

## CALIDAD DE EMPLEADO PÚBLICO- Presupuestos

Un empleado público es aquella persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo, previo el cumplimiento de los requisitos para su ejercicio. Para que se admita que una persona desempeña un empleo público y obtenga los derechos que de ello se derivan, se es necesario que se cumplan los siguientes presupuestos: i) la existencia de un empleo en la planta de personal de la entidad; ii) tener asignadas las funciones propias del cargo; y, iii) la provisión de los recursos en el presupuesto para pagar por la labor realizada.

### FORMAS DE VINCULACIÓN CON EL ESTADO – Características

Nuestro régimen jurídico tiene previstas tres clases de vinculaciones con entidades del Estado que tienen sus propias características, a saber: a) De los empleados públicos (relación legal y reglamentaria); b) De los trabajadores oficiales (relación contractual laboral) y c) De los contratistas de prestación de servicios (relación contractual estatal). Si en el caso de los contratos de prestación de servicios se llegan a desdibujar sus elementos esenciales, corresponderá decidir, a la justicia ordinaria, cuando la relación se asimile a la de un trabajador oficial o, a la jurisdicción contencioso administrativa, cuando el contratista desarrolle el objeto del contrato ejerciendo las mismas funciones que corresponden a un cargo de empleado público

### FUNCIONARIO DE HECHO –Definición /

**Puede presentarse que en ejercicio de la función pública, exista una vinculación con el Estado, al que se le ha denominado "funcionario de hecho", que hace referencia a la persona que ocupa un cargo en la administración pública y cumple las funciones propias del mismo, como si fuese un verdadero funcionario, pero sin título o con título irregular.**

### FUNCIONARIO DE HECHO – Requisitos / FUNCIONARIO DE HECHO – No configuración

En el caso de los funcionarios de hecho, cabe advertir que cuando se hace mención a funciones ejercidas de manera irregular, ello hace referencia, a que la persona que las cumple no se vinculó al servicio con el lleno de los requisitos para que se cree una relación legal o reglamentaria, o no existe nombramiento ni elección según el tipo de cargo, ni tampoco existe posesión. De lo anterior, es dable concluir que para que se configure el funcionario de hecho, es necesario que: i) exista el empleo dentro de la planta de personal de la entidad; ii) que las funciones sean ejercidas irregularmente; y, iii) que las cumpla de la misma forma, como lo haría un funcionario público. Adicionalmente se puede hablar de funcionario de hecho cuando la persona ejerza funciones públicas con la anuencia de las autoridades encargadas de controlar e impedir que se presenten esta clase de situaciones. (...)De la misma forma se advirtió la inexistencia del cargo Escolta – Conductor dentro de la planta global del Departamento de Casanare, ni se estableció que las funciones estuvieran reglamentadas dentro del manual, así como tampoco se comprobó que los salarios percibidos por el demandante provinieran del presupuesto asignado a la entidad territorial, ante lo cual la Sala concluye, tal y como lo realizó el juez de primera instancia, que los servicios prestados por el señor José Arley Méndez Peña, fueron directamente prestados al Gobernador de la época y a su familia, y no al servicio del Departamento de Casanare, como pretende sea declarado con la demanda objeto del presente proceso.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 122 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA- ARTÍCULO 125

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá D.C., dieciocho (18) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 85001-23-31-000-2012-00014-01(1946-14)

Actor: JOSÉ ARLEY MÉNDEZ PEÑA

Demandado: DEPARTAMENTO DE CASANARE

Acción : Nulidad y restablecimiento del derecho

Tema : Funcionario de hecho

Segunda Instancia – Decreto 01 de 1984

Se desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del cinco (5) de marzo de dos mil catorce (2014) por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Casanare, negó las pretensiones de la demanda promovida por el señor José Arley Méndez Peña contra el Departamento de Casanare.

