011, radicado 85001-23-31-000-2005-00571-01(1457-08).

1. 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 situaciones22.
2. Cabe aclarar que cuando se indica que las funciones deben ser ejercidas de manera irregular, se refiere a que la persona que las cumple no se vinculó al servicio público con el lleno de los requisitos para que surja la vinculación legal y reglamentaria, esto es, no existe nombramiento o elección (según el tipo de cargo), ni tampoco la posesión, o tales presupuestos, pese a que existieron, ya no están vigentes.
3. Sin embargo, por el hecho de haber laborado para el Estado, en tal condición, no se adquiere la condición de empleado público, no obstante, los actos administrativos expedidos por estos funcionarios de *facto* están amparados por la presunción de legalidad, de la misma manera que lo están los de los funcionarios de *jure*, en aras de la conservación del orden jurídico y las relaciones entre la administración y los ciudadanos23, y también les son aplicables las inhabilidades e incompatibilidades propias de aquellos24.

# Material probatorio.

1. En el proceso se probaron los siguientes hechos relevantes para la solución del caso:
2. De las pruebas documentales:

- Copia de las siguientes órdenes de trabajo y/o contratos expedidos por el Alcalde Municipal de Gachantivá, **en donde se vincula** a la señora María Eufemia Espitia, para la preparación de alimentos a los niños de la escuela de Güitoque. Según certificados presupuestales de egresos del municipio de Gachantivá se pagó a favor de la demandante, lo siguiente (CD fl. 190):

22 Consejo de Estado, sección segunda, subsección A, consejero ponente Luis Rafael Vergara Quintero; sentencia de 13 de febrero de 2014, expediente 05001-23-31-000-2003-01050-01(1943-12). 23 Sentencias de la sección segunda del Consejo de Estado de 28 de noviembre de 1996, radicado 13846 y de septiembre 26 de 1991, exp. 1453.

24 A la misma conclusión arribó la sección quinta en auto de 13 de enero de 1994 (radicado 1090).

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **FECHA DE ORDEN DE TRABAJO Y/O****CONTRATO** | **DURACIÓN** | **CUENTA DE COBRO/ ORDEN DE PAGO** | **VALOR PAGADO** |
| 1/05/1993 | Mayo y junio de 1993 | No. 159 de 18/07/1993.Resolución de 18/07/1993 | $16.000 |
| 28/11/1993 | Julio, agosto, octubre y noviembre de 1993 | No. 439 de 28/11/1993.Resolución de 18/07/1993 | $32.000 |
| 1/05/1996 | Mayo, junio y julio de 1996. Así mismo refiere que se pagará los meses de febrero,marzo y abril de 1996 | De 14/09/1996.N/A | $180.000 |
| 1/02/1999 | Febrero, marzo y abril de 1999 | No. 731 de 20/06/1999.Oficio del 30/05/1999 | $210.000 |
| 2/05/1999 | Mayo, 15 días de junio y 15 días de julio de 1999 | No. 868 de 24/08/1999.Oficio del 31/07/1999 | $140.000 |
| 1/08/1999 | Agosto y septiembre de 1999 | No. 22 de 14/11/1999.Oficio del 14/11/1999 | $140.000 |
| 1/10/1999 | Octubre y noviembre de 1999 | No. 1159 de 27/12/1999.Oficio del 05/12/1999 | $140.000 |
| 1/02/2000 | Febrero y marzo de 2000 | No. 1384 de 03/04/2000.Oficio de 06/04/2000 | $180.000 |
| 30/03/2000 | Abril y mayo de 2000 | No. 1521 de 31/05/2000.Oficio de 31/05/2000 | $180.000 |
| 1/06/2000 | De junio hasta agosto de 2000, durante los días laborados por la comunidad educativa | No. 1791 de 05/09/2000.Oficio de 05/09/2000 | $180.000 |
| 31/08/2000 | Septiembre y octubre de 2000, durante los días laborados por la comunidad educativa | No. 2057 de 27/11/2000.Oficio de 20/11/2000 | $180.000 |
| 31/10/2000 | Noviembre de 2000, durante los días laborados por la comunidad educativa | No. 2116 de 05/12/2000.Oficio de 03/12/2000 | $90.000 |
| 31/01/2001 | Febrero y marzo de 2001, durante los díaslaborados por la comunidad educativa | No. 2176 de 07/05/2001.Oficio de 07/05/2001 | $198.000 |
| 31/05/2001 | Junio y julio de 2001, durante los díaslaborados por la comunidad educativa | De 14/08/2001.Oficio de 14/08/2001 | $198.000 |
| 30/04/2002 | Del 2 al 31 de mayo de 2002, durante los días laborados por lacomunidad educativa | No. 3246 de 12/02/2002.Oficio de 12/06/2002 | $107.000 |
| 30/05/2002 | Junio y julio de 2002, durante los días | No. 3382 de 25/09/2002. | $160.000 |

