



**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A**

**CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**

Bogotá D. C., cinco (5) de mayo de dos mil veintidós (2022)

**Referencia:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
**Radicado:** 68001-23-33-000-2014-00619-01 (1919-2017)  
**Demandante:** ISABEL ANAYA DE MERCHÁN  
**Demandada:** MUNICIPIO DE BUCARAMANGA (SANTANDER)  
**Tema:** Funcionaria de hecho. Reconocimiento de prestaciones sociales.

**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA / LEY 1437 DE 2011**

**ASUNTO**

Conoce la Sala de Subsección del recurso de apelación presentado por el municipio de Bucaramanga (Santander) contra la sentencia del 13 de septiembre de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.



**I. ANTECEDENTES**

**1. La demanda**

La señora ISABEL ANAYA DE MERCHÁN, actuando por conducto de apoderada judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, demandó a la Secretaría de Educación del Municipio de Bucaramanga (Santander), el reconocimiento de las siguientes declaraciones y condenas:

**1.1. Pretensiones<sup>1</sup>**

La nulidad del acto administrativo del 19 de marzo de 2014 expedido por la Secretaría de Educación del Municipio de

<sup>1</sup> Folios 42 a 43 del expediente.



---

**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**  
**Radicado:** 68001-23-33-000-2014-00619-01 (1919-2017)  
**Demandante:** Isabel Anaya de Merchán

Bucaramanga (Santander) a través del cual le negó el reconocimiento de una relación laboral y el pago de las prestaciones que reclamó.

A título de restablecimiento del derecho solicitó condenar a la entidad demandada a lo siguiente:

- Declarar que existió un contrato laboral y reconocer y pagar los salarios, las prestaciones sociales (cesantías, intereses de las cesantías, prima de servicios, prima de navidad, vacaciones, prima vacacional) y el trabajo suplementario causados, desde el 15 de diciembre de 1985 hasta la fecha de presentación de la demanda.
- Pagar a COLPENSIONES las semanas dejadas de cotizar desde el 15 de diciembre de 1985 hasta 2004, fecha probable en la que debía adquirir la pensión de vejez.
- Pagar el retroactivo pensional proporcional al tiempo en que debió recibir la pensión de vejez y los intereses moratorios causados desde el año 2004 hasta la fecha en que se haga efectivo el disfrute de su derecho pensional.
- Pagar los intereses previstos en el artículo 192 del CPACA.
- Actualizar y/o indexar las sumas reconocidas a la fecha en que se paguen.

Condenar en costas y/o agencias en derecho a la entidad demandada.



## **1.2. Fundamentos fácticos<sup>2</sup>**

La señora ISABEL ANAYA DE MERCHÁN fundamentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

El 15 de diciembre de 1985, el municipio de Bucaramanga la autorizó a vivir en las instalaciones de la Institución Educativa Divino Salvador de esa entidad territorial para que prestara los servicios de vigilancia y aseo de las instalaciones y objetos pertenecientes a esa institución.

Seis años después el alcalde del municipio de Bucaramanga la convocó para celebrar contrato de arrendamiento en el que se incluyeron funciones y obligaciones de vigilancia y aseo.

Pese a que finalmente el citado contrato no existió, ella sí ejerció las funciones referidas de forma personal, permanente e indefinida

---

<sup>2</sup> Folios 41 a 42 del expediente.



---

**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**  
**Radicado:** 68001-23-33-000-2014-00619-01 (1919-2017)  
**Demandante:** Isabel Anaya de Merchán

desde la fecha de su vinculación a la entidad demandada, el 15 de diciembre de 1985, hasta la fecha de presentación de la demanda.

Teniendo en cuenta que no se le pagaron salarios ni prestaciones sociales durante todo el tiempo que prestó sus servicios, el 28 de febrero de 2014 requirió su reconocimiento; no obstante, el municipio de Bucaramanga (Santander) mediante acto administrativo del 19 de marzo de 2014, negó su solicitud.

### **1.3. Normas violadas y concepto de violación<sup>3</sup>**

El demandante citó como **normas vulneradas:** Constitución Política, artículos 1, 4, 25, 13, 48, 53, 122 y 229; Decreto 1042 de 1978, artículo 33; Decreto 1045 de 1978 y demás normas concordantes.

Al desarrollar el concepto de la violación, afirmó que el acto administrativo demandado debe ser declarado nulo, por cuanto ha trabajado para el municipio de Bucaramanga desde el 15 de diciembre de 1985, realizando labores de vigilancia y aseo en la Institución Educativa Divino Salvador y nunca se le ha pagado por la prestación de sus servicios, a diferencia de la empresa privada de vigilancia DELTA 1 que ejerce la misma actividad en otras instituciones educativas de la entidad demandada con quien contrató y sí recibe una retribución, circunstancia que viola sus derechos a la igualdad, el trabajo y la vida digna.



En ese sentido, indicó que las funciones que ha ejercido son propias del contrato de trabajo al constituirse los tres elementos esenciales de una relación laboral, porque desarrollaba la función de celadora de la Institución Educativa Divino Salvador, ubicada en el Diamante 2 de Bucaramanga y recibía órdenes de los directores de ese plantel educativo, en consecuencia, le asistía el derecho al reconocimiento de los salarios y prestaciones sociales dejados de devengar.