## I. ANTECEDENTES

### Demanda

José Arley Méndez Peña, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, demandó la nulidad del Oficio 100 – 0533 y/o No. 15781 del 8 de noviembre de 2011, suscrito por la Gobernadora del Departamento del Casanare, a través del cual se le negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y demás acreencias laborales reclamadas en virtud de la existencia de una relación laboral con el Departamento de Casanare.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó se declare la existencia de una relación laboral y reglamentaria entre el señor José Arley Méndez Peña y la entidad demandada, durante el período comprendido entre el 1 de enero de 2008 hasta el 31 de agosto de 2011; se le reintegre al cargo de Escolta - Conductor Código 482 Grado 08 Nivel Asistencial o a uno equivalente o de superior categoría, con retroactividad al 31 de agosto de 2011 y sin solución de continuidad; y al pago de todas las acreencias laborales y prestacionales a que tiene derecho en su calidad de servidor público, tales como: salario, cesantías, intereses a las cesantías, primas, vacaciones, viáticos, compensatorios, aportes a pensiones, horas extras, dominicales, festivos y las demás que resulten probadas dentro del proceso; así como también, los aportes pensionales, y la sanción moratoria conforme con lo establecido en la Ley 244 de 1995.

### Hechos

Los hechos en que se fundan las pretensiones de la demanda (ff. 2 – 23), en síntesis son los siguientes:

El señor José Arley Méndez Peña fue vinculado como Escolta – Conductor al servicio del Gobernador de Casanare, durante el período comprendido entre el 1 de enero de 2008 al 31 de agosto de 2011, en virtud de un acuerdo verbal realizado con el señor Oscar Raúl Iván Flórez y bajo la directa dirección y coordinación personal del despacho del Gobernador y su Secretario Privado.

Afirmó que durante el tiempo que ejerció la labor de protección al servicio del Gobernador Flórez Chávez, lo acompañó en diversos sitios dentro y fuera del departamento, teniendo que estar en completa disponibilidad y velando por la seguridad personal y la de su familia.

Sostuvo que el Gobernador Oscar Raúl Iván Flórez, prometió incluirlo en la nómina del Departamento de Casanare, hecho que nunca cumplió y por su trabajo el propio Gobernador le cancelaba personalmente o por intermedio de su Secretario Privado y/o por medio de la primera dama, Sandra Milena Rodríguez Solano, sin completar el salario acordado sino que estos pagos se hacían parcialmente, recibiendo la suma de \$1.200.000 mensuales.

Advirtió que el "esquema de seguridad que exigía el señor Gobernador el Ing. FLOREZ CHAVEZ, era muy estricto a tal punto que la disponibilidad en algunos casos era superior a la legalmente permitida, durante este tiempo nunca tuvo mi mandante días de descanso, su trabajo fue ininterrumpido y sin solución de continuidad, y le correspondía velar por la seguridad personal, física, la coordinación de los traslados; la avanzada a algunos lugares dentro y fuera del Departamento de Casanare, en donde las condiciones de seguridad no eran las más aconsejables." Así mismo manifestó que tenía la misión de prestar seguridad en el lugar de residencia del Gobernador, los cuales eran turnados con los demás conductores, sin determinar la hora en la que terminaba su turno de escolta – conductor.

Señaló que las labores realizadas por el demandante, se encuentran descritas en el manual de funciones, adoptado por la Gobernación de Casanare, mediante Resolución 0089 de 2006, correspondiente al Grado 08, Código 482 Nivel Asistencial.

Afirmó que la Gobernación de Casanare decidió la solicitud del pago de salarios, prestaciones y demás acreencias laborales, en forma negativa, constituyéndose en mora respecto del pago de las acreencias reclamadas.

Normas violadas

Como normas violadas se citan en la demanda las siguientes:

Los artículos 2, 6, 13, 25, 53, 125 y 229 de la Constitución Política; Ley 6ª de 1945; Ley 33 de 1985; Ley 4ª de 1992; Ley 244 de 1995; Decreto 3135 de 1968; Decreto 1848 de 1969; Decreto 1042 de 1978; Decreto 26 de 1998; Decreto 660 de 2002 y 37, 40, 77, 78, 85, 206 a 2014 del Código Contencioso Administrativo.

Contestación de la demanda

El Departamento de Casanare mediante apoderada judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda, con los siguientes argumentos (ff. 49 – 61):

Manifestó que no existió vínculo laboral o contractual mediante contrato de prestación de

servicios, con el señor José Arley Méndez Peña. Se trató de un acuerdo personal entre Oscar Raúl Iván Flórez Chávez, quien ejerció el cargo de Gobernador del Departamento de Casanare y el demandante, que desde ninguna perspectiva se puede entender que exista una relación laboral que lo vincule con el departamento demandado.