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | laborados por la comunidad educativa | Oficio de 24/09/2002 |  |
| 30/01/2003 | Febrero y marzo de 2003, durante los días laborados por la comunidad educativa | No. 3863 de 14/04/2003.Oficio de 14/04/2003 | $70.000 |
| 31/03/2003 | A partir de abril de 2003, durante los días laborados por la comunidad educativa | N/A | $70.000 |
| 29/05/2003 | A partir de junio de 2003, durante los días laborados por la comunidad educativa | No. 777 de 28/09/2003, por el 1º al 20 de junio, del 21 al 31 de julio y agosto de 2003.Oficio de 26/09/2003 | $70.000 |
| 29/01/2004 | A partir de febrero de 2004, durante los días laborados por la comunidad educativa | No. 208 de29/04/2004, por febrero y marzo de 2004.Oficio de 29/04/2004 | $80.000 |
| 31/03/2004 | A partir de abril de 2004, durante los días laborados por la comunidad educativa | No. 376 de 22/06/2004, por abril, mayo y 17 días de junio de 2004.Oficio de 22/06/2004 | $102.667 |
| 19/07/2004 | A partir del 20 de julio de 2004, durante los días laborados por la comunidad educativa | No. 1008 de 29/04/2004, por el periodo comprendido entre el 20 de julio y el 30 de noviembre de 2004.Oficio de 12/12/2004 | $173.330 |
| 22/01/2005 | A partir del 24 de enero de 2005, durante los días laborados por la comunidad educativa | No. 392 de 05/06/2005, por el periodo comprendido entre el 24 de enero y el 17 de junio de 2005.Oficio de 05/07/2005 | $250.000 |
| 15/07/2005 | A partir del 18 de julio de 2005, durante los días laborados por la comunidad educativa | No. 807 de 19/12/2005, por el periodo comprendido entre el 18 de julio y el 02 de diciembre de 2005.Oficio de 19/12/2005 | $250.000 |
| 27/01/2006 | Desde el 1 de febrero al17 de junio de 2006, durante los días laborados por lacomunidad educativa | No. 310 de 04/07/2006.Oficio de 04/07/2006 | $300.000 |
| 16/07/2006 | Desde el 17 de julio al 30 de noviembre de 2006, durante los días laborados por lacomunidad educativa | No. 705 de 18/12/2006.Oficio de 18/12/2006 | $300.000 |
| 21/01/2007 | Desde el 22 de enero al15 de junio de 2007, durante los días | No. 407 de 28/06/2007.Oficio de 28/06/2007 | $325.000 |

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | laborados por la comunidad educativa |  |  |
| 09/06/2008 | 123 días hábiles, contados desde la firma del contrato | No. 25 de 11/12/2008.Acta de liquidación de 28/11/2008.Resolución de 16/12/2008. | $1.000.000 |
| 04/09/2009 | 91 días contados a partir del 04 de septiembre al 7 de diciembre de 2009 | No. 65 de 22/12/2009.Acta de liquidación de 07/12/2009.Resolución de 07/12/2009. | $650.000 |