---

<sup>3</sup> Folios 43 a 51 del expediente.



---

**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**  
**Radicado:** 68001-23-33-000-2014-00619-01 (1919-2017)  
**Demandante:** Isabel Anaya de Merchán

Así las cosas, precisó que el hecho de que se le permitiera vivir en la Institución Educativa no le daba derecho a la entidad demandada para explotarla laboralmente, esto es, para que se abstuviera de pagarle como contraprestación a sus servicios.

## **2. Contestación de la demanda**

El **municipio de Bucaramanga (Santander)**<sup>4</sup> se opuso a las pretensiones de la demanda, porque advirtió que, si bien el 6 de marzo de 1991 el alcalde de esa época suscribió un contrato de arrendamiento con la señora ISABEL ANAYA DE MERCHÁN de una vivienda que se encontraba dentro de un establecimiento educativo, lo cierto es que nunca existió una relación laboral entre las partes, pues las labores de aseo e higiene correspondían al lugar arrendado.

Resaltó que no tiene evidencia alguna respecto de la cual se pueda determinar que la demandante haya sido empleada pública o trabajadora oficial de esa entidad territorial, es decir, no existe prueba de la relación legal y reglamentaria que se alega en la demanda.



Formuló como excepción la de cobro de lo no debido, en el entendido que, ante la inexistencia de un vínculo laboral, no se le adeuda ningún valor por concepto de salarios, prestaciones sociales y pensión, a la señora ISABEL ANAYA DE MERCHÁN.

## **3. Decisiones relevantes en el curso de la audiencia inicial**

El 30 de abril de 2015, el Tribunal Administrativo de Santander celebró audiencia inicial<sup>5</sup> en la que decidió (i) declarar saneado el proceso, (ii) resolver la excepción de cobro de lo no debido en el fondo del asunto, (iii) fijar el litigio, en los siguientes términos:

«1. Si dentro de la relación que existe entre la señora Isabel Anaya de Merchán y el Municipio de Bucaramanga, se encuentran presentes los elementos de una relación laboral, conforme a lo

---

<sup>4</sup> Folios 72 a 75 del expediente.

<sup>5</sup> Folios 102 a 104 del expediente.



---

**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**  
**Radicado:** 68001-23-33-000-2014-00619-01 (1919-2017)  
**Demandante:** Isabel Anaya de Merchán

señalado por la accionante en los hechos y en el concepto de violación consignados en la demanda. 2. sí por lo anterior, la accionante tiene derecho al reconocimiento de salarios, prestaciones sociales y cotizaciones a seguridad social integral, que le debieron ser canceladas en virtud de la relación laboral que según la accionante inició en 1985 y que se encuentra actualmente vigente. 3. si el municipio de Bucaramanga se está enriqueciendo sin justa causa al no cancelarle a la señora Isabel Anaya de Merchán sus salarios y prestaciones por los servicios prestados a ese ente territorial. 4. o si por el contrario, la relación existente inició en 1991 y es eminentemente contractual en virtud del contrato de arrendamiento suscrito por las partes, y que la única calidad que ostenta la señora Isabel Anaya de Merchán frente al municipio es la arrendataria del inmueble ubicado en la Institución Educativa Divino Salvador y, por tanto, no tiene derecho a percibir las prestaciones y cotizaciones que reclama»<sup>6</sup>.

Asimismo, (iv) declarar fallida la conciliación y (vi) decretar pruebas.

#### **4. La sentencia apelada**

El 13 de septiembre de 2016, el Tribunal Administrativo de Santander<sup>7</sup> declaró parcialmente próspera la excepción de cobro de lo no debido respecto de las prestaciones solicitadas a partir del año 2000, porque la demandante no acreditó la prestación de los servicios de vigilancia y aseo a partir de esa anualidad.



De igual manera declaró la nulidad del acto administrativo demandado y en consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, que entre la señora ISABEL ANAYA DE MERCHÁN y el municipio de Bucaramanga (Santander) existió una relación de hecho desde el primer día del calendario escolar de 1986 hasta el último día del calendario escolar en diciembre de 1999 y condenó a la entidad territorial a reconocer y pagar a favor de la demandante los salarios y prestaciones sociales que hubiere recibido en el cargo de aseo y celadora por dicho período.

Adicionalmente, ordenó descontar lo pagado en especie por concepto de vivienda a la señora ISABEL ANAYA DE MERCHÁN y devolverle a la demandante el valor correspondiente a las sumas que ella pagó por concepto de cánones de arrendamiento entre febrero de 1986 y diciembre de 1999.

---

<sup>6</sup> Vto. Folio 103 del expediente.

<sup>7</sup> Folios 214 a 224 del expediente.