Alegó que la vinculación de los empleados públicos se realiza mediante una relación legal y reglamentaria, entendiéndose como tal, que el actor jurídico que crea y organiza dicha vinculación es la ley o el reglamento, y no existe acuerdo de voluntades, así como dichos cargos, deben estar contemplados en la planta de personal, previstos sus emolumentos en el presupuesto de ente departamental correspondiente, así como se debe tomar posesión del cargo y prestar el juramento, como requisito para el ejercicio del mismo.

Manifestó que se trató de un contrato de trabajo directo entre el demandante y el señor Oscar Raúl Iván Flórez, sin que por el hecho de ostentar la calidad de Gobernador del Departamento para la época de los hechos, se pueda entender que la relación laboral vincule al Departamento de Casanare.

Advirtió que el cargo de escolta – conductor, no existe en la planta de personal del Departamento de Casanare establecida mediante Decreto 0118 del 31 de julio de 2011, y de acuerdo con las funciones que manifiesta el demandante haber desempeñado, no corresponde a las funciones públicas, en cuanto no solo prestaba su servicio de escolta al Gobernador de la época, sino también a su familia. Lo anterior, confirma que existió fue un contrato de trabajo verbal entre el señor Flórez Chávez y el demandante, el cual no trasciende a la órbita del Departamento de Casanare, puesto que el servicio prestado por el demandante era seguridad privada, sin que ello implique que ostenta un cargo público y deba la entidad sufragar los sueldos y prestaciones sociales del personal contratado en forma privada por el Gobernador de la época.

Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Casanare, a través de la sentencia del 5 de marzo de 2014 (ff. 99 – 107), negó las pretensiones de la demanda.

Se refirió a que la demanda fue presentada dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación del acto demandado, por lo que no se configuró la caducidad de la demanda, y respecto a las excepciones de indebida escogencia de la acción y falta de legitimación en la causa por pasiva, sostuvo que de la lectura de la demanda se infiere es el pago de salarios y prestaciones sociales por una presunta relación legal y reglamentaria, por lo que la acción a seguir era la nulidad y restablecimiento del derecho, por lo que la excepción no tiene vocación de prosperidad. En lo que se refiere a la legitimación en la causa por pasiva, manifestó que el demandante instó al Departamento de Casanare respecto del reconocimiento de las acreencias laborales a las que cree tener derecho, derivadas de la presunta relación laboral, petición que fue resuelta en forma negativa por el departamento, a través del acto administrativo demandado, razón suficiente para predicar la legitimación en la causa dentro de la presente controversia.

Luego de hacer un análisis de la figura del funcionario de hecho, el a quo sostuvo que "la forma de vinculación de un ciudadano a la administración pública es reglada, obedece a una relación legal y reglamentaria (que regula los requisitos y condiciones para el cargo, los procedimientos para la vinculación – entre ellos el acto de nombramiento y la posesión, los derechos – obligaciones – deberes – prohibiciones – incompatibilidades – inhabilidades – régimen disciplinario, etc.) si se trata de empleado público; o mediante contrato de trabajo, si es

trabajador oficial, para cuya existencia se requiere la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo; o mediante orden de prestación de servicios, si la labor a desempeñar es excepcional, temporal y no la puede desempeñar el mismo personal de planta, la cual se ejecuta con absoluta autonomía."

Respecto al funcionario de hecho, sostuvo que la jurisprudencia ha establecido que para que se configure, debe existir el cargo, la función ejercida irregularmente se debe desempeñar en forma y apariencia como la hubiere ejercido una persona que haya sido designada en forma regular.

Del material probatorio allegado al expediente, en especial de los testimonios recaudados, estableció que no es aceptable que se deduzca una relación laboral entre el demandante y el Departamento de Casanare, pues para nombrar a un servidor en la administración pública se requiere la existencia del cargo en planta, un acto de nombramiento y la correspondiente posesión o la celebración de un contrato; junto con la prestación personal del servicio a una entidad pública, la dependencia o subordinación y el pago de un salario, presupuestos que no se demostraron a lo largo del proceso. Sostuvo que del interrogatorio rendido por el demandante, se estableció que pactó directamente con el señor Oscar Raúl Iván Flórez las condiciones de trabajo, y señaló que para el momento en que fue suspendido el Exgobernador, no prestó el servicio de escolta, solamente cuando se reintegró al cargo como Gobernador, el demandante regresó a prestar los servicios, y el salario era pagado directamente por el señor Flórez Chávez o por intermedio de su esposa, por lo que la prestación del servicio se dio entre él y el entonces Gobernador, pero no con el Departamento de Casanare.