- Sendas certificaciones expedidas por la directora de la Escuela Güitoque del municipio de Gachantivá, en las que se refiere que la señora María Eufemia Espitia Fajardo prestó sus servicios en el restaurante escolar, así:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **FECHA DE LA CERTIFICACIÓN** | **PERIODO** | **FOLIO** |
| 17/07/1993 | Mayo y junio de 1993 | CD fl. 190 |
| 17/07/1993 | Julio hasta noviembre de 1993 | CD fl. 190 |
| 31/08/1996 | Mayo hasta julio de 1996 | CD fl. 190 |
| 01/09/1996 | Febrero hasta abril de 1996 | CD fl. 190 |
| 08/12/1998 | Septiembre hasta noviembre de 1998 | CD fl. 190 |
| 30/04/1999 | Febrero hasta abril de 1999 | CD fl. 190 |
| 24/08/1999 | Mayo, 15 días de junio y 15 días de julio de 1999 | CD fl. 190 |
| 12/11/1999 | Agosto y septiembre de 1999 | 22 y CD fl. 190 |
| N/A | Octubre y noviembre de 1999 | CD fl 190 |
| 06/04/2000 | Febrero hasta marzo de 2000 | CD fl 190 |
| 07/09/2000 | 10 días de junio, 20 días de julio y agosto de 2000 | CD fl 190 |
| 17/11/2000 | Septiembre y octubre de 2000 | 23 y CD fl. 190 |
| 04/06/2000 | Abril y mayo de 2000 | CD fl. 190 |
| 30/11/2000 | Noviembre de 2000 | CD fl 190 |
| 16/04/2001 | Febrero y marzo de 2001 | 24 y CD fl. 190 |
| 02/08/2001 | Junio y julio de 2001 | CD fl. 190 |
| 30/04/2002 | Desde el 28 de enero hasta abril de 2002 | 25 |
| 12/05/2002 | Mayo de 2002 | CD fl. 190 |
| 13/09/2002 | 15 días de junio y 15 días de julio de 2002 | CD fl. 190 |
| 11/04/2003 | Febrero y marzo de 2003 | CD fl. 190 |
| 06/06/2003 | Abril y mayo de 2003 | 26 |
| 25/09/2003 | 15 días de junio, 15 días de julio y agosto de 2003 | CD fl. 190 |
| 10/12/2003 | Desde septiembre hasta el 5 de diciembre de 2003 | 27 |
| 15/12/2003 | Durante 10 meses del año 2003 | CD fl. 190 |
| 29/04/2004 | Febrero y marzo de 2004 | 28 y CD fl. 190 |
| 17/06/2004 | Abril, mayo y 17 días de junio de 2004 | CD fl. 190 |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 30/11/2004 | 10 días de julio, agosto, septiembre, octubre y noviembre de 2004 | CD fl. 190 |
| 24/06/2005 | Desde el 24 de enero al 17 de junio de 2005 | CD fl. 190 |
| 17/11/2005 | 15 días de junio, 15 días de julio, agosto,septiembre, octubre y noviembre de 2005 | CD fl. 190 |
| 15/06/2006 | Febrero, marzo, abril, mayo y 15 días de junio de 2006 | CD fl. 190 |
| 25/01/2007 | Desde el 17 de julio al 30 de noviembre de 2006 | CD fl. 190 |
| 20/06/2007 | Desde el 22 de enero hasta el 15 de junio de 2007 | 29 y CD fl. 190 |
| 19/06/2009 | Desde el 26 de enero hasta el 19 de junio de 2009 | 31 |
| 09/12/2009 | Desde el 13 de julio hasta el 04 de diciembre de 2009 | 32 y CD fl. 190 |

* En los actos administrativos demandados se indicó (fls 53-57):
	+ Oficio de 24 de septiembre de 2015, suscrito por el Alcalde Municipal de Gachantivá que: *“no se encuentra en los archivos de vinculación alguna de su representada MARÍA EUFEMIA ESPITIA DE FAJARDO, ya sea de tipo legal o contractual con esta Entidad (…)”.*
	+ Por su parte, en el oficio de 15 de octubre4 de 2015, suscrito por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Secretaría de Educación de Boyacá se señaló: *“que una vez revisada la información por usted indicada, se puede advertir que no existe Historias Laborales de la Secretaría de Educación de Boyacá relación alguna respecto a la señora MARÍA EUFEMIA ESPITIA DE FAJARDO (…) ni obra en la nómina del Departamento de Boyacá como servidora pública ni contratista.”*
* Mediante oficio de 27 de marzo de 2018, el Alcalde Municipal de Gachantivá, señaló (fl 191):

“1. De los años 1990 a 2009 el municipio fue el encargado de administrar el programa de Alimentación escolar PAE; del 2010 al 2015 se llevó a cabo a través de operadores privados (…).

1. De 1990 a 2009, el municipio fue el encargado de todas las actividades respecto a la Alimentación escolar PAE, incluyendo la **contratación de las ecónomas a través de ordenes de trabajo** (…)
2. En el año 2010 el municipio realizó contrato No. 15/26/2009/764 con UNIÓN TEMPORAL “NUTRIBOY”.
3. Desde 1993 y hasta 2009 el municipio contrató a la señora **María Eufemia Espitia** para preparar la colada de los niños de la escuela Güitoque, la forma de contratación se llevó a cabo mediante

Órdenes de trabajo y por periodos no consecutivos (…), del 2010 en adelante el operador privado fue el encargado de contratar a las ecónomas, y por lo tanto del pago correspondiente”.

