



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20166000032861

Fecha: 18/02/2016 03:43:35 p.m.

Bogotá D.C.

Señor

**JORGE LOZANO ARCINIEGAS**

Alcalde de Saldaña

E-mail: [contacto@saldaña-tolima.gov.co](mailto:contacto@saldaña-tolima.gov.co)

**REFERENCIA: EMPLEOS.-** Funcionarios de hecho. Primacía de la realidad sobre formalidades escritas. **RADICACION.** 2016-206-000861-2 del 14 de enero de 2016

Respetado señor, reciba un cordial saludo,

En atención a la consulta de la referencia, me permito dar respuesta a la misma en los siguientes términos:

#### **PLANTEAMIENTO JURIDICO**

¿En qué condición se encuentra un servidor público que se encuentra laborando en la alcaldía, con nombramiento pero sin acta de posesión?

#### **FUENTES FORMALES Y ANÁLISIS**

La Constitución Política en su artículo 122 señala que 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.

El artículo 2.2.5.4.1 del Decreto 1083 de 2015, establece que para ejercer un empleo de la Rama Ejecutiva se requiere reunir las calidades que la Constitución, la ley, los reglamentos y los manuales de funciones exijan para el desempeño del empleo. Igualmente, el artículo 2.2.5.7.6 del mismo decreto señala:

"Los jefes de personal de los organismos administrativos o quienes hagan sus veces deberán verificar el cumplimiento de los requisitos y calidades a que se refiere el artículo anterior. El incumplimiento de esta causal constituye causal de mala conducta."

De acuerdo con lo anterior, para ejercer un empleo de la Rama Ejecutiva del Poder Público se requiere reunir las calidades que la Constitución, la Ley, los Reglamentos y los Manuales de funciones exijan para el desempeño del empleo.

La sentencia con Radicación número: 68001-23-15-000-2004-02812-01(3816) del 13 de octubre de 2005 proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero Ponente: Reinaldo Chavarro Buritica, en relación a funcionarios de hecho afirmó:

*"2.2. El concepto de funcionario de hecho y el régimen de inhabilidades.*

*La doctrina, así como la jurisprudencia de esta Sección han definido a los funcionarios de facto o de hecho, como aquellos que carecen de investidura o que la tienen, pero de manera irregular<sup>1</sup>, desempeñan funciones que corresponden efectivamente a un empleo público debidamente creado<sup>2</sup> y tienen los mismos derechos salariales y prestacionales que el régimen jurídico vigente reconoce a los funcionarios de iure. Los actos administrativos expedidos por ellos son válidos y están amparados por la presunción de legalidad, porque se consideran como si hubieran sido expedidos por funcionarios de derecho y porque ejercen sus funciones en condiciones de plena verosimilitud, tal como lo hacen éstos, de modo que la opinión general cree razonablemente que se trata de funcionarios investidos válidamente de función pública.<sup>3</sup>*

*Los doctrinantes y la Jurisdicción Contencioso Administrativo han aceptado la validez de los actos proferidos por los funcionarios de facto, en aras de la conservación del orden jurídico y las relaciones entre administración y administrados.<sup>4</sup>*

*Consideran además que el funcionario de hecho existe en los casos siguientes: a) cuando sin nombramiento ni elección conocidos, un individuo desempeña un puesto público bajo tales circunstancias de reputación o aquiescencia que inducen al público a considerarlo como funcionario legítimo; b) cuando la elección o el nombramiento han existido y son válidos, pero el funcionario ha dejado de cumplir un requisito o condición legal; c) 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 el público, y d) cuando el nombramiento o elección se han hecho de acuerdo con una ley que más tarde es declarada inconstitucional.<sup>5</sup>*

*Igualmente, ha reconocido esta Sección, que los funcionarios de hecho están sujetos a las mismas inhabilidades que corresponden al funcionario de derecho."*

La Sección Segunda - Subsección "A", Sala de lo Contencioso Administrativo, del Consejo de Estado en sentencia con Radicación número: 25000-23-25-000-2003-06351-01(4595-05) del 6 de diciembre de 2007, Consejero ponente: Jaime Moreno García, precisó:

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

<sup>1</sup> Sentencia proferida por la Sala Plena de esta Corporación de 6 de octubre de 1992, radicación AC-273.