Conforme con lo anterior, negó las pretensiones de la demanda, en cuanto no se probó la prestación del servicio al Departamento de Casanare ni la subordinación del demandante respecto de la entidad territorial, por lo que no es procedente declarar la existencia de una relación laboral de hecho o facto.

#### Fundamento del recurso de apelación

La parte demandante, a través de apoderado judicial, formuló recurso de apelación parcial en contra de la providencia de 5 de marzo de 2014, en el cual solicitó revocar la decisión tomada, y acceder a las pretensiones formuladas en la demanda.

Afirmó que el demandante con las funciones que ejerció en el cargo de Escolta – Conductor al servicio del señor Raúl Iván Flórez, en su condición de Gobernador del Departamento de Casanare, adquirió la calidad de funcionario público de hecho, toda vez que fue la persona encargada de la seguridad del entonces gobernador y la de su familia, funciones que desempeñó desde el 1 de enero de 2008 hasta el 31 de agosto de 2011, cuando fue removido del cargo por parte del Gobernador.

Sostuvo que la vinculación legal y reglamentaria se dio, con todos los elementos, si bien no existen actos administrativos como tales, la labor personal ejercida por el demandante, se encuentra definida en el manual de funciones que tiene la institución, que correspondía a cumplir con la seguridad del Gobernador, siendo ello un hecho notorio.

#### 5. Alegatos de conclusión

##### 5.1. Por la parte demandada

El Departamento de Casanare mediante apoderada judicial, recorrió el traslado para alegar en segunda instancia, mediante memorial visible a folios 123 a 127 del expediente, en el cual manifestó que comparte las apreciaciones realizadas en primera instancia teniendo en cuenta que conforme a la situación fáctica y los medios probatorios se demostró que no existió vínculo laboral mediante contrato de trabajo o por contrato de prestación de servicios con el Departamento de Casanare.

Manifestó que el cargo de Escolta – Conductor no existe en la planta de personal del Departamento de Casanare, establecida mediante Decreto 0118 del 31 de julio de 2011, y conforme con las funciones que manifiesta haber desempeñado, no corresponde a las funciones públicas, en cuanto prestaba servicio de escolta no solo a quien fungía como gobernador sino también a su familia.

Reiteró que lo que se presentó fue un contrato de trabajo verbal entre el demandante y el señor Flórez Chávez, que no trasciende a la órbita del Departamento de Casanare, puesto que se trata de servicio de seguridad privada se le prestaba al entonces Gobernador, quien decidido contratar personalmente escoltas privados y realizar acuerdos de pagos directamente, sin que ello se pueda considerar como que ejercía un cargo público, y conlleve a obligar a la entidad a sufragar los sueldos y prestaciones sociales.

Alegó que de las afirmaciones dadas en el interrogatorio de parte, se puede establecer que el Departamento de Casanare es ajeno a la relación laboral existente entre el demandante y el señor Oscar Raúl Iván Flórez, quien se desempeñó como Gobernador entre el 2008 – 2011.

Sostuvo que el demandante no gozó de la condición de empleado público, en cuanto no ejerció funciones públicas, como tampoco se puede considerar como funcionario de hecho, pues para que ello ocurra es necesario la existencia jurídica del cargo, situación que no se cumple en el presente caso.

Advirtió que el Departamento de Casanare no tiene legitimación en la causa por pasiva, por cuanto a quien se debe demandar es al señor Oscar Raúl Iván Flórez, con quien se realizó un acuerdo verbal para prestar el servicio de escolta privado y quien le pagaba directamente los salarios.

## 5.2. Por la parte demandante

Vencido el término para presentar alegatos de conclusión, la parte demandante guardó silencio.

## 6. Concepto del Agente del Ministerio Público

Vencido el término concedido a las partes para alegar de conclusión y conforme a lo previsto en el numeral 4 del artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 623 del Código General del Proceso, el Agente del Ministerio Público guardó silencio

## II. CONSIDERACIONES

### 2.1. Competencia

De conformidad con el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo[1], el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

## 2.2. El problema jurídico

En los términos del recurso de apelación interpuesto, corresponde a la Sala determinar si el demandante adquirió la calidad de funcionario de hecho cuando se desempeñó como Escolta – Conductor al servicio del Gobernador del Departamento de Casanare, durante el período comprendido entre el 1 de enero 2008 y el 31 de agosto de 2011.