---

**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**  
**Radicado:** 68001-23-33-000-2014-00619-01 (1919-2017)  
**Demandante:** Isabel Anaya de Merchán

Como fundamento de la decisión, sostuvo que si bien en el expediente no se demostró que la demandante ejerció las funciones de portería, entendida como el control del ingreso y salida del personal del plantel educativo, lo cierto es que del análisis de los testimonios recaudados fue posible verificar que la señora ISABEL ANAYA DE MERCHÁN sí prestó los servicios de vigilancia y aseo a la Institución Educativa Divino Salvador desde el inicio del calendario escolar del año 1986 hasta el último día del calendario escolar del año 1999, toda vez que fue en febrero de 1986 que los testigos manifestaron que la conocieron y refieren que inició dichas labores y a partir del año 2000 en adelante, declararon que cesaron esas funciones por el cambio de directivos del colegio y la llegada de personas a realizar el aseo.

### **5. El recurso de apelación**

El **municipio de Bucaramanga (Santander)**<sup>8</sup> presentó recurso de apelación contra la decisión del Tribunal Administrativo de Santander, pues advirtió que si la demandante realizaba labores de aseo dentro de la institución era para conservar en buen estado el lugar en donde vivía totalmente gratis, función que debía cumplir de acuerdo con lo previsto en los artículos 1996, 1997 y 1998 del Código Civil y resaltó que no demostró que algún funcionario de la Institución le impartiera dicha instrucción.



Asimismo, señaló que no existe prueba contundente que permita concluir que la demandante era la vigilante de la Institución, porque los testimonios de las profesoras del colegio acreditan que lo hizo precisamente porque su hogar se encontraba allí.

En ese sentido, aseguró que el *a quo* le dio poca credibilidad a los testimonios referidos y, contrario a ello, le otorgó mayor valor a los que mencionaban que las labores de vigilancia las ejercía por órdenes del rector.

---

<sup>8</sup> Folios 229 a 231 del expediente.



## **6. Alegatos de conclusión en segunda instancia**

La **parte demandante**<sup>9</sup> reiteró que, de acuerdo con las pruebas aportadas al proceso, quedó demostrado que prestó sus servicios como vigilante y aseadora para el municipio de Bucaramanga (Santander) por los cuales nunca se le pagaron los salarios y prestaciones sociales a que tenía derecho.

El **municipio de Bucaramanga (Santander)**<sup>10</sup> no se pronunció.

## **7. Concepto del Ministerio Público**

El Ministerio Público guardó silencio como consta en el informe secretarial visible en folio 263 del expediente.

## **II. CONSIDERACIONES**

### **1. Competencia**

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto y según lo dispuesto en el artículo 328 del Código General del Proceso, la competencia del juez de segunda instancia está circunscrita a los argumentos expuestos por el apelante.

### **2. Problema jurídico**

De acuerdo con el recurso de apelación interpuesto, le corresponde a la Sala determinar si ¿la señora ISABEL ANAYA DE MERCHÁN ostenta la calidad de funcionaria de hecho del municipio de Bucaramanga (Santander) por desempeñarse como celadora y aseadora de la Institución Educativa Divino Salvador de esa entidad territorial y, como consecuencia de ello, le asiste el derecho al reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales por el interregno comprendido entre los años 1986 y 1999?

<sup>9</sup> Folios 256 a 262 del expediente.

<sup>10</sup> Ver informe secretarial en folio 263 del expediente.





---

**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**  
**Radicado:** 68001-23-33-000-2014-00619-01 (1919-2017)  
**Demandante:** Isabel Anaya de Merchán

Lo anterior, teniendo en cuenta que desde el año 2000 en adelante, el Tribunal Administrativo de Santander declaró probada la excepción de cobro de lo no debido, puesto que no se demostró la existencia de la relación de hecho alegada en la demanda, decisión respecto de la cual el municipio de Bucaramanga (Santander) no manifestó ninguna inconformidad en el escrito de apelación que presentó de tal manera que el análisis en esta instancia se limita al período de 1986 a 1999.

Para resolver la controversia, la Sala desarrollará el siguiente orden metodológico: (i) del empleo público; (ii) del funcionario de hecho y (iii) del caso concreto

### **3. Marco normativo y jurisprudencial.**

#### **3.1. Del empleo público<sup>11</sup>**

Tal como se señaló por esta Sala en la sentencia de 5 de agosto de 2010<sup>12</sup> la regulación del empleo está inspirada, actualmente, por los principios contenidos en las siguientes disposiciones de la Constitución Política de 1991:

«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 [...].

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».

De ellas se pueden extraer las siguientes conclusiones: (i) no hay empleo público sin funciones; (ii) todo empleo público debe estar

---

<sup>11</sup> El presente marco conceptual fue expuesto en la sentencia de 29 de marzo de 2012, Radicación número: 50001-23-31-000-2005-10496-02(1146-10), Sección Segunda, Subsección "B" C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, sentencia de 5 de agosto de 2010, Exp. 50001233100020054052601, No. Interno. 2079-2009.





**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**  
**Radicado:** 68001-23-33-000-2014-00619-01 (1919-2017)  
**Demandante:** Isabel Anaya de Merchán

contemplado en la respectiva planta de personal; (iii) sus emolumentos deben estar previstos en el presupuesto correspondiente<sup>13</sup> y (iv) la titularidad para ejercer el empleo se adquirirá sólo a partir de la posesión de este.

