



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 4

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, veintiséis (26) de mayo de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE:	HÉCTOR EDUARDO BARRERA OJEDA
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE DUITAMA - SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE
REFERENCIA:	15238-3333-002- 2017-00169 -01
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
TEMA:	NULIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS PROFERIDOS POR FUNCIONARIOS DE HECHO DE LA ADMINISTRACIÓN
ASUNTO:	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de HÉCTOR EDUARDO BARRERA OJEDA, contra la sentencia de primera instancia proferida el día el 28 de marzo de 2019 por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

1.1. DEMANDA

1.1.A. Declaraciones y condenas (f. 5)

HÉCTOR EDUARDO BARRERA OJEDA, a través de su apoderado judicial, solicitó que se declarara la nulidad de dos resoluciones emitidas por parte de la **SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE del MUNICIPIO DE DUITAMA** (los días 15 de diciembre de 2016 y 1 de febrero de 2017), por medio de las cuales fue declarado contraventor de ciertas normas de tránsito y, en consecuencia, fue sancionado con una multa por el orden de 1440 SMDLV, junto con la cancelación de su licencia de conducción.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se revocara la decisión de la cancelación de su licencia de tránsito y, además, que se le repararan los presuntos daños materiales y morales sufridos.

1.1.B. Fundamentos fácticos (ff. 5-9)

El apoderado de la parte demandante señaló que, el día 7 de agosto de 2016, le había sido impuesta una orden de comparendo de tránsito a HÉCTOR EDUARDO BARRERA OJEDA.

En desarrollo de lo anterior, relató que el MUNICIPIO DE DUITAMA - SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE, mediante Resolución N° 152380000000013524184 de 15 de diciembre de 2016, había resuelto declarar al hoy demandante contraventor de las normas de tránsito por conducir en estado de embriaguez y, en consecuencia, se había dispuesto la cancelación de su licencia de conducción y la imposición de una multa.

Posteriormente, una vez interpuesto recurso de apelación en contra de aquella decisión, la entidad demandada decidió confirmar la decisión adoptada en primera instancia, a través de la Resolución N°152380000000013524184 de 1 de febrero de 2017.

Sin perjuicio de lo anterior, el apoderado de la parte demandante señaló que, para el momento en que se había proferido el acto administrativo de 16 de diciembre de 2016, el funcionario que había expedido dicha decisión no tenía competencia para hacerlo, ya que se encontraba inhabilitado para el ejercicio de cargos públicos.

Así, explicó que Nelson Alberto Flechas Taita, quien fungía como Inspector de Tránsito del MUNICIPIO DE DUITAMA y profirió el acto administrativo de 16 de diciembre de 2016, había sido declarado fiscalmente responsable, *"en razón a las sanciones impuestas por la CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL dentro de los procesos No. 051-2012, No. 054-2012, y No. 055-2012"* (f. 8). En tal contexto, dijo que, para el momento en que dicho funcionario resolvió imponerle las sanciones a HÉCTOR EDUARDO BARRERA OJEDA, éste se encontraba inhabilitado por la ley para hacerlo.

1.1.C. Fundamentos de derecho (ff. 9-14)

Consideró como preceptos normativos violados los siguientes:

Constitucionales: Preámbulo y artículos 2, 4, 6, 29 y 209 de la Constitución Política.

Legales: Artículos 3 (numeral 1º) y 137 de la Ley 1437 de 2011; artículos 1, 16, 22, 25, 38 y 53 de la Ley 734 de 2002.

Grosso modo, la parte actora indicó que Nelson Alberto Flechas Taita, quien ocupaba el cargo de inspector de policía del MUNICIPIO DE DUITAMA – SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE, “antes (y durante) del conocimiento (sic) de la orden de comparendo (...) impuesta al señor BARRERA OJEDA, específicamente a partir del día 1 de agosto de 2016, se encontraba inhabilitado por la CONTRALORÍA GENERAL DE BOYACÁ” (f. 11).

En ese orden de ideas, “hasta el día en que la SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE del MUNICIPIO DE DUITAMA a través de la INSPECCIÓN DE TRÁNSITO dictó decisión de primera instancia por medio de la Resolución (...) del día 15 de diciembre de 2016, el señor FLECHAS TAITA JAMÁS debió ostentar la calidad de servidor público (...) toda vez que sobre él pesaba la inhabilidad decretada por parte de la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN” (f. 12).

Así, en concepto de la parte demandante, “la decisión de primera instancia (...) emanada por la INSPECCIÓN DE TRÁNSITO DE DUITAMA, adolecía una de las causales de nulidad (...) toda vez que fue proferido (sic) por funcionario sin competencia; en consecuencia el acto administrativo que confirmó la decisión de primera instancia (...) del 1 de febrero de 2017 (...) no podía generar efectos jurídicos en la medida que confirmaría un acto administrativo nulo” (f. 12). Aunado a lo anterior, lo descrito violó el debido proceso de la parte demandante, ya que se trasgredieron las garantías propias de ser juzgado por su ‘juez natural’.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (ff. 105-123)

En el término previsto para el traslado de la demanda, el **MUNICIPIO DE DUITAMA – SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE** se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda.

En particular, señaló que, en efecto, la Contraloría General de la República había sancionado a Nelson Alberto Flechas Taita con suspensión e inhabilidad para ejercer cargos públicos por determinado periodo de tiempo.

No obstante, dijo que el proceso derivado de la imposición de la orden de comparendo en contra de HÉCTOR EDUARDO BARRERA OJEDA, se había agotado respetando el debido proceso. Y, particularmente, adujo que “no solo el trámite se hizo en atención a la normatividad vigente y aplicable al proceso particular, sino que además fue adelantado por el funcionario competente, en ejercicio del cargo para la fecha en que fue dictado” (f. 113).