El Tribunal Administrativo de Casanare, a través de la sentencia del 5 de marzo de 2014, negó las pretensiones de la demanda.

## 2.3. Análisis de la Sala

Para resolver este asunto, la Sala deberá precisar cuáles son las formas de vinculación con el Estado, así como lo relativo al funcionario de hecho, tal y como lo ha entendido esta Corporación.

### 2.3.1. Forma de vinculación con el Estado

La Constitución Política de 1991, contempló en el Capítulo II, de la función pública, lo siguiente:

"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.

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

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

De la norma antes citada, se observa que un empleado público es aquella persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo, previo el cumplimiento de los requisitos para su ejercicio. Para que se admita que una persona desempeña un empleo público y obtenga los derechos que de ello se derivan, se es necesario que se cumplan los siguientes presupuestos: i) la existencia de un empleo en la planta de personal de la entidad; ii) tener asignadas las funciones propias del cargo; y, iii) la provisión de los recursos en el presupuesto para pagar por la labor realizada.

Es decir, para que una persona desempeñe un empleo público, es necesario que su ingreso se realice mediante designación válidamente realizada, sea por nombramiento o elección, seguida de la posesión, previo cumplimiento de los requisitos necesarios para ejercer las funciones asignadas al empleo y que dentro del presupuesto asignado a la entidad, se tenga la partida correspondiente para el pago de los salarios por la prestación del servicio.

Por su parte, el artículo 125 *ibídem*, estableció las formas en que procede la vinculación con la administración, en los siguientes términos:

"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".

De acuerdo con las citadas normas, nuestro régimen jurídico tiene previstas tres clases de vinculaciones con entidades del Estado que tienen sus propias características, a saber: a) De los empleados públicos (relación legal y reglamentaria); b) De los trabajadores oficiales (relación contractual laboral) y c) De los contratistas de prestación de servicios (relación contractual estatal). Si en el caso de los contratos de prestación de servicios se llegan a desdibujar sus elementos esenciales, corresponderá decidir, a la justicia ordinaria, cuando la relación se asimile a la de un trabajador oficial o, a la jurisdicción contencioso administrativa, cuando el contratista desarrolle el objeto del contrato ejerciendo las mismas funciones que corresponden a un cargo de empleado público.

Ahora bien, esta Corporación, mediante sentencia del 13 de febrero de 2014, con ponencia del doctor Luis Rafael Vergara Quintero dentro del expediente con número interno: 1943 - 2012, definió el empleado público, en los siguientes términos:

"( . . . ) 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."

**Sin embargo, puede presentarse que en ejercicio de la función pública, exista una vinculación con el Estado, al que se le ha denominado "funcionario de hecho", que hace referencia a la persona que ocupa un cargo en la administración pública y cumple las funciones propias del mismo, como si fuese un verdadero funcionario, pero sin título o con título irregular.**

### 2.3.2. Funcionario de hecho

Se denomina funcionario de hecho a la persona que sin título o con título irregular, ejerce funciones públicas como si fueses un verdadero funcionario[2]. Esta Corporación ha señalado, que ésta 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 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 (. . . )."[3]

De la misma forma, mediante sentencia del 9 de junio de 2011, esta Corporación manifestó que la figura del funcionario de hecho se configura en el período de normalidad institucional, cuando:

"(...) 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 ejercida irregularmente, pero, también 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 (...)"[4] (Subrayado fuera de texto)

Así las cosas, para que una persona desempeñe un empleo en calidad de empleado público, es necesario que realice su ingreso al servicio público en la forma establecida en la ley, es decir, que tenga una designación válida (nombramiento o elección), se haya posesionado con el lleno de los requisitos para el ejercicio del cargo, y queda investida de las facultades para prestar el servicio.

En el caso de los funcionarios de hecho, cabe advertir que cuando se hace mención a funciones ejercidas de manera irregular, ello hace referencia, a que la persona que las cumple no se vinculó al servicio con el lleno de los requisitos para que se cree una relación legal o reglamentaria, o no existe nombramiento ni elección según el tipo de cargo, ni tampoco existe posesión. De lo anterior, es dable concluir que para que se configure el funcionario de hecho, es necesario que: i) exista el empleo dentro de la planta de personal de la entidad; ii) que las funciones sean ejercidas irregularmente; y, iii) que las cumpla de la misma forma, como lo haría un funcionario público. Adicionalmente se puede hablar de funcionario de hecho cuando la persona ejerza funciones públicas con la anuencia de las autoridades encargadas de controlar e impedir que se presenten esta clase de situaciones.