* Oficio del 03 de abril de 2018, a través del cual el rector de la institución educativa Güitoque, refiere que: *“Las labores desarrolladas por las “colaboradoras” en los restaurantes escolares para el periodo correspondiente a los años 1990 a 2015, se establecían bajo la dirección de la Asamblea General de padres de familia siguiendo los lineamientos del Instituto Colombiano Familia y los operadores correspondientes, sin generar ningún vínculo laboral con la Institución Educativa. Revisado el archivo de la Institución no se encontró información relacionada a vínculos laborales de la señora MARÍA EUFEMIA ESPITIA DE FAJARDO, por lo tanto, no puedo responder que tipo de vinculación tuvo con la institución ni expedir certificados de factores salariales”* (fl 176)*.*
1. De la prueba testimonial y de la declaración de parte rendidas dentro de la audiencia de pruebas del 5 de abril de 2018 (CD fl. 185):
* Testimonio rendido por la señora **Elsa Marina Saavedra** (Minuto 9:23), quien señaló:
	+ Los hijos de la declarante estudiaban en Gachantivá viejo y Güitoque, más o menos en los años 92 y 95, cuando la demandante trabajaba allá.
	+ El hijo se graduó en el año 2015 y hasta esa fecha vio trabajando a la demandante.
	+ La declarante solo iba al colegio cuando había reuniones, pero no sabe a quién le cumplía órdenes la señora María Eufemia, ni tampoco quien le pagaba el salario.
	+ Trabajaba de 8:00 a.m. a 3:00 p.m.
	+ La declarante vive aproximadamente a 2 km de la escuela.
* Testimonio rendido por el señor **Jeffer Gonzalo Cuellar Saavedra**

(Minuto 27:43), quien indicó:

* + Es yerno de la demandante, la conoce desde el año 1998, porque estudiaba en una escuela vecina.
	+ La vio trabajando hasta el 2014.
	+ Trabajaba desde las 8:00 a.m. hasta las 4:00 p.m., era ecónoma y preparaba los alimentos para los niños.
	+ Desconoce si recibía pago por el trabajo, o a quien le cumplía órdenes de trabajo.
* Testimonio rendido por la señora **Luz Dary Tovar Castillo** (Minuto 40:20), quien adujo:
	+ Conoce a la demandante desde que la declarante estudiaba en la escuela y después sus hijos estudiaron ahí.
	+ Siempre veía a la señora María Eufemia en la escuela.
	+ La declarante termino sus estudios en el 97, hizo hasta tercero primaria e ingreso a su hijo mayor en el año 2003. Vio a la demandante laborar aproximadamente hasta el 2015.
	+ En las reuniones del colegio decían que ella era la ecónoma y

preparaba los alimentos de los niños.

* + No sabe a quién le cumplía órdenes la demandante, ni tampoco si recibía o no pago alguno.
	+ En el 2006, la declarante era parte de la junta de la Asociación de Padres y le consta que le pagaba una parte y la Alcaldía le pagaba la otra parte.
* Testimonio rendido por el señor **José Pompilio Castillo Sáenz** (Minuto 55:15), quien indicó:
	+ Conoce a la demandante desde hace 30 años aproximadamente, porque viven cerca, sabe que ella laboró en el colegio de Güitoque desde hace 25 años, hasta hace más o menos 2 años.
	+ Los hijos del declarante estudiaron allá desde hace 16 años, en el 2001 hasta el 2016.
	+ Entraba a laborar a las 8 de la mañana hasta las 2:30 o 3:00 de la tarde.
	+ No sabe a quién le cumplía órdenes.
	+ Una parte le pagaba el municipio y otra los padres de familia.
	+ Ella les preparaba alimentos a los niños en la escuela y arreglaba la cocina.
* Testimonio rendido por el señor **Jorge Guerrero Monsalve** (Minuto 1:09:43), quien indicó:
	+ Conoce a la demandante desde hace 20 años trabajando en el colegio de Güitoque cocinando para los niños.
	+ Ingreso a trabajar en el año 1990 hasta el 2015.
	+ Tenía jornada de 8:00 a.m. a 3:00 p.m.
	+ No sabe si recibía ordenes o tenía jefe, tampoco quien le pagaba.
* Declaración de parte rendida por la señora **María Eufemia Espitia de Fajardo** (Minuto 1:19:57 CD fl. 344), a lo cual indicó:
	+ Laboró como ecónoma haciéndole de comer a los niños desde el año 2009 hasta el 2015. Trabajo 26 años, más adelante rectificó que fue desde el año 1990.
	+ Trabajaba desde las 7:30 de la mañana hasta las 3 o 4 de la tarde, hasta que dejaba cocina arreglada.
	+ En ese tiempo la profesora Carmenza, ella era quien la dirigía. No tenía jefe inmediato, nadie le decía nada.
	+ Una parte la pagaba la institución y otra el municipio. Después llegó una empresa que era la que traía el mercado y ellos eran los que le pagaban.
	+ Ninguno le pagaba seguridad social.
	+ No le pagaban cuando los niños estaban en vacaciones o los días festivos.
	+ Le empezaron pagando $150, porque entraba a las 8 de mañana y salía a las 12 del medio día haciendo solamente colada, en los últimos años le pagaban dependiendo los días que trabajara, más o menos

$150.000 o $250.000.