Aunado a lo anterior, manifestó que, si bien la responsabilidad fiscal se consolidaba desde el momento en que las decisiones del caso quedaban ejecutoriadas y 'en firme', lo cierto es que la obligación de retirar del servicio *"al empleado por presentarse una inhabilidad sobreviniente (...) debería realizarse cuando la entidad tiene conocimiento del registro en las anotaciones de los antecedentes disciplinarios en su deber de comunicación"* (f. 115); anotando que, en el caso de marras, no *"reposa comunicación escrita por los órganos de control, ni del servidor público al nominador (...) para que procediera en tal sentido"* (f. 115). Por el contrario, fue *"en cumplimiento de la obligación de verificación de antecedentes de los funcionarios"* que el MUNICIPIO DE DUITAMA se había percatado de la inhabilidad sobreviniente que pesaba sobre Nelson Alberto Flechas Taita y, en consecuencia, había procedido a retirarlo del servicio *"dentro de un plazo razonable"* (f. 115). En tal sentido, expuso que la entidad demandada *"una vez conoció de la inhabilidad sobreviniente y no mediando prueba que determinara el cumplimiento de los fallos de responsabilidad fiscal, mediante Decreto 071 de enero de 2017, dio por terminado el nombramiento en provisionalidad al Doctor Nelson Flechas Taira en su condición de Inspector de Tránsito y Transporte (...) cumpliendo con esto, con las exigencias legales frente al caso"* (f. 116).

Finalmente, anotó que, en virtud del principio de presunción de legalidad de los actos administrativos, no se podía suponer *"que ni ésta resolución ni las actuaciones desarrolladas dentro de las dependencia accionada (sic) son ilegales"* (f. 116); e insistió que el procedimiento contravencional adelantado contra HÉCTOR EDUARDO BARRERA OJEDA se había realizado conforme al ordenamiento jurídico vigente *"por el funcionario competente y en ejercicio de cargo para la fecha en que fue dictado (...) lo que da a entender que esta actuación se presume legal (...) pues se deduce que el funcionario de la inspección de tránsito estuvo vinculado (...) desde la fecha de su posesión (...) hasta el 31 de enero de 2017"* (f. 117).

1.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (ff. 400-405v.)

El Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, mediante sentencia proferida el día el 28 de marzo de 2019, resolvió denegar las pretensiones de la demanda.

Para arribar a la anterior conclusión, el a quo se refirió a las normas que rigen las inhabilidades sobrevinientes y las causales de retiro del servicio de los funcionarios públicos y dijo que, si una persona era hallada como responsable fiscal, se configuraba una inhabilidad para seguir ejerciendo

el cargo y, en consecuencia, el nominador debía hacer efectiva la sanción, retirándolo de su ejercicio.

Ya en el caso concreto, expuso que se encontraba probado que Nelson Alberto Flechas Taita, *“para la fecha en que se proferieron los actos administrativos cuya nulidad se depreca, estaba vinculado en provisionalidad al Municipio de Duitama, en el cargo de INSPECTOR DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE (...) lo que implica que se encontraba investido de funciones públicas y que facultado por tal investidura expidió las Resoluciones”* (f. 404v.) que hoy día son objeto de control judicial, *“atendiendo a las facultades y competencias que el cargo desempeñado le imponía y las otorgadas por el Código Nacional de Tránsito”* (f. 404v.).

Por lo anterior, concluyó que a la parte demandante no le asistía razón cuando afirmaba que los actos administrativos demandados habían sido expedidos sin competencia. Lo anterior, ya que *“si bien es cierto al momento de proferirse las mismas, el señor FLECHAS TAITA, se encontraba inhabilitado con ocasión a los fallos de responsabilidad fiscal que en su contra su proferieron y que estaban ejecutoriados”, lo cierto es que “para hacerlas efectivas se requería adelantar el procedimiento establecido para el retiro, el que se llevó a cabo a partir del 12 de enero de 2017 cuando el MUNICIPIO DE DUITAMA tuvo conocimiento de las precitadas inhabilidades (...) trámite que culminó con la expedición del Decreto 071 del 30 de enero de 2017 por el cual terminó el nombramiento en provisionalidad”* (f. 404v.-405).

Finalmente, el *a quo* acotó que en el proceso no estaba probado que Nelson Alberto Flechas Taita hubiera actuado por fuera de sus atribuciones o utilizado las competencias que la ley le había otorgado para perseguir una finalidad extraña al interés general.

1.4. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN (ff. 409-425)

Inconforme con la decisión, el apoderado de **HÉCTOR EDUARDO BARRERA OJEDA** presentó recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, solicitando que la misma fuera revocada.

En particular, además de reiterar en los argumentos expuestos en el escrito de demanda, insistió en que, para la fecha de expedición del primero de los actos administrativos demandados, el funcionario que lo había proferido, *“se encontraba en pleno conocimiento y notificado de los fallos ejecutoriados y en firme”* que lo había inhabilitado -de forma sobreviniente- para *“para ejercer cargos públicos”* (f. 414).

Se refirió a las particularidades de los fallos de responsabilidad fiscal en los cuales se había sancionado a Nelson Alberto Flechas Taita y, en tal contexto, señaló que las inhabilidades no debían atender a ningún término, sino que eran de aplicación inmediata.

Expuso que, al encontrarse en firme y ejecutoriados los fallos de responsabilidad fiscal, no existía ninguna razón para que Nelson Alberto Flechas Taita *“estuviese ejerciendo funciones y profiriendo actos administrativos”* (f. 417).

En consecuencia, indicó que *“la expedición del acto administrativo se dio de manera irregular toda vez que no se encontraba el funcionario en circunstancias de normalidad de sus funciones, en la medida que existía una inhabilidad sobreviniente legalmente decretada que el impedía ejercer funciones públicas”* (f. 417).