<sup>2</sup> Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativa del Consejo de Estado de 96/08/15, radicación 8886.

<sup>3</sup> Sentencia de la sección primera de 91/09/26, radicación 1453.

<sup>4</sup> Sentencia de la Sección Segunda de 96/11/28, radicación 13846, sentencia de septiembre 26 de 1991, Exp.1453

<sup>5</sup> Sentencia de Sala Plena 01/09/18, radicación S-472

*Tradicionalmente se ha entendido que el funcionario que mediante acto administrativo válido es designado para ejercer un empleo del cual ha tomado posesión, adquiere la calidad de empleado público de derecho. Por el contrario, la calidad de empleado público se obtiene por el ejercicio de un empleo público debidamente creado, y al cual se haya llegado mediante el correspondiente nombramiento y posesión.*

*Excepcionalmente se ha aceptado la existencia de los llamados empleados de hecho, pero cuyo requisito indispensable es que no solo se desempeñen unas funciones, sino que ellas correspondan efectivamente a un empleo público debidamente creado. Es decir, la figura del funcionario de hecho supone la existencia de un cargo público que se desempeña en virtud de una investidura irregular.*

*No obstante las irregularidades que rodean el caso concreto, es innegable que el Dr. Carbonell Salas prestó sus servicios y ellos deben ser retribuidos, pues no resultaría equitativo trasladarle las precariedades de la relación que mantuvo con la accionada durante casi seis meses.*

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

*Respecto de los funcionarios de derecho y de hecho, el Consejo de Estado, mediante sentencia del 25 de noviembre de 1991, expediente No. 4639, dijo lo siguiente:*

*"Desde lo dispuesto en los artículos 214 y siguientes de la Ley 4ª de 1913, hasta los mandatos del artículo 2º del Decreto Extraordinario 2400 de 1968, modificado por el 3074 del mismo año, la calidad de empleado público sólo se adquiere cuando la persona es nombrada para ejercer un empleo y ha tomado posesión del mismo. Es cierto que prestó sus servicios y que ellos deben serle pagados, pues por una parte, el sueldo es una contraprestación de servicios y, por otra las primas que cobra son parte del salario, y el artículo 17 de la Constitución Nacional estatuye que el trabajo goza de la especial protección del Estado, protección que abarca, a más del derecho a trabajar, el de que el trabajador reciba la remuneración que el cargo que desempeña le ha señalado la ley."*

*...*  
*Para el caso, se considera que se trata justamente de los funcionarios de hecho, porque ejercen las funciones de los cargos previstos en los actos jurídicos correspondientes.*

*Las funciones que han ejercido sin posesión son las de los nuevos cargos. No pueden ejercerse funciones de empleos que no existen.*

*En otros términos se ejercieron esas funciones con una "investidura irregular" porque no se tomó posesión del nuevo cargo. Si se hubiera tomado posesión como lo exigen la Constitución y la Ley la investidura hubiera sido regular.*

*En consecuencia se dan los presupuestos para hablar de funcionarios de hecho, toda vez que el cargo efectivamente fue creado, y existe jurídicamente hablando. Las funciones de dichos cargos se han ejercido aunque mediante un ingreso irregular, por el ejercicio sin la debida y oportuna posesión del cargo.*

*Pero es necesario aclarar que "La omisión en el cumplimiento de cualesquiera de los requisitos que se exigen para la posesión, no invalidará los actos del empleado respectivo, ni lo excusa de responsabilidad en el ejercicio de sus funciones ...".*

*(...)*

*Se ha entendido por empleo el conjunto de funciones, deberes y responsabilidades que han de ser observadas por una persona natural y a fin de satisfacer necesidades permanentes de la administración, las cuales están establecidas en la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente (art. 2º del Dcto 2400/68). Esto es, el desempeño de tareas oficiales, de facultades y competencias propias del empleo y de obligaciones derivadas de su ejercicio.*