De la consagración del empleo como una de las instituciones sin las cuales no se materializa un Estado participativo, eficiente y democrático surge la necesidad de la existencia de otros elementos para su estructuración y determinación, como aquellos que hacen relación a la clasificación<sup>14</sup> y nomenclatura<sup>15</sup>, y a la fijación de las calidades que deben acreditarse por los interesados para su desempeño.

Por su parte, el Decreto 2503 de 1998<sup>16</sup> define el empleo de la siguiente manera:

«ARTICULO 2o. DE LA NOCIÓN DE EMPLEO. Se entiende por empleo el conjunto de funciones que una persona natural debe desarrollar 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 funciones y los requisitos específicos para su ejercicio serán fijados por las respectivas entidades, con sujeción a los generales que establezca el Gobierno Nacional de acuerdo con los parámetros señalados en el artículo 5º de este decreto, salvo para aquellos empleos cuyas funciones y requisitos estén señalados en la Constitución Política o en leyes especiales».

<sup>13</sup> Característica concordante con lo dispuesto en los numerales 14 del artículo 189, 7 del artículo 305, y 7 del artículo 315 de la Constitución Política.

<sup>14</sup> En sentencia C-1174 de 2005, M. P. Dr. Jaime Córdoba Triviño se hizo referencia a la clasificación del empleo público en los siguientes términos: “La clasificación hace alusión a la forma de organización de los empleos públicos en diferentes grupos. Dicha clasificación tiene su origen en la Constitución o en la ley. Con fundamento en la Carta, cuya clasificación atiende a la naturaleza del cargo, los empleos son de carrera -la regla general-, de elección popular, de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Una manera de clasificación tradicional que contempla la ley es por niveles jerárquicos que tiene en cuenta la naturaleza de las funciones asignadas, los requisitos exigidos para el empleo y el grado de responsabilidad. Con base en la clasificación se adoptan otras medidas como la determinación del régimen salarial, el sistema de selección y el régimen de competencia y responsabilidades de los servidores públicos.”

<sup>15</sup> En la misma sentencia, la Corte Constitucional se refirió a la nomenclatura en los siguientes términos: “La nomenclatura se refiere a los vocablos (denominación) y/o dígitos (código numérico) que se le asignan a un empleo para identificarlo e individualizarlo de los demás.”

<sup>16</sup> Por el cual se establece la naturaleza general de las funciones y los requisitos generales para los diferentes empleos públicos de las entidades del Orden Nacional a las cuales se aplica la Ley 443 de 1998 y se dictan otras disposiciones, publicado en el Diario Oficial No. 43.449 del 11 de diciembre de 1998.



---

**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**  
**Radicado:** 68001-23-33-000-2014-00619-01 (1919-2017)  
**Demandante:** Isabel Anaya de Merchán

Asimismo, la Ley 909 de septiembre 23 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 dispuso:

**«Art. 19 El Empleo Público.**

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:
  - a) La descripción del contenido funcional del empleo, de tal manera que permita identificar con claridad las responsabilidades exigibles a quien sea su titular;
  - b) 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;
  - c) La duración del empleo siempre que se trate de empleos temporales” [...]»



En este punto se debe destacar que se permiten por el ordenamiento jurídico tres clases de vinculaciones con entidades públicas, a saber: i) De los empleados públicos (relación legal y reglamentaria); ii) De los trabajadores oficiales (relación contractual laboral) y iii) De los contratistas de prestación de servicios (relación contractual estatal).

En cuanto a los empleados públicos, destaca la Sala que fuera del marco constitucional y legal aludido, 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 en esencia regladas.

Sin embargo, puede ocurrir que en algunas ocasiones se desempeñen funciones por particulares, sin llenar la totalidad de



los requisitos constitucionales y legales para el ejercicio del cargo, tal es el caso del funcionario de hecho.

### **3.2. Del funcionario de hecho**

La jurisprudencia de esta Corporación ha precisado<sup>17</sup> que esta forma anormal de vinculación con el Estado puede estructurarse en dos momentos a saber:

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 supervinientes 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.

En este orden, los requisitos esenciales para que se configure el funcionario de hecho en los períodos de normalidad institucional son: (a) que exista de jure el cargo; (b) la función sea ejercida irregularmente; (c) que el cargo se ejerza en la misma forma y apariencia como lo hubiera desempeñado una persona designada regularmente<sup>18</sup> y (d) también puede darse cuando el empleado

<sup>17</sup> Sentencia del 15 de mayo de 2013. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Número interno 1363-2012. Actor: Hurtado de Jesús Monsalve Martínez. Demandado: METROSALUD E.S.E

<sup>18</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección "A", Consejero Ponente: Alberto Arango Mantilla, sentencia de 15 de marzo de 2007, Exp. No: 25000-23-25-000-1996-41885-01(6267-05).