Por último, manifestó que la providencia del a quo adolecía de un defecto material o sustantivo porque *“el debate jurídico se centraba exclusivamente en la procedencia de una nulidad de un acto administrativo proferido por un funcionario inhabilitado para ejercer funciones. Sin embargo, la juez (...) se apartó de dicho debate probatorio (...) para definirlo en sede de una posible comunicación de la entidad sobre la sanción (sic), sin acudir a un razonamiento jurídico sobre la motivación del inhabilitado de continuar en funciones a sabiendas de habersele notificado la sanción accesoria al proceso de responsabilidad fiscal que lo conminaba de manera inmediata a no poder ejercer funciones públicas (...) concomitante y después de haber proferido el acto administrativo atacado en nulidad y restablecimiento”* (f. 422).

2. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

El anterior recurso fue concedido mediante providencia de 2 de mayo de 2019 (f. 428) y admitido por esta Corporación mediante proveído de 31 de mayo de 2019 (f. 433).

Posteriormente, a través de auto de 27 de junio de 2019, se prescindió de la audiencia de que trata el inciso 4° del artículo 247 del CPACA y se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión (f. 437).

2.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

2.1.A. PARTE DEMANDANTE (ff. 451-462)

Reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

2.1.B. MUNICIPIO DE DUITAMA – SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE (ff. 439-440v.)

Solicitó que la decisión judicial de primera instancia fuera confirmada.

Dijo que, respecto de los actos administrativos acusados, no se había desvirtuado su presunción de legalidad e indicó que los mismos se profirieron conforme al ordenamiento jurídico, respetando los principios de legalidad y debido proceso.

Reiteró que, apenas el ente territorial se había enterado de la inhabilidad sobreviniente de Nelson Alberto Flechas Taita, había procedido a retirarlo del servicio e insistió en los argumentos de defensa expuestos en el escrito de contestación de la demanda. En consecuencia, señaló que no se podía solicitar la nulidad de los actos acusado *“habida cuenta que la separación del cargo (...) se dio precisamente cuando (el MUNICIPIO DE DUITAMA) conoció del registro de dicha inhabilidad (...) previa solicitud al sancionado fiscal sobre el estado de pago en que se encontraban las obligaciones fiscales (...) como garantía del debido proceso administrativo”* (f. 439v.).

Por último, refirió que el proceso contravencional adelantado en contra de HÉCTOR EDUARDO BARRERA OJEDA se había adelantado conforme la ley existente; y que la decisión proferida por Nelson Alberto Flechas Taita, en calidad de inspector de policía del MUNICIPIO DE DUITAMA, se había proferido ‘en ejercicio de sus funciones públicas’, pues solo hasta el 31 de enero de 2017 éste había sido retirado del servicio.

2.2. CONCEPTO MINISTERIO PÚBLICO

El Agente del Ministerio Público delegado ante esta Corporación, no presentó su concepto en el presente caso.

II. CONSIDERACIONES

1. CONTROL DE LEGALIDAD

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

2. PROBLEMA JURÍDICO

En los términos del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, corresponde a la Sala establecer: ¿si resultaba procedente la declaratoria de nulidad de los actos administrativos que declararon como contraventor de las normas de tránsito a HÉCTOR EDUARDO BARRERA OJEDA?

Lo anterior, teniendo en cuenta que el funcionario que adoptó tales decisiones, para el momento de su expedición, presuntamente se encontraba inhabilitado para el ejercicio de funciones públicas, en virtud de unos procesos en los cuales fue hallado como fiscalmente responsable.

Para efectos de despejar dicho interrogante, la Sala se referirá al ejercicio de las competencias y atribuciones públicas por parte de los denominados funcionarios 'de hecho'. Posteriormente, se abordará el caso concreto.

3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

3.1. Actos administrativos expedidos por los funcionarios de facto o 'de hecho' y su vigencia en el ordenamiento jurídico

De tiempo atrás¹, el Órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo tiene dicho que los actos administrativos expedidos por funcionarios de hecho o de facto, es decir, por quienes no cumplen con los requisitos exigidos para el desempeño del cargo o empleo, son válidos, están amparados por la presunción de legalidad y se consideran como si provinieran de un funcionario de derecho².

En tal sentido, valga destacar lo dicho en sentencia de 1 de marzo de 2018³, en la cual el Consejo de Estado se refirió al empleo público, a la forma de vincularse con el Estado, a la excepcionalidad de los funcionarios de facto e indicó que los actos administrativos expedidos

¹ Sentencias de 26 de septiembre de 1991, Expediente núm. 1453, Consejero ponente doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz; y de 28 de noviembre de 1996, Expediente núm. 13846, Consejero ponente doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora

² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION PRIMERA. Consejero ponente: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO. Santa Fe de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de marzo del dos mil (2000). Radicación número: 5583. Actora: GLADYS MARIA SIERRA MENDOZA. Demandado: UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA.

³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter. Bogotá, D. C., primero (1º) de marzo de dos mil dieciocho (2018). Expediente: 70001-23-33-000-2012-00182-01 (4361-2013). Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho. Demandante: Mauricio Orlando Sánchez Sánchez. Demandada: Corporación Autónoma Regional de Sucre (Carsucre)

por estos últimos se encuentran amparados por la presunción de legalidad, así:

“(...) De acuerdo con lo anterior, se colige que: (i) no hay empleo público sin funciones, (ii) este debe estar contemplado en la respectiva planta de personal, (iii) sus emolumentos deben estar previstos en el presupuesto correspondiente⁴ y (iv) la titularidad para ejercerlo se adquiere partir de: la correspondiente posesión⁵.

Asimismo, coexisten tres maneras de vincularse con entidades del Estado: (i) los empleados públicos (relación legal y reglamentaria)⁶, (ii) los trabajadores oficiales (relación contractual laboral)⁷ y (iii) los contratistas de prestación de servicios (relación contractual estatal), cada una con su propio régimen.