* + Ninguno de los alcaldes le dijo que siguiera trabajando y los rectores simplemente le dejaban seguir ejerciendo la actividad.

# CASO CONCRETO

1. En el sub lite, la señora María Eufemia Espitia de Fajardo deprecó la nulidad de los oficios de 24 de septiembre de 2015 y 15 de octubre de 2015, suscritos por el alcalde del municipio de Gachantivá y el asesor jurídico de la Secretaría de Educación de Boyacá, respectivamente, en los que se niega la solicitud de reconocimiento y pago de los derechos salariales y prestacionales, a los que a su juicio cree tener derecho por haberse desempeñado como ecónoma de la escuela de Güitoque del municipio de Gachantivá (hoy institución educativa Güitoque) dentro del periodo comprendido del 22 de enero de 1990 al 26 de enero de 2015.
2. Sobre el particular, precisó que su vinculación al municipio de Gachantivá fue de forma verbal; que la labor encomendada de preparación de alimentos fue ejecutada de manera personal y subordinada; no se vinculó de manera regular a la administración, a través de un acto legal y reglamentario, por lo que se constituye en funcionaria de hecho; y las demandadas desconocieron la normatividad para vinculación de personal (Ley 909 de 2004).
3. Visto lo anterior, y en aras de la claridad, esta Sala analizará si el ejercicio de la función que desempeñó la señora María Eufemia Espitia de Fajardo dentro del periodo comprendidos entre el 22 de enero de 1990 hasta el 26 de enero de 2015, se presentó la figura de funcionario de hecho, en razón a que no puede confundirse con la existencia del contrato realidad, que podría predicarse respecto de la suscripción de las órdenes y contratos de prestación de servicios ya mencionados en el acápite anterior.
4. Esta determinación cobra importancia, toda vez que como se indicó, durante algunos periodos se suscribieron órdenes de trabajo y contratos de prestación de servicios, situación que, si bien puede ser analizada a través de la figura del contrato realidad, no se ajusta a los términos del funcionario de hecho, causa petendi la cual versa la demanda.
5. Así las cosas, esta instancia no realizará el estudio sobre la configuración o no del contrato realidad en el sub lite por las siguientes razones:
6. Porque las peticiones presentadas ante las entidades demandadas en vía gubernativa no se refirieron a ello. En efecto, en la mismas se solicitó que se reconociera y pagara los derechos

laborales causados entre el 22 de enero de 1990 y el 26 de enero de 2015, **derivados de un contrato verbal**25.

1. 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**26.
2. 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 Espitia de Fajardo.
3. Si la Sala se pronunciara sobre la existencia de un contrato realidad luego de lo expuesto, vulneraría el debido proceso de las entidades demandadas toda vez que agregaría una nueva pretensión a la demanda que no fue incluida ni en vía gubernativa, ni en la demanda y desconocería también el principio de congruencia.
4. De acuerdo a lo expuesto, esta Sala determinará si en el sub examine se cumplieron los requisitos exigidos jurisprudencialmente para que se declare la existencia de un funcionario de hecho.

# Existencia del cargo

1. No se probó que en la planta de personal de las entidades demandadas existiera el cargo de ecónoma para la Institución Educativa, toda vez que no se aportó el manual de funciones de la entidad en el que se determinara la estructura de dicho cargo con sus respectivas funciones.
2. De esta manera, como lo ha indicado el Consejo de Estado al resolver asuntos similares27 no se cuentan con elementos probatorios que le permitan inferir que dentro de la planta de personal de las entidades demandadas para los años 1990 a 2015 existiera el cargo denominado “***ecónoma*”,** que afirma la accionante ocupó al servicio del municipio de Gachantivá y el departamento de Boyacá, requisito indispensable para que se configure la forma de vinculación anormal con la administración.

25 Fls 39-45 y 45-52

26 Fls 3-20

27 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 5 de mayo de 2016, C.P. William Hernández Gómez, número de radicación 85001-23- 31-000-2012-00032-02(2119-14).