#### 2.4. Caso concreto

Entrará la Sala a determinar si en el presente caso, el señor José Arley Méndez Peña, cumplió con los requisitos exigidos por la jurisprudencia, para declararlo como un funcionario de hecho, por haberse desempeñado como Conductor – Escolta al servicio del Gobernador del Casanare entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de agosto de 2011.

Para resolver, se entrara a estudiar si se configuran los presupuestos necesarios para que proceda a declarársele como funcionario de hecho:

○ Existencia del cargo.

De los hechos de la demanda se observó que el demandante celebró con el Ex – Gobernador del Departamento de Casanare, un contrato verbal con el objeto de cumplir funciones relacionadas con la protección del burgomaestre y la de su familia de forma ininterrumpida entre el 1 de enero de 2008 al 31 de agosto de 2011. Sostuvo que ejerció las funciones propias del cargo de "escolta – conductor" Código 482 Grado 08 del Nivel Asistencial, conforme a lo preceptuado en la Resolución 0089 de 2006, a través del cual se adoptó el manual de funciones de la Gobernación de Casanare.

De lo descrito hasta el momento, se puede advertir que dentro del expediente no obra copia de la resolución que contiene el manual de funciones del ente territorial, con la cual se pueda constatar que el cargo referido, existiera en la planta de personal de la entidad, de suerte tal, que no existe un medio de prueba que permita determinar existía el cargo de "conductor – escolta", que el demandante afirma ocupó durante los años 2008 a 2011.

Contrario a lo anterior, obra dentro del expediente certificación suscrita por el Director de Talento Humano de la Gobernación de Casanare (f. 71), en el que certifica que de acuerdo con el Decreto 0118 del 31 de julio de 2001 "por el cual se suprime y establece la nueva planta de personal de la administración central del Departamento de Casanare y se dictan otras disposiciones", no existe ningún empleo denominado "Conductor Escolta" dentro de la planta global de personal de la Gobernación.

Corolario a lo expuesto, no se encontró demostrado que dentro de la planta de personal de la Gobernación de Casanare, existiera el cargo de "conductor escolta", presuntamente ejercido por el demandante, como requisito necesario para que se configure la forma de vinculación anormal alegada en la demanda con el ente territorial demandado.

○ Ejercer las funciones de manera irregular

El demandante afirmó que el Gobernador de Casanare de la época (2008 – 2011), doctor Oscar Raúl Iván Flórez Chávez, lo contrató de manera verbal para que ocupara el cargo de Conductor, de lo cual es viable inferir que el demandante ocupó el cargo, sin que mediara nombramiento ni posesión, sin embargo, ejerció funciones de manera irregular. No obstante lo anterior, esta manifestación no puede ser tenida como cierta, en cuanto era necesario la existencia del cargo dentro de la planta de personal de la entidad, lo cual no se logró demostrar en el sub lite. En efecto, de la certificación expedida por el Jefe de Talento Humano de la Gobernación de Casanare, se pudo establecer que el cargo del cual alude el demandante ocupó, no existía dentro de la planta global de la entidad, lo que trae como consecuencia, la no existencia de las funciones debidamente reglamentadas por la entidad, y que el actor afirmó cumplió para con la entidad demandada.

Tal y como lo encontró probado el a quo, el señor José Arley Méndez Peña se desempeñó como Conductor – Escolta del Gobernador de Casanare de aquel entonces, servicios que prestó en forma particular sin que mediara vinculación alguna con la administración.

Así mismo, el demandante no logró acreditar que la remuneración percibida por los servicios prestados como conductor – escolta, provinieran de los recursos del Departamento de Casanare, como tampoco logró probar que dentro del presupuesto existiera un rubro específico para el pago de los salarios y prestaciones sociales de quien ocupara dicho cargo. De ello también da cuenta, el interrogatorio rendido por el

demandante, en donde afirmó que quien le pagaba por la labor realizada era el Ex – gobernador, su esposa o un empleado de la Gobernación (f. 9 Tomo II):