*No obstante, la doctrina⁸ y la jurisprudencia⁹ de esta Corporación han aceptado que **excepcionalmente existen funcionarios de facto o de hecho o que carecen de investidura o la tienen de manera irregular, con título o sin él, que ejercen funciones públicas**, quienes en principio fueron identificados en los siguientes eventos:*

⁴ Características concordantes con lo dispuesto en los numerales 14 del artículo 189, 7 del artículo 305, y 7 del artículo 315 de la Constitución Política

⁵ En sentencia de 13 de febrero de 2014, con ponencia del entonces consejero de Estado Luis Rafael Vergara Quintero, la sección segunda, subsección A, radicado 1943-12, explicó: «[...] Un empleado público es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo. Los elementos que deben concurrir para que se admita que una persona desempeña un empleo público y pueda obtener los derechos que de ellos se derivan, son, en principio, la existencia del empleo en la planta de personal de la entidad, la determinación de las funciones propias del cargo y la existencia de la provisión de los recursos en el presupuesto para el pago de la labor (artículo 122 de la C.P.). Entonces, para que una persona natural desempeñe un empleo público se requiere que su ingreso se realice por medio de una designación válida, nombramiento o elección según el caso, seguida de la posesión para poder ejercer las funciones del empleo. Es decir que la persona nombrada y posesionada es la que se encuentra investida de las facultades, cumple con sus obligaciones y presta el servicio correspondiente [...]».

⁶ Regulado por la Ley 4ª de 1913 (artículo 2) y Decretos ley 2400 de 1968 (artículo 2) y 1042 de 1978 (artículo 2.) Para el desempeño en condición de empleado público (relación legal y reglamentaria) es preciso que se realice su ingreso al servicio público en la forma establecida en la ley, vale decir, requiere de la designación válida (nombramiento o elección, según el caso) seguida de la posesión, en este sentido ver las Leyes 443 de 1998 y 909 de 2004.

⁷ Ver Ley 4ª de 1945, reglamentada por el Decreto 2127 de 1945 (artículos 1 a 4) y artículos 53 y 123 del Código Sustantivo del Trabajo

⁸ Expediente 08001-23-31-000-1995-9370-01 (417-00), actor Edmundo Drago, C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

⁹ Sobre la noción de funcionario de hecho pueden consultarse las sentencias de 25 de noviembre de 1991, expediente 4639; 6 de octubre de 1992, expediente AC-273; 31 de marzo de 1992, expediente 4367; 15 de agosto de 1996, expediente 8886; 29 de junio de 2000, expediente 2443-98; 8 de marzo de 2001, expedientes 417-00 y 2348-00; 10 de mayo de 2001, expediente 2450-99; 29 de agosto de 2002, expediente 2589-00; 13 de febrero de 2003, expediente 1454-02; 9 de junio de 2011, expediente 1457-08; 28. de junio de 2012, expediente 1783-09; 2 de mayo de 2013, expediente 1555-12, 5 de mayo de 2013, expediente 1363-2012, 15 de agosto de 2013, expediente 1622-12; octubre 10 de 2013, expediente 1184-12; 3 de febrero de 2014, expediente 1943-12 y 2300-12; 27 de abril de 2016, expediente 2275-15, 5 de mayo de 2016, expediente 2119-15, todas de la sección segunda de esta Corporación.

i) Cuando sin nombramiento ni elección conocidos, un individuo desempeña una función pública bajo tales circunstancias de reputación o aquiescencia que inducen al público a considerarlo como funcionario legítimo; ii) cuando la elección o el nombramiento han existido y son válidos, pero el funcionario ha dejado de cumplir un requisito o condición legal; iii) cuando ha habido elección o nombramiento pero el funcionario es inelegible, o falta competencia al órgano que lo nombró o eligió o hubo irregularidad o defecto en el ejercicio de la competencia y esas circunstancias son desconocidas por los administrados y iv) cuando el nombramiento o elección se han hecho de acuerdo con una ley que más tarde es declarada inconstitucional¹⁰.

Empero, de acuerdo con la evolución jurisprudencial, se clasifican en dos grupos:

En los períodos de normalidad institucional, cuando media título que habilita para el ejercicio de la función pública, pero por causas anteriores o sobrevinientes resulta inválido o deja de surtir efectos, verbi gratia la designación de una persona que no reunía las condiciones legales exigidas, por lo cual más tarde es revocada; quien posteriormente a su designación se inhabilita para el ejercicio del cargo y, no obstante, continúa ejerciéndolo; etc.

En circunstancias de anormalidad institucional, como las producidas por guerras, revoluciones, desastres o calamidades, entre otras, que no tienen título legal alguno, pero asumen a su cargo ciertas funciones públicas, dado el vacío, desaparición o vacancia de quien las ejercía o debería ejercer.

A guisa de corolario, los requisitos esenciales para que se configure el funcionario de hecho en los períodos de normalidad institucional son: a) que existan de jure el cargo (en la planta de personal¹¹) y la función ejercidos irregularmente, y b) que se desempeñe de la misma forma y apariencia como la persona regularmente designada¹².

También puede predicarse la existencia del funcionario de hecho cuando la persona ejerza funciones públicas con la anuencia y permiso de las

¹⁰ Sentencia de 18 de septiembre de 2001, expediente S-472, de la sala de lo contencioso-administrativo del Consejo de Estado.

¹¹ Ver sentencia de la sección segunda, subsección B, de 28 de julio de 2005, radicado 5212-03, con ponencia del entonces consejero de Estado Tarcisio Cáceres Toro.

¹² Consejo de Estado, sección segunda, subsección A, consejero ponente Alberto Arango Mantilla, sentencia de 15 de marzo de 2007, expediente 25000-23-25-000-1996-41885-01 (6267-05), reiterado, entre otras, por la subsección B de la sección segunda en el fallo de 9 de junio de 2011, consejera ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez, radicado 85001-23-31-000-2005-00571-01 (1457-08).

autoridades encargadas de controlar e impedir esta clase de situaciones¹³.