---

**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**  
**Radicado:** 68001-23-33-000-2014-00619-01 (1919-2017)  
**Demandante:** Isabel Anaya de Merchán

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 en aplicación del principio constitucional de la prevalencia de la realidad frente a las formas.

Cabe aclarar que cuando la Subsección señala que las funciones deben ser ejercidas de manera irregular, se refiere a que la persona que las cumple no se vinculó al servicio público con el lleno de los requisitos para que surja la vinculación legal y reglamentaria, esto es, no existe ni nombramiento o elección según el tipo de cargo, ni tampoco la posesión o tales requisitos, pese a que existieron, ya no están vigentes.

Además, se requiere probar que su actividad en la entidad haya sido **personal** y permanente y que por dicha labor haya recibido una **remuneración** o pago y, además, debe probar que en la relación con el empleador exista **subordinación** o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo<sup>19</sup>.



Por otra parte, es claro que para que una persona natural desempeñe un empleo en calidad 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, para poder entrar a ejercer las funciones propias de dicho empleo. Así es dable concluir, que no por el hecho de haber laborado para el Estado se adquiere la calidad de empleado público, dada las condiciones especiales que se predicán de dicha vinculación establecidas en la Constitución y la Ley.

---

<sup>19</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 24 de enero de 2019, C.P. César Palomino Cortés, número de radicación **50001-23-31-000-2005-00492-01(1150-14)**



#### **4. Análisis del caso concreto.**

Para resolver la controversia, la Sala tendrá en cuenta el acervo probatorio allegado al proceso, cuya autenticidad no fue controvertida por las partes, el cual le permite tener por acreditados los siguientes hechos relevantes:

**a). Certificado suscrito por el jefe de talento humano de la Secretaría de Educación del Municipio de Bucaramanga** en el que se informa que «revisado en la planta de cargos de la Secretaría de Educación Municipal de Bucaramanga existen cargos de: AUXILIAR DE SERVICIOS GENERALES GRADO 23 CÓDIGO 470 con salario para el año 2013 de \$1.318.250, CELADOR GRADO 23 CÓDIGO 477 con salario para el año 2013 de \$1.318.250, CONDUCTOR GRADO 23 CÓDIGO 480 con salario para el año 2013 de \$1.318.250» (fol.19).

**b) Contrato de arrendamiento.** Consta en el proceso, a folios 15 a 17 del expediente, el contrato de arrendamiento No. 075 de 1991 entre el señor Alfonso Gómez Gómez, en calidad de alcalde mayor de Bucaramanga y la señora Isabel Anaya de Merchán, cuyo objeto fue el arrendamiento de «dos (2) alcobas, cocina, ubicadas en la calle 91 No. 25-02 donde funciona la concentración escolar Divino Salvador». Dentro de las obligaciones y funciones de la viviente se encontraba «mantener limpias las paredes, pavimentos y demás partes interiores y exteriores de la edificación; responder por la pérdida de los elementos que allí se encuentren y sean de propiedad el municipio de Bucaramanga, mantener el buen estado de las puertas, ventanas y cerraduras del inmueble y se compromete a observar una conducta intachable, moral y socialmente frente a la comunidad estudiantil y el vecindario [...]».

**c) Contrato de suministro de vigilancia.** Obra en folios 20 a 25 del expediente el contrato de suministro No. 315 del 13 de agosto de 2013, suscrito entre el secretario de educación del municipio de Bucaramanga y la empresa DELTHAC 1 SEGURIDAD LTDA, para la





**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**  
**Radicado:** 68001-23-33-000-2014-00619-01 (1919-2017)  
**Demandante:** Isabel Anaya de Merchán

prestación del servicio de vigilancia y seguridad privada en los establecimientos educativos del municipio de Bucaramanga.

**d) Testimonios:** En la audiencia de pruebas se practicaron los testimonios de los señores Luis Francisco Jiménez Hernández, Excelina Díaz Colmenares, Martha Inés Carvajal, Martha Cecilia Pradilla, Nubia Velasco de Ochoa, Socorro Carreño Rueda y Graciela Jaimes Jaimes (folios 130 a 134 y CD'S folios 129 y 155).