1. Al no demostrarse la existencia del cargo en la planta de personal, no puede considerarse que la señora María Eufemia Espitia de Fajardo ostentó la calidad de *“funcionario de hecho*”; sin embargo, en aras a garantizar el derecho al acceso a la justicia, la Sala examinará el resto de los elementos necesarios para demostrar este tipo de vinculación.

# Ejercicio de las funciones de forma irregular.

1. Tal y como se indicó en líneas que anteceden, en el presente asunto se demostró que la señora María Eufemia Espitia de Fajardo se vinculó con el municipio de Gachantivá mediante ordenes de trabajo y contratos de prestación de servicios de manera interrumpida entre mayo de 1993 y diciembre de 2009.
2. 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 las ordenes de trabajo y 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 en las consideraciones generales de esta providencia.
3. 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 estatales suscritos con el municipio de Gachantivá, según quedó demostrado.
4. Así las cosas, las funciones desempeñadas por la demandante como ecónoma no las cumplió en virtud de una vinculación irregular, sino en cumplimiento de las ordenes de trabajo y los contratos de prestación de servicios suscritos con la entidad territorial.

# Que cumpla las funciones de la misma forma como lo haría un funcionario público

1. Si bien a las diligencias se allegaron certificaciones suscritas por el alcalde municipal de Gachantivá y la directora de la institución educativa Güitoque de Gachantivá, en las que se da cuenta que la señora María Eufemia Espitia prestó sus servicios en la preparación de alimentos dentro de los periodos comprendidos entre mayo de 1993 y diciembre de 2009 -salvo las interrupciones-; lo cierto es que ello no le

otorga a la demandante la condición de funcionario de hecho, pues para que pueda considerarse así, era necesario tener la certeza de la existencia del cargo, lo que no se definió en el caso concreto28.

1. En efecto, la no acreditación de ello, acarrea como consecuencia lógica, ***i)*** la no demostración de la existencia de las funciones debidamente reglamentadas que la señora María Eufemia Espitia al parecer cumplió para la entidad demandada, y ***ii)*** que, en el presupuesto de la alcaldía, no se fijó un rubro para cubrir el pago de los salarios y prestaciones sociales de quien ocupara el mentado cargo.
2. Ahora bien, al plenario no se allegó ninguna prueba que permitiera evidenciar el elemento de la subordinación. Advierte la Sala que no reposa documento alguno del cual se evidencia órdenes y llamados de atención por parte de un superior jerárquico en el que precisara las funciones a desarrollar. Además de lo anterior, no obra documento que demuestre que el alcalde municipal o algún funcionario diferente le asignara un horario y tareas referidas al cargo de ecónoma.
3. En relación a las pruebas testimoniales y de declaración de parte rendidas dentro de las diligencias, si bien de las mismas se desprende que la demandante en algunas oportunidades era la persona encargada de preparar los alimentos en la institución educativa Güitoque de Gachantivá; no se evidencia la continuidad, permanencia y la subordinación propia de la relación laboral.
4. En dichas pruebas no se refiere con claridad quien era la persona encargada de darle órdenes a la demandante, es decir, no realizaron una descripción de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que la señora Espitia de Fajardo recibió las ordenes en la prestación de servicio de ecónoma. Valga señalar que los testigos, además señalaron que desconocían quien le pagaba a la demandante.
5. En el interrogatorio de parte, la demandante al preguntársele acerca de quién recibía órdenes expresó que *“nadie me decía nada”* y sobre el horario expresó que salía *“cuando dejaba cocina arreglada”*, lo que permite colegir a la Sala que no hay certeza de la imposición de horario y que sus actividades desempeñadas no estaban sometidas a subordinación o dependencia de las entidades territoriales demandadas.

28 Posición adoptada por en sentencias del Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección A, expediente 5779-18, sentencia del 23 de julio de 2020, consejero Ponente: Gabriel Valbuena Hernández; y expediente 2119-14, sentencia del 5 de mayo de 2016, consejero Ponente: William Hernández Gómez.