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

Sin embargo, por el hecho de haber laborado para el Estado, en tal condición: **no se adquiere la condición de empleado público, pero los actos administrativos expedidos por estos funcionarios de facto están amparados por la presunción de legalidad**, de la misma forma que lo están los de los funcionarios de jure, en aras de la conservación del orden jurídico y las relaciones entre la administración y los ciudadanos¹⁴, y también les son aplicables las **inhabilidades e incompatibilidades propias de aquellos¹⁵** (Resaltado y subrayas fuera de texto).

Es importante poner de presente que las anteriores consideraciones han sido pacíficas a lo largo de las diferentes decisiones adoptadas por el Consejo de Estado. Así, es de destacar la sentencia de 13 de febrero de 2014¹⁶, en la cual se indicó que dicha Corporación reconoce la existencia de los funcionarios 'de hecho' desde —por los menos— los años 60s'; reiterándose que un funcionario legalmente nombrado puede devenir en funcionario 'de hecho' si continúa en el ejercicio de su cargo, aun encontrándose inhabilitado para hacerlo:

“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 funcionario¹⁷ .

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

¹³ Consejo de Estado, sección segunda, subsección A, consejero ponente Luis Rafael Vergara Quintero; sentencia de 13 de febrero de 2014, expediente 05001-23-31-000-2003-01050-01(1943-12).

¹⁴ Sentencias de la sección segunda del Consejo de Estado de 28 de noviembre de 1996, radicado 13846 y de septiembre 26 de 1991, exp. 1453.

¹⁵ A la misma conclusión llegó la sección quinta en auto de 13 de enero de 1994 (radicado 1090).

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "B". Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. Bogotá, D.C., trece (13) de febrero de dos mil catorce (2014). Radicación número: 73001-23-31-000-2011-00215-01(2300-12). Actor: MARIA ELIZABETH BOTERO LENTINO. Demandado: MUNICIPIO DE IBAGUE - SECRETARIA DE EDUCACION

¹⁷SAYAGUES LASO. Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Cuarta Edición, Montevideo 1974, páginas 300 a 302.

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.

(...)

El Consejo de Estado ha acogido el concepto de funcionario de hecho, entre otros, en el fallo del 16 de agosto de 1963, proferido por la Sala de Negocios Generales, Consejero Ponente Jorge de Velasco Álvarez, actor Guillermo Chocontá Cruz, demandado Ministerio de Guerra, en el que expresó:

“(...) El demandante considera que durante el tiempo en que duró la orden de suspensión y sin embargo estuvo desempeñando el cargo, fue un funcionario de hecho, y que como tal, tiene derecho al pago de su trabajo.

(...)

Es claro que Chocontá Cruz era un funcionario de hecho pues, de acuerdo con la doctrina, tales funcionarios son aquellos que desempeñan un cargo en virtud de una investidura irregular. “La irregularidad de la investidura - dice el tratadista Sarria - puede ser por efecto de origen o causa, como cuando se nombra a un empleado que no llena las calidades que exige la ley; o cuando habiéndosele otorgado inicialmente con regularidad la condición o investidura de empleado, la pierde luego y sigue sin embargo en ejercicio de sus funciones, bien sea por ministerio de la ley o bien por circunstancias de hecho no previstas en las leyes. (Subraya la Sala)”.

Además, en la citada sentencia de 13 de febrero de 2014¹⁸, el Alto Tribunal de lo contencioso-administrativo rememoró que, de acuerdo con la

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "B". Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. Bogotá, D.C., trece (13) de febrero de dos mil catorce (2014). Radicación número: 73001-23-31-000-2011-00215-01 (2300-12). Actor: MARIA ELIZABETH BOTERO LENTINO. Demandado: MUNICIPIO DE IBAGUE - SECRETARIA DE EDUCACION

jurisprudencia inveterada de la Corporación, los actos administrativos proferidos por los funcionarios 'de hecho' gozan del principio de presunción de legalidad:

“La Sección Segunda - Subsección "A", Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, en sentencia del 26 de marzo de 2009, Exp. No. 25000-23-25-000-2004-03773-01 (689-2006), Actor: Jorge Alejo Calderón Perilla, realizó similares planteamientos (...):

*“(...) La doctrina, así como la jurisprudencia del Consejo de Estado, han definido a los funcionarios de facto o de hecho, como aquellos que carecen de investidura o que la tienen, pero de manera irregular¹⁹, desempeñan funciones que corresponden efectivamente a un empleo público debidamente creado²⁰ 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 pública²¹. (...)**” (Resaltado y subrayas fuera de texto).*

Postura que, entre otras providencias, también había sido expuesta en la sentencia de 13 de octubre de 2005²² bajo los siguientes términos:

*“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 irregular²³, desempeñan funciones que corresponden efectivamente a un empleo público debidamente creado²⁴ 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***

¹⁹ Sentencia proferida por la Sala Plena de esta Corporación de 6 de octubre de 1992, radicación AC-273.

²⁰ Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativa del Consejo de Estado de 96/08/15, radicación 8886.

²¹ Sentencia de la Sección Primera de 26 de agosto de 1991. Radicación 1453.

²² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION QUINTA. Consejero ponente: REINALDO CHAVARRO BURITICA. Bogotá, D. C., trece (13) de octubre de dos mil cinco (2005). Radicación número: 68001-23-15-000-2004-02812-01 (3816). Actor: CESAR AUGUSTO ORDUZ BARRERA. Demandado: CONCEJAL DEL MUNIICPIO DE BUCARAMANGA.

²³ Sentencia proferida por la Sala Plena de esta Corporación de 6 de octubre de 1992, radicación AC-273.

²⁴ Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativa del Consejo de Estado de 96/08/15, radicación 8886.

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 pública²⁵. 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 administrados²⁶. (Resaltado fuera de texto).