- ✓ Luis Francisco Jiménez Hernández. Señaló que estuvo como viviente en la Institución Divino Salvador hasta el año 1985, cuando llegó la demandante a vivir en el lugar que el ocupaba con su familia. Que a él le correspondían labores de aseo y vigilancia y que recibía órdenes del personero municipal, a la señora ISABEL ANAYA MERCHÁN también le correspondieron esas funciones toda la semana sin descanso de lo cual podía dar cuenta en tanto continuó visitando el colegio porque sus hijos estudiaban allí. Sin embargo, no pudo asegurar si la demandante recibía órdenes y de quién.
- ✓ Excelina Díaz Colmenares. Declaró que conoce a la demandante desde el año 1986 en tanto fue profesora del Instituto Divino Salvador hasta el año 2000, cuando se retiró. Manifestó que en febrero del año 1986 cuando empezaron las actividades escolares, el director la presentó como la persona que iba a cuidar el Instituto y vio que la demandante cuidaba portería, hacía aseo en las baterías sanitarias, los parques del colegio y los salones. Expresó que, en cuanto a la subordinación, pensaba que el director le impartía órdenes, pero no sabía si otras personas también lo hacían. Sobre la remuneración afirmó que la señora ISABEL MERCHÁN ANAYA no recibía pago por los servicios prestados a pesar de que era mucho trabajo.
- ✓ Martha Inés Carvajal. Señaló que conoce a la señora Isabel Anaya Merchán desde 2002 o 2003, cuando ingresó como docente de la Institución Educativa Divino Salvador. Manifestó que la demandante y su esposo estaban pendientes de cerrar la puerta cuando ella salía del colegio. Dijo que la demandante hacía el aseo los fines de semana de toda la escuela y el de los salones a medio día y a las 6:30 p.m. cuando terminaban la jornada, pero que después le quitaron esas funciones y le pidieron las llaves de la Institución, que después llegaron otras personas que se encargaban de hacer el aseo y ejercer la celaduría. De igual forma, aseguró que la señora ISABEL ANAYA MERCHÁN no recibía remuneración por su trabajo, razón por la cual los estudiantes recogían 100 o 200 pesos y se lo entregaban a ella.
- ✓ Martha Cecilia Pradilla. Afirmó trabaja en la Institución Educativa Divino Salvador como docente de preescolar y conoce a la demandante desde el año 1985. Dijo que más o menos hasta el año 2004 la señora ISABEL ANAYA MERCHÁN estaba como celadora, tanto así que cuando se perdieron unas sillas y una grabadora le tocó pagarlas al entonces director de la Institución que se la cobró. Manifestó que no tenía conocimiento si la





---

**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**  
**Radicado:** 68001-23-33-000-2014-00619-01 (1919-2017)  
**Demandante:** Isabel Anaya de Merchán

demandante recibía o no un salario por las labores que prestaban. Indicó que hacía el aseo los fines de semana para entregar el colegio en perfecto estado. Expresó que el director y los coordinadores revisaban el trabajo de la demandante de lo cual se dio cuenta porque le reclamaban cuando faltaba algo o estaba tapado un caño. Señaló que cuando la Institución Divino Salvador se fusionó con el INEM, a la señora ISABEL ANAYA MERCHÁN le quitaron las llaves del colegio.

- ✓ Nubia Velasco de Ochoa. Aseguró que fue docente y ahora esta pensionada, que durante su ejercicio profesional en el Instituto Divino Salvador conoció a la demandante como viviente del Instituto y estaba encargada del aseo y cuidar los bienes del colegio. Dijo que el servicio de aseo lo prestaba todos los días y que el director la supervisaba porque le hacía una especie de inventario que ella debía ejecutar, tanto así que en un momento le pidió que pagara un motor que se perdió. Afirmó que no conoce si recibió remuneración por su trabajo, pero tiene claro que los padres de familia reunieron entre \$100 y \$200 para pagarle por el aseo. Manifestó que ella le pagaba \$8.000 mensual para que el salón lo tuviera limpio.
- ✓ Socorro Carreño Rueda. Dijo que conoció a la demandante desde diciembre de 1985 y que su relación con el Instituto se debe a que sus hijos y sus nietos han estudiado allí y vive hace 40 años a una cuadra del colegio. Que el esposo de la señora ISABEL ANAYA MERCHÁN ejercía las labores de vigilancia por momentos y que ella realizaba las labores de aseo. Aseguró que no tenía conocimiento si recibió remuneración por sus servicios.
- ✓ Graciela Jaimes Jaimes. Rectora de la Institución Educativa INEM de la cual es sede anexa el Divino Salvador, manifestó que no conoce a la demandante, que no le ha impartido órdenes y que la sede no cuenta en este momento con el servicio de celaduría.



**e). Solicitud de reconocimiento de la relación laboral.** Consta en folios 26 a 30 del expediente solicitud de la demandante dirigida a la Secretaría de Educación Municipal de Bucaramanga en la que requirió el reconocimiento de la relación laboral y el pago de prestaciones sociales por la prestación de los servicios de vigilancia y aseo.

**f) Acto administrativo demandado.** Mediante acto administrativo del 19 de marzo de 2014 expedido por la Secretaría de Educación de Bucaramanga, por el cual se le negó el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales. Textualmente indicó:

«Una vez revisada la oficina de nómina y la oficina de planta de personal de esta secretaría, no se encontró ningún vínculo laboral existente entre el municipio de Bucaramanga, la Secretaría de Educación y la señora ISABEL ANAYA DE MERCHÁN.



---

**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**  
**Radicado:** 68001-23-33-000-2014-00619-01 (1919-2017)  
**Demandante:** Isabel Anaya de Merchán

De igual se verificó con la **RECTORA DEL INSTITUTO INEM**, Sede E, Instituto Divino Salvador y con la **COORDINADORA** del mismo plantel educativo, e informaron lo siguiente:

- a. Respecto a las actividades de la señora **ISABEL ANAYA DE MERCHÁN**, con la institución **DIVINO SALVADOR SEDE "E" INEM**, es el hecho de ella y su esposo ser **VIVIENTES**.
- b. Respecto a las actividades de la señora **ISABEL ANAYA DE MERCHÁN Y SU ESPOSO**, con la institución **DIVINO SALVADOR**, ni hubo ni hay ninguna, porque ni la coordinación, ni los docentes, ni rectoría le han solicitado que realice ningún tipo de actividad.»