1. De lo anterior, se tiene que el material probatorio es insuficiente para demostrar el ejercicio irregular del cargo de ecónoma de la institución educativa Güitoque de Gachantivá, por cuanto no se puede establecer con claridad que existieron los elementos propios de una relación laboral, en especial la subordinación, en la medida que no existe prueba alguna que dé certeza que la señora Espitia de Fajardo recibía órdenes o directrices propias de la gestión desempeñada.
2. Así las cosas, se indicará que no se probaron los presupuestos que configuran la figura del funcionario de hecho, según se explicó en el acápite normativo y jurisprudencial: “los requisitos esenciales para que se configure el funcionario de hecho en los períodos de normalidad institucional son, que existan de jure el cargo y la función ejercidas irregularmente y que el cargo se ejerza en la misma forma y apariencia como lo hubiera desempeñado una persona designada regularmente”29**.**
3. Por lo anteriormente expuesto, la Sala confirmará la sentencia impugnada en razón a que no aparecen debidamente probados los elementos que configuran la relación de hecho, lo que no da lugar a que se acceda a las pretensiones de la demanda.
4. Finalmente, advierte la Sala que la Magistrada Dra. Beatriz Teresa Galvis Bustos, quien hace parte de esta Sala de decisión, manifestó su impedimento para decidir en el presente asunto, fundamentada en la causal No. 4 del artículo 130 del CPACA, al señalar que su hija suscribió contrato de prestación de servicios con la Gobernación de Boyacá el 24 de enero de 2022, adquiriendo la calidad de contratista con la entidad territorial.
5. Advierte la Sala que, con el propósito de asegurar la imparcialidad e independencia en la administración de justicia, la Ley ha establecido ciertas circunstancias de orden subjetivo y objetivo, que impiden a los funcionarios judiciales conocer de determinados asuntos. En efecto, los impedimentos y recusaciones tienen como finalidad, salvaguardar los principios de independencia de la función jurisdiccional e imparcialidad, por ende, tienen un carácter taxativo y su interpretación debe hacerse en forma restringida.
6. En ese sentido, cuando un operador judicial, que esté conociendo de un determinado asunto sometido a su consideración, se percate de la configuración de alguna de las causales de impedimento, consagradas,

29 Tesis expuesta por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, sentencia del 27 de mayo de 2021, Radicación número: 41001-23-31- 000-2011-00359-01(4863-16).

ya sea en el artículo 130 del C.P.A.C.A. o de alguna otra contenida en el citado artículo 141 del C.G.P., debe atender el trámite estipulado en el artículo 131 del C.P.A.C.A.

1. Así las cosas, se tiene que la Honorable Magistrada Beatriz Teresa Galvis Bustos, mediante escrito de fecha 27 de enero del corriente año, manifiesta su impedimento para intervenir en el asunto de la referencia, alegando la causal 4ª del artículo 130 del C.P.A.C.A, toda vez que al suscribir su hija contrato de prestación de servicios con la Gobernación de Boyacá, se cumple el supuesto que dispone:

“ARTÍCULO 130. CAUSALES. Los magistrados y jueces deberán declararse impedidos, o serán recusables, en los casos señalados en el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil y, además, en los siguientes eventos:

(…)

4. Cuando el cónyuge, compañero o compañera permanente**, o alguno de los parientes del juez hasta el segundo grado de consanguinidad**, segundo de afinidad o único civil, **tengan la calidad de** asesores **o contratistas de alguna de las partes** o de los terceros interesados vinculados al proceso, o tengan la condición de representantes legales o socios mayoritarios de una de las sociedades contratistas de alguna de las partes o de los terceros interesados”. (Resaltado fuera de texto original).

1. En tal sentido, al encontrarse fundado el impedimento manifestado, se aceptará el mismo, con el fin de garantizar el principio de imparcialidad.

# CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

1. De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 188 del CPACA, no se dictará condena en costas en esta instancia por no evidenciarse su causación. Lo anterior teniendo en cuenta que la reforma introducida al respecto por la ley 2080 de 2021 no es aplicable a este caso en razón de la fecha de presentación del recurso de apelación, conforme a su artículo 8630.

30 **ARTÍCULO 86. RÉGIMEN DE VIGENCIA Y TRANSICIÓN NORMATIVA.** La presente ley rige a partir de su publicación, con excepción de las normas que modifican las competencias de los juzgados y tribunales administrativos y del Consejo de Estado, las cuales solo se aplicarán respecto de las demandas que se presenten un año después de publicada esta ley.

(…)

De conformidad con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo [624](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012_pr015.html#624) del Código General del Proceso, las reformas procesales introducidas en esta ley prevalecen sobre las anteriores normas de procedimiento desde el momento de su publicación y solo respecto de los procesos y trámites iniciados en vigencia de la Ley [1437](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html#INICIO) de 2011.

En estos mismos procesos, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o

1. Así mismo, es preciso decir que en sentencia de 24 de junio de 202031, proferida por este Tribunal, se resaltó que, sobre el tema, existían diversas posiciones ―no consolidadas― al interior del Consejo de Estado. En aquella ocasión, se refirió lo siguiente:

“(…) **[L]a Sala no accederá a la condena en costas** pedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil **al evidenciar que al respecto existen posturas encontradas al interior de las subsecciones del Consejo de Estado, aplicando en algunas oportunidades el criterio subjetivo de valoración de conducta de las partes - como mala fe y temeridad - y en otras el criterio objetivo determinado por su causación y por los eventos contemplados en el artículo 365 del Código General del Proceso**.