4. CASO CONCRETO

De acuerdo con lo expuesto en el líbello y el escrito de apelación, sea lo primero indicar que los medios de prueba recaudados en la presente *litis*, dan cuenta de lo siguiente en lo relativo a la sanción que le fue impuesta al demandante:

- El día 7 de agosto de 2016, se emitió orden de comparendo N° 13524184 en contra de **HÉCTOR EDUARDO BARRERA OJEDA**, por “conducir un vehículo en estado de embriaguez” (f. 256).
- Posteriormente, el día 9 de agosto de 2016, **HÉCTOR EDUARDO BARRERA OJEDA** —a través de su apoderado judicial— solicitó a la **SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE del MUNICIPIO DE DUITAMA** la realización de una audiencia para que fueran escuchados sus descargos en contra de la orden de comparendo (f. 259).
- En virtud de lo anterior, el día 12 de agosto de 2016, en el marco del proceso N° 111 de 2016, la persona que fungía como Inspector de Tránsito de la **SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE del MUNICIPIO DE DUITAMA**, el señor **Nelson Alberto Flechas Taita**, dispuso avocar conocimiento de los hechos relatados en el referido comparendo y citó al hoy demandante a una audiencia pública para practicar las pruebas del caso y resolver —de fondo— su situación jurídica (f. 262).
- El referido funcionario, **Nelson Alberto Flechas Taita**, en su calidad de Inspector de Tránsito de la entidad demandada, adelantó todo el procedimiento previsto en el Código Nacional de Tránsito Terrestre —adoptado mediante la Ley 769 de 2002—, decretando y practicando los medios de prueba que le fueron solicitados y que consideró necesarios; y dando la posibilidad de presentar los argumentos de defensa del caso (ff. 266-313).

²⁵ Sentencia de la sección primera de 91/09/26, radicación 1453.

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

- De forma ulterior, el día 15 de diciembre de 2016, **Nelson Alberto Flechas Taita**, en su condición de Inspector de Tránsito de la **SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE del MUNICIPIO DE DUITAMA**, mediante providencia motivada, resolvió —entre otras cosas—: *“Declarar contraventor de las normas de tránsito a el (sic) señor **HÉCTOR EDUARDO BARRERA OJEDA** (...) por la comisión de la infracción número F. del artículo 131 de la ley 769 de 2002 modificado por la ley 1696 del 2013. ‘CONDUCIR EN ESTADO DE EMBRIAGUEZ O BAJO LOS EFECTOS DE SUSTANCIAS ALUCINÓGENAS (...) la cual se impuso por medio de la Orden de Comparendo No. 1523800000013524184’; imponiéndole la “sanción (...) consistente en la cancelación de la licencia de conducción” y una “multa pecuniaria correspondiente a mil cuatrocientos cuarenta (1440 Salarios Mínimos Diarios Legales Vigentes” (314-320).*
- En la misma diligencia llevada a cabo el día 15 de diciembre de 2016, el hoy demandante —a través de su apoderado— recurrió la decisión adoptada por el Inspector **Nelson Alberto Flechas Taita**, razón por la cual fue concedido el respectivo recurso de apelación, en contra de la decisión descrita en la viñeta anterior, ante la Secretaria de la **SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE del MUNICIPIO DE DUITAMA** (ff. 320-323).
- El día 1 de febrero de 2017, **Ángela Consuelo Rivera Tamayo**, en su condición de Secretaria de tránsito y transporte del **MUNICIPIO DE DUITAMA**, resolvió confirmar *“en todas sus partes el fallo de primera instancia proferido por la Inspección de Tránsito de Duitama (...) dentro del proceso contravencional 111/16 donde se declara contraventor de las normas de tránsito al señor **HÉCTOR EDUARDO BARRERA OJEDA**” (ff. 327-335).*

De otro tanto, con respecto al nombramiento, a la imposición de las sanciones fiscales, la declaratoria de inhabilidad y al retiro de **Nelson Alberto Flechas Taita**, como Inspector de Tránsito del MUNICIPIO DE DUITAMA, la Sala encontró acreditado lo siguiente:

- Nelson Alberto Flechas Taita fue nombrado en provisionalidad como Inspector de Policía del MUNICIPIO DE DUITAMA el día **11 de febrero de 2005**, a través del Decreto municipal N° 044 de la misma data (f. 189).
- Posteriormente, **Nelson Alberto Flechas Taita** fue incorporado en el cargo de Inspector de Tránsito y Transporte, a través del Decreto 115 de 15 de febrero de 2008 (f. 251).

- Asimismo, mediante el Decreto N° 449 de 15 de noviembre de 2011, Nelson Alberto Flechas Taita fue nombrado en provisionalidad en el cargo de Inspector de Tránsito y Transporte, “el cual ha venido desempeñando hasta la fecha” (f. 251).
- De otro tanto, Nelson Alberto Flechas Taita fue declarado responsable en 5 procesos fiscales radicados con los números 051 a 055 de 2012, adelantados por la Contraloría General de Boyacá (ff. 200-244 y 344).
- Las anteriores determinaciones fueron comunicadas por parte de la Contraloría General de Boyacá a la Procuraduría General de la Nación a través de varias comunicaciones efectuada los días 10 de agosto, 8 y 10 de noviembre y 30 de diciembre de 2016 y 3 de enero de 2017 (f. 346v. y 357-382).
- La Procuraduría General de la Nación registró las sanciones proferidas por la **Contraloría General de Boyacá** contra **Nelson Alberto Flechas Taita** los días 24 de agosto, 17 de noviembre y 1 de diciembre de 2016 y 12 de enero de 2017 (ff. 355-356v.).
- De cada uno de los procesos fiscales en que fue sancionado Nelson Alberto Flechas Taita (ff. 200-244 y 345) se derivó una inhabilidad para contratar con el Estado y para desempeñar cargos públicos, de acuerdo con lo dispuesto por el parágrafo 1° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002²⁷ (f. 355v.-356).
- Tratándose de los efectos jurídicos de las referidas declaratorias de inhabilidad (ff. 245-247), se observa que la primera de ellas data del 29 de julio de 2016; la segunda del 3 de noviembre de 2016; la tercera del 9 de noviembre de 2016; la cuarta del 29 de diciembre de 2012; y la quinta del 3 de enero de 2017 (ff. 248-250 y 355v.-356v.).
- Finalmente, por medio del Decreto **N° 071 de 30 de enero de 2017**, el MUNICIPIO DE DUITAMA resolvió “*terminar el nombramiento en provisionalidad del señor **NELSON ALBERTO FLECHAS TAITA** (...) del cargo de Inspector de Tránsito y Transportes*”. Lo anterior, al encontrar que —en efecto— esta persona se encontraba