#### **4.2. Análisis sustancial**

**¿La señora ISABEL ANAYA DE MERCHÁN ostenta la calidad de funcionaria de hecho del municipio de Bucaramanga (Santander) por desempeñarse como celadora y aseadora de la Institución Educativa Divino Salvador de esa entidad territorial y, como consecuencia de ello, le asiste el derecho al reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales por el interregno comprendido entre los años 1986 y 1999?**



De acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial expuesto y del análisis del acervo probatorio se considera lo siguiente:

Para que se configure la existencia de un funcionario de hecho en los períodos de normalidad institucional se hace necesario que: (a) que exista *de jure* el cargo; (b) la función sea ejercida irregularmente; (c) que el cargo se ejerza en la misma forma y apariencia como lo hubiera desempeñado una persona designada regularmente<sup>20</sup> y (d) también puede darse cuando el 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 en aplicación del principio constitucional de la prevalencia de la realidad frente a las formas, los cuales se analizarán de la siguiente manera.

---

<sup>20</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección "A", Consejero Ponente: Alberto Arango Mantilla, sentencia de 15 de marzo de 2007, Exp. No: 25000-23-25-000-1996-41885-01(6267-05).



➤ **Existencia del cargo**

Como ocurrió en un caso de similares contornos<sup>21</sup> al que hoy es de conocimiento de la Sala, se evidencia que mediante certificación expedida por el jefe de talento humano de la Secretaría de Educación del Municipio de Bucaramanga se señala que existen en la planta de personal de la entidad los cargos de auxiliar de servicios generales, grado 23, código 470 y de celador, grado 23, código 477.

Conviene, entonces, precisar si la actora desempeñó las funciones de algunos de esos cargos, de conformidad con la prueba testimonial practicada en el proceso.

➤ **Ejercicio de las funciones de forma irregular**

La demandante afirmó que desde el año 1985 presta los servicios de celadora y aseo de la Institución Educativa Divino Salvador y que como contraprestación por el servicio prestado le fue suministrada una vivienda para que la habitara junto a su núcleo familiar, sin contar con otro tipo de pago como retribución del servicio; sin embargo, no es suficiente con la simple afirmación de ella, tampoco el dicho de los testigos que declararon en el proceso, porque de estos no se puede determinar si las labores ejercidas por la demandante correspondían verdaderamente a las del cargo de «auxiliar de servicios generales, grado 23, código 470» o de «celador, grado 23, código 477», de la planta de cargos de la Secretaría de Educación del Municipio de Bucaramanga (Santander), puesto que no se cuenta en el acervo probatorio con documento alguno respecto del cual la Sala pueda establecer qué funciones le asistían a estos empleos.



Por el contrario, lo que sí se observa es que las actividades de la señora ISABEL ANAYA MERCHÁN estaban dentro de las

<sup>21</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas. Sentencia del 8 de octubre de 2020. Radicado: 68001233300020140090901 (0362-18).



---

**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**  
**Radicado:** 68001-23-33-000-2014-00619-01 (1919-2017)  
**Demandante:** Isabel Anaya de Merchán

obligaciones y funciones adquiridas como viviente del inmueble ubicado en la Institución Divino Salvador, constancia de ello es el contrato de arrendamiento en folios 15 a 17 se determina que ella, como arrendataria, debe ejercer labores de aseo y vigilancia.

Ahora bien, que realizara estas actividades en los salones de la Institución Educativa y no solo en el lugar arrendado, como lo manifestaron los testigos, es una cuestión que por si sola no significa que ejerciera las funciones de los cargos de «auxiliar de servicios generales, grado 23, código 470» o de «celador, grado 23, código 477», primero, porque, como se dijo, no hay constancia de cuáles son las funciones asignadas a estos cargos y segundo, porque no se demostró la permanencia en el desarrollo de las mismas, ¿todos los días la demandante realizaba el aseo?, ¿era responsable de la seguridad del plantel educativo y de las personas que allí estaban? ¿de qué manera ejerció la vigilancia del lugar? ¿solo abría las puertas del lugar y las cerraba? ¿su esposo la ayudaba en esos menesteres o lo hacía sola?.



En ese orden de ideas, como lo ha afirmado esta Sala<sup>22</sup> en asuntos anteriores, para que pueda considerarse así, era necesario tener la certeza de la existencia del cargo, lo que no se demostró en el caso concreto. En efecto, la no acreditación de ello acarrea como consecuencia lógica, la no demostración de la existencia de las funciones debidamente reglamentadas que la demandante asegura cumplió para la Institución Educativa Divino Salvador y que en el presupuesto de las entidades demandadas no se fijó rubro para cubrir el pago de los salarios y prestaciones sociales de quien ocupara el cargo de «celador» y «aseadora».