Al efecto, se encuentran los siguientes pronunciamientos:

Sentencia proferida el 20 de septiembre de 2018 por la Subsección "A" con ponencia del Consejero Doctor William Hernández Gómez, dentro del expediente con radicación número: 20001-23-33-000-2012- 00222- 01(1160-15):

“(…) Por lo anterior, se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que, tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia, el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público.

Así mismo, de la lectura del artículo 365 del Código General del Proceso, se observa que varias de las situaciones por las que se impone el pago de las costas del proceso, están relacionadas con el hecho de que una de las partes resultó vencida en el juicio, sin que para tal efecto se indique que adicionalmente debe verificarse mala fe o temeridad (…)”.

No obstante, en sentencia de la misma fecha, la Subsección "B" con ponencia de la Consejera Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, en el expediente con radicación No. 68001-23-33-000-2014-00988-01(3301-17), expuso:

“(...) Finalmente observa la Sala que el tribunal de primera instancia condenó en costas a la entidad demandada aplicando una tesis objetiva pues no se refirió a la conducta desplegada por la demandada en el curso del proceso judicial -, por lo cual se precisa que esta no puede ser impuesta por el simple hecho de resultar vencida una parte dentro de un proceso judicial adelantado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, toda vez que para adoptar esa decisión, se debe establecer y estar comprobado en el proceso, que la parte vencida realizó

diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones.

31 TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ - SALA SEGUNDA DE DECISIÓN. Tunja, 24 de junio de 2020.

Magistrado ponente: Luís Ernesto Arciniegas Triana. Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho. Demandante: Martha Yaneth Perilla Rojas. Demandado: Departamento de Boyacá y otros. Expediente: 15759-33-33-008-2018-00132-01.

conductas temerarias o de mala fe que conduzcan a dicha condena. Además, las costas deben estar probadas en el proceso, lo que quiere decir, que no pueden ser impuestas de numera automática, esto es, sin que se realice un debido análisis que conduzca determinar su ocurrencia.

En el sub lite, no se observa que la demandada haya reflejado un interés más allá de la simple defensa de la legalidad del acto administrativo acusado y/o la existencia factores, tales como, la temeridad y la mala fe, lo que conlleva a que se revoque la condena en costas, establecida en la providencia apelada (…)”.

**Dichos criterios disímiles permiten a la Sala optar por aquél más favorable a la parte vencida más cuando de trabajadores se trata**, pues entiende la Sala que son servidores públicos que han considerado encontrarse frente a la vulneración de un derecho laboral ―para el presente caso el pago con efectos retroactivos en su ascenso en el escalafón― **y si bien, se niegan las pretensiones, lo cierto es que no se trató de aquellos procesos en que pese a la reiterada negativa de pretensiones e incluso existiendo postura unificada de las altas cortes de justicia, el trabajador haya insistido en demandar, pues lo que se evidenció fue un criterio de interpretación del proceso evaluativo para ascenso en el escalafón que no acogió esta Sala**. (…) ”

1. En consecuencia, teniendo en cuenta que sobre la condena en costas no hay una postura única del Consejo de Estado; y poniendo de presente que lo pretendido es dar plena aplicación al principio de favorabilidad laboral en favor del trabajador, la Sala no condenará en costas en esta instancia.

# DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión Nº 3, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

# RESUELVE

**PRIMERO:** Se acepta el impedimento manifestado por la **Doctora Beatriz Teresa Galvis Bustos**, por consiguiente, se aparta de la presente decisión.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 26 de octubre de 2020, por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Tunja, que negó las pretensiones de la demanda.

**TERCERO:** Sin condena en costas en esta instancia.

**CUARTO:** Notificada la presente sentencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al despacho de origen, previo registro en el sistema SAMAI.

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión virtual de la Sala de Decisión, según acta de la fecha.

# NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

*Firmado electrónicamente*

# JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

**Magistrado**

    *Firmado electrónicamente*

# DAYÁN ALBERTO BLANCO LEGUÍZAMO

**Magistrado**

*Con impedimento*

# BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS

**Magistrada**

**Constancia:** *“La presente providencia fue firmada electrónicamente en la plataforma Samai por los magistrados que integran la Sala de Decisión. En consecuencia, se garantiza su autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA”.*