²⁷ “Quien haya sido declarado responsable fiscalmente será inhábil para el ejercicio de cargos públicos y para contratar con el Estado durante los cinco (5) años siguientes a la ejecutoria del fallo correspondiente. Esta inhabilidad cesará cuando la Contraloría competente declare haber recibido el pago o, si este no fuere procedente, cuando la Contraloría General de la República excluya al responsable del boletín de responsables fiscales.”

inhabilitada para desempeñar empleos públicos, en razón de unas sanciones impuestas en unos procesos adelantados por la Contraloría Departamental de Boyacá en los cuales se le declaró fiscalmente responsable. Dicha decisión cobró efectos a partir de la fecha de su expedición (ff. 251-254).

Ahora bien, según se indicó en el acápite de antecedentes de la presente providencia, la inconformidad de la parte demandante radica en que los actos administrativos que declararon como contraventor de las normas de tránsito a **HÉCTOR EDUARDO BARRERA OJEDA**, tienen su génesis en una decisión adoptada por un funcionario que, al momento de expedirlos, se encontraba inhabilitado para el ejercicio del cargo —de acuerdo con unas decisiones adoptadas por parte de la Contraloría Departamental de Boyacá—.

Al respecto, analizados los medios de prueba arriba enunciados, para la Sala no hay duda que, en efecto, para el día 15 de diciembre de 2016, fecha en que —en primera instancia— se declaró como contraventor de las normas de tránsito a **HÉCTOR EDUARDO BARRERA OJEDA**, el funcionario **Nelson Alberto Flechas Taita**, en su condición de Inspector de Tránsito de la **SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE del MUNICIPIO DE DUITAMA**, se encontraba inhabilitado para el ejercicio de su cargo.

Precisado lo anterior, ¿es cierto —conforme lo expone la parte actora— que la expedición de los actos administrativos demandados es “irregular toda vez que no se encontraba el funcionario en circunstancias de normalidad de sus funciones, en la medida que existía una inhabilitación sobreviniente legalmente decretada que el impedía ejercer funciones públicas” (f. 417)”? Al respecto, la Sala considera que dicho interrogante tiene una respuesta negativa por las razones que pasan a exponerse.

De acuerdo con lo expuesto en las consideraciones generales de la presente providencia, válidamente se puede considerar que **Nelson Alberto Flechas Taita** fungió como funcionario de hecho cuando, estando inhabilitado —de forma sobreviniente— para su ejercicio, emitió decisiones que eran propias del cargo de Inspector de Tránsito de la **SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE del MUNICIPIO DE DUITAMA**.

Así, debe recordarse que —de acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de Estado— se considera que una persona actúa como funcionario ‘de hecho’: “cuando la elección o el nombramiento han existido y son válidos, pero el funcionario ha dejado de cumplir un requisito o condición legal”; o “cuando media título que habilita para el ejercicio de la función pública pero por causas (...) sobrevinientes resulta inválido o deja de surtir

efectos” como es el caso de “quien posteriormente a su designación se inhabilita para el ejercicio del cargo y, no obstante, continúa ejerciéndolo”.

Tal hipótesis es —precisamente— la acaecida en el presente caso, ya que Nelson Alberto Flechas Taita había sido nombrado —legalmente— para desempeñar el referido cargo de Inspector de Tránsito de la SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE del MUNICIPIO DE DUITAMA. No obstante, en razón de haberlo hallado responsable en unos procesos de responsabilidad fiscal, dicho funcionario fue declarado inhabilitado desde el día 29 de julio de 2016, pero, aun así, siguió ejerciendo sus funciones hasta el día 30 de enero de 2017.

Sin perjuicio de lo expuesto, lo cierto es que las actuaciones surtidas por él, no pueden ser consideradas —por ese solo hecho— como ilegales.

Lo anterior, ya que la ‘falta de competencia’ como vicio de nulidad de los actos administrativos solo se predica en razón de la materia²⁸, el territorio²⁹, el tiempo³⁰, o por el grado de horizontalidad³¹ o verticalidad³² de la función; pero no por el ejercicio de competencias por parte de un funcionario que, de acuerdo a su situación particular, actuó como

²⁸ Se caracteriza esta incompetencia porque se concreta sobre la materia u objeto específico del acto, esto es, sobre las potestades otorgadas por el ordenamiento a los órganos o sujetos de la administración. Esta incompetencia puede depender de las siguientes circunstancias: (i) El ejercicio por parte de los sujetos administrativos de competencias de que carecen; (ii) El ejercicio por parte de los sujetos administrativos de competencias inexistentes para cualquiera de los órganos de la administración; y (iii) Exceso en las competencias delegadas.

²⁹ Como su nombre lo indica, es el ejercicio de competencias con violación de las circunscripciones territoriales o ámbito territorial asignado a cada órgano o funcionario de la Administración Pública.

³⁰ Se presenta en los casos en que las competencias asignadas a un órgano o funcionario deben ser ejercidas bajo condición temporal. Estaremos frente a una incompetencia de esta clase cuando dichas competencias son ejercidas en las siguientes oportunidades: antes del tiempo o momento en que legalmente le correspondía actuar al funcionario respectivo; con posterioridad al vencimiento de la oportunidad en la cual podía válidamente, la administración, adoptar la decisión.