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

Aun cuando de los testimonios recaudados se advierte que la señora ISABEL ANAYA MERCHÁN hacía el aseo en la Institución

---

<sup>22</sup> 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)**; Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 11 de abril de 2019, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, número de radicación **68001-23-31-000-2009-00395-01(3152-15)**



---

**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**  
**Radicado:** 68001-23-33-000-2014-00619-01 (1919-2017)  
**Demandante:** Isabel Anaya de Merchán

Educativa Divino Salvador y junto con su esposo ejercía eventualmente la vigilancia del lugar, respecto de lo cual, en principio, podría afirmarse que cumplió con el requisito de prestación **personal** del servicio, lo cierto es que no se probó la **remuneración** por ese trabajo y no existe certeza sobre la **subordinación**, esto es, que el director o un coordinador le impartiera órdenes de forma continua y permanente, pues no basta con que los testigos afirmen que el rector le exigió a la demandante el pago de una grabadora extraviada y que le reclamaba en momentos el cumplimiento de ciertos trabajos como destapar un caño, sino que es necesario tener certeza sobre las condiciones de lugar, tiempo y modo en que ocurrió.

En ese orden de ideas, se evidencia que en sus declaraciones los testigos son escuetos en señalar que la demandante sí recibía órdenes del director, pero no se tiene certeza sobre la identidad de la persona que supuestamente las impartía, el director, sí, pero en ¿qué período?, ¿de qué forma?, ¿en qué lugar?, ¿cuáles directrices impartía, ¿cumplía una jornada laboral?, es decir, son muchos los cuestionamientos en relación con los servicios que dice la demandante haber prestado, que de forma alguna la Sala puede llegar a la convicción sobre la configuración de este presupuesto de subordinación.

Lo expuesto quiere decir que, a diferencia del Tribunal Administrativo de Santander, para esta Sala no es suficiente el material probatorio obrante en el expediente para llegar a la veracidad de que la señora ISABEL ANAYA MERCHÁN cumplió las funciones de celadora y aseo como lo hiciera un funcionario público, sobre todo cuando no existe documento alguno que demuestre que se le impartiera órdenes, le asignaran un horario y tareas referidas a los cargos que dice haber desempeñado, siendo imposible develar que existió una posible subordinación.

Por su parte en relación con la remuneración, los testigos son coincidentes en que no recibió ningún emolumento como contraprestación a los servicios que supuestamente prestó, tanto así que manifiestan que se recogía dinero entre los estudiantes





como estímulo para que realizara el aseo de los salones; no obstante, ello no era permanente sino eventual. Está claro entonces que este requisito tampoco se cumplió.

➤ **Que el empleado ejerce funciones públicas con la anuencia y permiso de las autoridades**

Como se indicó en acápites anteriores, no está probado que en el caso concreto la demandante ejerciera las funciones públicas de celadora y aseo en la Institución Educativa con la autorización y anuencia del alcalde de Bucaramanga o de la Secretaría de Educación Municipal, lo que está probado es que suscribió un contrato de arrendamiento con dicha entidad territorial para vivir en una residencia de dos habitaciones y una cocina ubicada en el Divino Salvador para lo cual contrajo una serie de obligaciones, entre las cuales se encontraba mantener en buen estado el inmueble y responder por la pérdida de los elementos que allí se encontraran y fueran propiedad de la entidad territorial.

En consecuencia, al ser la carga probatoria de la demandante, cuando se involucran relaciones entre los servidores públicos o particulares frente al Estado, siempre que intenten develar una relación laboral, y al no ser posible constatar los elementos necesarios para establecer que se configuró una relación laboral, no hay lugar a declarar la existencia de funcionario de hecho, razón por la cual, la Sala revocará la sentencia apelada y en su lugar negará las pretensiones de la demanda.

**5. Condena en costas**

El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos del proceso, que incluye los honorarios de abogado o agencias del derecho, los llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y de secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación.





**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**  
**Radicado:** 68001-23-33-000-2014-00619-01 (1919-2017)  
**Demandante:** Isabel Anaya de Merchán

Atendiendo esa orientación, en el presente caso no hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia, de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso, toda vez que no resultó probada su causación.

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

### **FALLA**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia del 13 de septiembre de 2016, el Tribunal Administrativo de Santander que accedió parcialmente a las pretensiones del medio de control por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia y, en su lugar,

**SEGUNDO: NEGAR** las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por la señora ISABEL ANAYA MERCHÁN contra el municipio de Bucaramanga (Santander) de acuerdo con los argumentos señalados en las consideraciones de este fallo.

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

**CUARTO:** En firme esta decisión devuélvase el expediente al Tribunal de origen y efectúese las anotaciones en el programa SAMAI.



### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

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

**GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**  
FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

**WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**  
FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

**RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**  
EN COMISIÓN

La anterior providencia ha sido firmada electrónicamente y se encuentra visible en su respectivo expediente digital, el cual está disponible en el **Sistema de Gestión Judicial del Consejo de Estado – SAMAI**, al que puede acceder escaneando el código QR visible en este documento o visitando la página web <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080>