*Los empleos se hallan clasificados, según su responsabilidad, funciones y requisitos, dentro de un sistema de administración de personal, cuya estructura comprende el nivel jerárquico, la denominación y el grado. Ahora, el sistema salarial está integrado por estos elementos: la estructura de los empleos y la escala y tipo de remuneración para cada cargo (art. 3º Ley 4º/92), por lo que no pueden existir categorías salariales diferentes a las señaladas para un grado en particular. Por esa razón, a un cargo oficial le corresponde una determinada asignación salarial independientemente del servidor que lo desempeñe.*

*La provisión de empleos en la función pública se puede dar a través de nombramientos (ordinario, provisional, período de prueba y encargo) y de movimientos de personal (traslado, ascenso y encargo). Así mismo, el servidor puede encontrarse, entre otras, en una comisión para desempeñar otro empleo público (situación administrativa).*

*Quien asume, a cualquier título, la función pública tendrá derecho a percibir la remuneración correspondiente al empleo para el cual es asignado o desplazado, pues de lo contrario se atentaría contra principios mínimos laborales constitucionales, entre otros, el de percibir una retribución económica acorde con la calidad y cantidad de trabajo (art. 53 C.P.).*

*Por fuera de ese marco legal, no es posible efectuar un nombramiento o realizar un movimiento de personal, ya que las diferentes modalidades que adquiere la relación laboral de derecho público se encuentran previamente determinadas o reglamentadas en una norma de derecho positivo, por tratarse precisamente de actuaciones esencialmente regladas.*

*En el caso concreto, el actor, de manera irregular, fue designado conjuez, pero con las funciones y responsabilidades propias del Magistrado titular a quien debía reemplazar. Tal irregularidad de orden administrativo, no puede ir en detrimento de las condiciones mínimas laborales del servidor público designado irregularmente, "status" que mantuvo por casi seis meses.*

*En tales condiciones ha de entenderse que el señor Mario Carbonell Salas se desempeñó como Magistrado ad hoc del Consejo Nacional Electoral, pues, se repite, asumió las funciones propias del cargo, como quedó establecido en la certificación expedida por la Registradora Nacional del Estado Civil.*

*Se trató entonces, de una vinculación irregular, de carácter temporal para reemplazar el Magistrado Titular, a quien le fue aceptado el impedimento manifestado. Las instrucciones contenidas en el Acta de Posesión al Dr. Carbonell Salas, fueron: "Como conjuez, deberá integrarse a la Comisión Escrutadora del Senado de la República, Circunscripciones Nacionales Especiales de Cámara de Representantes, y como Miembro del Consejo Nacional Electoral para conocer y decidir sobre las apelaciones de la Circunscripción Territorial de Bolívar, en Cámara de Representantes." (fl. 2).*

*Así las cosas, habiendo el actor prestado sus servicios por el lapso reclamado, en condición de funcionario de hecho, por haber sido designado como Conjuez, pese a que se le asignaron las mismas funciones del Magistrado titular, resulta incuestionable que goza del derecho a que la administración le pague la respectiva remuneración.*

Otro de los pronunciamientos del Consejo de Estado que analiza el tema de los funcionarios de hecho, es la sentencia con Radicación número: 44001-23-31-000-2008-00171-01(36544) del 25 de noviembre de 2009, Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, en la cual se indicó:

" (...)Ahora bien, pasa la Sala a estudiar el tratamiento que debe dársele al funcionario que ejerce un empleo público sin el lleno de los requisitos legales.

Como lo han sostenido la jurisprudencia y la doctrina, cuando un servidor público no reúne los requisitos exigidos para ejercer las funciones del empleo para el cual fue designado, se le ha denominado como un funcionario de hecho.

La Sección Segunda del Consejo de Estado, en providencia del 15 de marzo de 2007<sup>6</sup>, definió la situación del funcionario hecho de la siguiente manera:

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

*Estas situaciones, pueden originarse de muy distintas maneras, pero cabe distinguir dos series de casos:*

*a) En los períodos de normalidad institucional pueden surgir funcionarios de hecho. Se da esta situación cuando 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., el panorama es distinto.*

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

*Entonces los requisitos esenciales para 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.*

*Esta tesis doctrinal ha sido acogida de tiempo atrás por el Consejo de Estado. Recientemente, la Sección Segunda, Subsección "A" en sentencia del 8 de marzo de 2001, sostuvo<sup>7</sup>:*