"PREGUNTA 1: Manifieste desde qué fecha prestó el servicio de escolta al señor Oscar Raúl Iván Flórez Chávez?. CONTESTÓ: Desde el año 2007 en plena campaña inicié a laborar con él, él se posesionó el 1 de enero de 2008. PREGUNTA 2: Declare con quién pacto las condiciones de su trabajo?. CONTESTÓ: Personalmente con el señor Raúl Flórez. PREGUNTA 3: Diga al despacho a qué otras personas les prestó el servicio de protección, quien le dio la orden de escoltarlas? CONTESTÓ: Personalmente la orden la dio el señor Raúl Flórez para escoltarlo a él, a su esposa, a sus hijos y familiares. PREGUNTA 4: Exprese a este despacho quién le pagaba el salario, dónde y cuánto se le pagaba? CONTESTO: El salario lo cancelaba el señor Raúl Flórez, en ocasiones su esposa o en ocasiones ordenaba a un ingeniero de apellido Jorge Ojeda. El valor dos millones de pesos y nos cancelaba bien sea en el despacho de la gobernación o en la residencia ubicada en los balcones de Santa Cecilia residencia del señor Raúl Flórez. PREGUNTA 5: Pronuncie al Despacho qué personas hacían parte del esquema de seguridad del señor Raúl Flórez? CONTESTO: la seguridad estaba conformada por agentes de la policía que prestaban seguridad al gobernador y a la esposa, y personal civil aproximadamente éramos unos 15 como Jairo Acevedo, José Luis Gaitán, Omar Miller Valcárcel, Alberto Arias, y otros que no me acuerdo. PREGUNTA 6: Manifieste a este Despacho quién era el jefe de los escoltas civiles del señor Raúl Flórez). CONTESTO: Las órdenes las daba el gobernador y en caso del personal civil era coordinado por el señor Teniente Andrés Chapal Suárez, el era el jefe del esquema de seguridad tanto de los policías como de los civiles. PREGUNTA 7: Diga cuáles eran sus funciones como escolta de Raúl Flórez?. CONTESTÓ: Prestar seguridad personal y protección, proteger la vida, honra y bienes del gobernador. PREGUNTA 8: Exprese si le suministraron elementos para brindar la protección al señor Raúl Flórez y quién se los dio? CONTESTO: para prestar el servicio aparte cada uno tenía su arma de dotación personal, la gobernación prestaba una escopeta y unos radios de comunicación. Las diligencias de esos armamentos creo que las hizo el compañero José Luis Gaitán. PREGUNTA 9: Manifieste a este Despacho hasta que fecha prestó el servicio de escolta a Raúl Flórez y cuál fue el motivo de su retiro? CONTESTÓ: Hasta el mes de agosto del año 2011 fecha en que fue suspendido el gobernador y por lo tanto quedamos desvinculados de prestarle el servicio de seguridad. PREGUNTA 10: Diga cuántos meses de salario se le adeudan? CONTESTÓ: Pues él nos canceló. PREGUNTA 11: Diga si se le pagó la liquidación de las prestaciones sociales: CONTESTO: NO, de ninguna manera. (...)."

Adicionalmente a lo anterior, se recepcionó el testimonio del señor Andrés Chapal Sánchez (ff. 7 – 8), en su condición de Teniente de la Policía Nacional y quien fungió como jefe del esquema de seguridad del entonces Gobernador de Casanare, señor Raúl Flórez, y manifestó conocer al demandante, y al indagársele sobre quien pagaba el sueldo del señor Méndez Peña, manifestó "ellos dependían directamente del ingeniero Raúl y era quien les cancelaba, más no que yo viera cuánto ni como les pagaba". Al preguntársele sobre quien escoltaba al gobernador encargado, cuando Raúl Flórez fue suspendido, afirmó que: "Institucionalmente la policía delegaba a otros funcionarios para que le prestaran la seguridad y nosotros seguíamos con el gobernador Raúl Flórez igual que José Arley", y respecto a quien escoltaba el demandante, contestó que: "Fuera de prestar sus servicios de la residencia del ingeniero Raúl, esporádicamente era el conductor de alguno de los vehículos, pero principalmente era para la seguridad de la residencia." De la misma

forma, respecto del horario que cumplió el demandante, señaló que: "El señor Méndez prestaba turnos de 8 horas en la seguridad residencial y era relevado por otros dos compañeros para cumplir las 24 horas del día y los otros tenían disponibilidad permanente para donde se movían los integrantes de la familia" y respecto al lugar en que prestó los servicios el demandante, sostuvo que: "Pues el señor Méndez por lo regular yo lo vi prestar en la residencia, esporádicamente cuando había ausencia de algún particular, que faltara alguno de los otros escoltas civiles, él llegaba al esquema de seguridad para reemplazarlo para completar el número de acompañantes que trabajaban con él y esporádicamente estaba dentro de la gobernación, aunque no permanentemente."