*"Para la Sala es indudable que el nombramiento del actor, como Auditor del Grupo de Auditoría Interna, por ser de nivel profesional, conforme a los Estatutos del ente demandado (f.11), requería de la previa aprobación por la Junta Directiva, lo cual no ocurrió, según se deduce del respectivo acto (f.3) y frente a la inexistencia de ella en el expediente, como lo alegó el Hospital en la contestación de la demanda.*

*Según la jurisprudencia de la Corporación (ver sentencia 16 agosto/63, Anales 2º semestre 1963, tomo 67, pag. 57), el funcionario de hecho "es aquel que desempeña un cargo en virtud de una investidura irregular."; como es el caso del actor, que ingresó al servicio sin que la Junta Directiva hubiera aprobado su nombramiento (f.3).*

*Ahora bien, como es requisito para que esta jurisdicción ordene el reintegro de un funcionario, que el nombramiento que recobraría vigencia por la nulidad del acto que lo declaró insubsistente, se acomode a derecho, y ya se vio que el del demandante no lo está, es evidente que la Sala, aun partiendo de la nulidad del acto de remoción acusado, por la misma razón de faltarle la previa aprobación de la Junta Directiva, no podría ordenar su reintegro y la consecuente orden del pago de los haberes dejados de percibir, porque ello implicaría revivir una situación jurídica contraria a derecho.*

*Por consiguiente, sin necesidad de más argumentaciones, la Sala revocará la sentencia apelada y, en su lugar denegará las pretensiones de la demanda".*

*En conclusión, los requisitos esenciales para la configuración del funcionario de hecho son que existan de jure el cargo y la función ejercidas irregularmente y que el cargo ha de haberse ejercido en la misma forma y apariencia como lo hubiera desempeñado una persona designada regularmente."*

Por su parte, en cuanto a la configuración de un funcionario de hecho ante la ausencia del acto de posesión y en relación con la validez de los actos que bajo esta investidura irregular se expiden, esta Corporación ha dicho:

<sup>6</sup> Expediente 25000-23-25-000-1996-41885-01(6267-05). MP: Alberto Arango Mantilla. Ver también Buitrago Luis A. Régimen Jurídico de los Empleados Oficiales. Sexta Edición. Editorial Temis. Bogotá 2000. Págs. 68-69.

<sup>7</sup> SAYAGUES LASO. Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Cuarta Edición, Montevideo 1974, páginas 300 a 302.

<sup>8</sup> Expediente No. 08001-23-31-000-1995-9370-01 (417-00). Actor, Edmundo Drago M. Magistrado Ponente, Nicolás Pájaro Peñaranda.



Estas consideraciones deberán ser analizadas por la Administración, así como por la autoridad judicial competente, quien tiene la facultad de declarar derechos con efectos en el ordenamiento jurídico.

De acuerdo con lo planteado por el Consejo de Estado, en el evento que una persona se encuentre desarrollando actividades correspondientes a un servidor público y por ello reciba el reconocimiento y pago de los elementos salariales y prestacionales correspondientes a un cargo público sin que medie un acto administrativo que dé cuenta de algún tipo de vinculación, es posible que nos encontremos frente a lo que la jurisprudencia ha denominado como funcionario de hecho, evento en el cual es pertinente que la administración revise sus actuaciones, los hechos que presuntamente originaron la relación laboral y en el evento que advierta que sea posible catalogarlo como un "funcionario de hecho" deberá normalizar dicha situación.

### CONCLUSION

De acuerdo con lo expuesto, en el caso que la entidad advierta que un servidor público ha sido vinculado sin el cumplimiento de las formalidades que la norma exige, en atención al pronunciamiento del Consejo de Estado y teniendo en cuenta que existen en el ordenamiento jurídico postulados de rango Constitucional que garantizan la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, la entidad deberá examinar las circunstancias de su vinculación y en el evento que advierta que se encuentra frente a un "funcionario de hecho", deberá normalizar la situación, este estudio deberá realizarlo la administración a su interior de acuerdo con los documentos y los medios probatorios de que disponga.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

  
**JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE**  
Director Jurídico (E)

Mercedes Avellaneda V/MLH  
600.4.8