Del interrogatorio rendido por el demandante y la declaración recepcionada en el curso de la primera instancia, se puede concluir que el señor Méndez Peña, percibía directamente la contraprestación a sus servicios (salario) por parte del señor Oscar Raúl Flórez Chávez, Gobernador de Casanare de la época, de su esposa o de un subalterno, sin que haya lugar a deducir que era pagado con el presupuesto asignado al Departamento de Casanare.

De la misma forma se advirtió la inexistencia del cargo Escolta – Conductor dentro de la planta global del Departamento de Casanare, ni se estableció que las funciones estuvieran reglamentadas dentro del manual, así como tampoco se comprobó que los salarios percibidos por el demandante provinieran del presupuesto asignado a la entidad territorial, ante lo cual la Sala concluye, tal y como lo realizó el juez de primera instancia, que los servicios prestados por el señor José Arley Méndez Peña, fueron directamente prestados al Gobernador de la época y a su familia, y no al servicio del Departamento de Casanare, como pretende sea declarado con la demanda objeto del presente proceso.

Aunado al hecho de que el Departamento de Policía del Casanare, en su condición de fuerza pública, le brindó el esquema de seguridad al señor Oscar Raúl Flórez Chávez, quien tenía a cargo la seguridad del funcionario departamental durante el tiempo que duró su gestión.

Así mismo, es el demandante quien confirmó que la remuneración por los servicios prestados fueron cancelados de manera directa y personal por el señor Oscar Raúl Iván Flórez Chávez, lo que permite tener por demostrado que nunca perteneció a la planta de personal del Departamento de Casanare, sino que su vínculo obedeció a una relación particular, más aún con antelación a la elección como Gobernador.

○ Ejercicio de las mismas funciones realizadas por un funcionario de planta.

Tampoco observa la Sala que el señor José Arley Méndez Peña haya cumplido las mismas funciones que los funcionarios de planta, en la medida en que no se logró demostrar la existencia del cargo de conductor – escolta dentro de los cargos adscritos al Departamento de Casanare. Más aún se logró establecer que las funciones ejercidas, eran asignadas de manera personal por el Gobernador y que los servicios que prestaba correspondían a la custodia y protección en la residencia del señor Flórez Chávez y su grupo familiar, tal y como se estableció en la declaración rendida por el entonces jefe de seguridad asignado.

Así las cosas, no se observa que el demandante haya ejercido las mismas funciones realizadas por un funcionario de planta, por lo que tampoco se configura el presupuesto para acceder a declararlo como funcionario de hecho.

Resalta la Sala, que los presupuestos esenciales para que se configure el funcionario de hecho

(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, tal y como se logró probar en el curso del proceso, en la medida que ni siquiera se demostró la existencia del cargo de escolta dentro de la planta de personal del ente territorial, pues como asó lo admitió el demandante, fue contratado en forma verbal y directamente por el señor Flórez Chávez.

### III. DECISIÓN

Atendiendo la normatividad en cita y el acervo probatorio, la Sala concluye que la decisión de primera instancia fue acertada, en cuanto no puede considerarse al señor José Arley Méndez Peña como "funcionario de hecho", al no lograr acreditar los presupuestos necesarios para considerarse como tal, conforme se dejó establecido en líneas anteriores, razón por la cual se confirmará la sentencia del 5 de marzo de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### FALLA

PRIMERO.- CONFÍRMASE la sentencia del cinco (5) de marzo de dos mil catorce (2014), proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare, que negó las súplicas de la demanda promovida por el señor José Arley Méndez Peña contra el Departamento de Casanare, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Por Secretaría, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

SANDRA LISETT IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER

[1] El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión.

[2] Sayagués Laso Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Cuarta Edición, Montevideo 1974, páginas 300 a 302.

[3] Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 15 de mayo de 2013. Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Número interno 1363-2012. Actor: Hurtado de Jesús Monsalve Martínez. Demandado: METROSALUD E.S.E.

[4] Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de junio 9 de 2011, Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucia Ramírez de Páez, Radicación número: 85001-23-31-000-2005-00571-01(1457-08).



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.  
Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior  
n.d.

Última actualización: 16 de mayo de 2024

 logo