³¹ En estos casos se configura el vicio en razón de la violación, por parte de la administración, de la independencia funcional de que gozan los poderes legislativo y judicial. Estos vicios de incompetencia, en razón de la horizontalidad, pueden darse así mismo al interior de la Administración Pública en aquellos casos en que uno de sus órganos invada las funciones administrativas de otro, por ejemplo, cuando el ministro de Hacienda profiere un acto administrativo de los que corresponde dictar al ministro de la Defensa Nacional, o cuando el Superintendente de Sociedades ejercita funciones de la Superintendencia de Notariado y Registro. Lo característico de este tipo de anomalías de la competencia es que se da entre organismos no ligados de ninguna manera por un grado de jerarquía; actúan en la Administración Pública nacional de manera paralela, o corresponden a diversas ramas del poder público.

³² Al contrario de lo anterior, en este tipo de incompetencia existe algún grado de jerarquización entre los organismos y entre los sujetos de la Administración Pública en los cuales se presenta la usurpación funcional.

funcionario de facto o, de hecho. Al respecto, el Alto Tribunal de lo contencioso-administrativo ha señalado³³:

“(...) Competencia de los funcionarios de hecho:

Se trata de una interesante **excepción** a la teoría de la incompetencia. En nuestro medio, **el funcionario de hecho es un servidor público que no genera, respecto de los actos que produzca, vicio alguno en razón de las deficiencias con que ejerce el cargo.** Se presenta en los casos de existir un funcionario público que aparentemente ejerce las funciones públicas que le corresponderían si hubiere sido designado de manera legítima, creando tal impresión al conglomerado social, no obstante existir en sus condiciones o procedimientos de designación graves violaciones de la ley³⁴. Al respecto la doctrina indica: “... la situación jurídica de titular de atribuciones del Estado solamente se adquiere por el individuo investido de un cargo público en los términos que las leyes determinan [...] el costo de nombramiento o de elección del funcionario o empleado público condicionará para éste la atribución en la situación jurídica referida y la posibilidad legal de asumir todas las facultades y obligaciones del cargo para el cual ha sido investido...”³⁵.

En este sentido, nuestra legislación ha establecido una serie de requerimientos para tener acceso a los cargos públicos, los cuales deben ser cumplidos en su integridad tanto por los aspirantes como por las autoridades nominadoras. Los requerimientos se pueden resumir en los siguientes: calidades genéricas, calidades específicas para el acceso a la Administración Pública, inhabilidades, incompatibilidades e inelegibilidades y mecanismos constitucionales y legales de provisión de empleos. De por sí se busca, con el cumplimiento de estos requisitos, no sólo la seguridad jurídica propia de toda sociedad organizada, sino también eficiencia e idoneidad en el desempeño de todas aquellas funciones que pretenden el bien común de la sociedad. Sin el lleno de estos presupuestos en los términos que indica la norma sobre la función pública no se puede proveer un cargo. De hacerse, se configuraría el fenómeno del funcionario de hecho. En igual sentido, se sostiene la existencia de un servidor público de estas características en todos los casos en que se ejerza un empleo sin el lleno del cumplimiento de los requisitos constitucionales o legales.

³³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN C. Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá D.C., diecinueve (19) de septiembre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00091-00(47693). Actor: MARGARITA RICAURTE DE BEJARANO Y ANDRÉS JARAMILLO VELÁSQUEZ. Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA

³⁴ SAYAGUEZ LASO. *Tratado*, cit., supra, nota 86, p. 300: “Se denomina habitualmente funcionario de hecho a la persona que, sin título o con título irregular, ejerce funciones públicas como si fuese verdadero funcionario...”; FRAGA. *Derecho administrativo*, cit., p. 158.

³⁵ Idem.

Es, pues, en este contexto que los funcionarios públicos adquieren su condición de tales. No se podrán considerar como “funcionarios legítimos o de jure los individuos que hayan ingresado a dichos cargos sin sujetarse a las leyes respectivas”³⁶.

En consecuencia, la teoría del llamado funcionario de hecho se refiere exclusivamente, ab initio, al modo de ingreso a la función pública; a posteriori, a los efectos de sus actos en el mundo jurídico.

Es precisamente en este campo donde surte efectos evidentes el planteamiento hecho; de manera general pudiéramos decir que si el acto ha provenido de un funcionario incompetente, estaría totalmente viciado de nulidad por esta circunstancia. No obstante, **la doctrina tradicionalmente ha considerado que no siempre la actividad desarrollada por este tipo de funcionarios podrá considerarse violatoria de la legalidad.** En efecto, se ha considerado, y en este sentido compartimos ampliamente el planteamiento, que **los actos proferidos por los funcionarios de hecho en cuanto a sus efectos frente a terceros no se tendrán como irregulares, en cuanto la “investidura plausible” del sujeto que detenta el cargo público hace que amerite la credibilidad de los asociados sobre su validez.**

La apariencia de legalidad con que un funcionario de esta clase ejerce un cargo previamente establecido, sumada a la presunción de legalidad que el común de la gente encuentra en las actuaciones de la Administración Pública, hace que los errores de ésta no se trasladen como cargas generales que la comunidad deba soportar. (...)

Debemos agregar que las razones de conveniencia para la necesaria conservación de la credibilidad institucional y certeza jurídica, las cuales el Estado debe procurar frente a los particulares, hacen inevitable que **las actuaciones de los funcionarios de hecho constituyan importante excepción, en cuanto a la configuración de vicios por incompetencia.**

Entre nosotros, la doctrina está acorde con los anteriores razonamientos. **Betancur Jaramillo** indica, precisamente, que en determinadas eventualidades “... la teoría del funcionario de hecho [...] permite que sus actos puedan ser asimilados a los expedidos por agentes legalmente investidos de autoridad...”³⁷ (Resaltado y subrayas fuera de texto).

Así, descendiendo al caso de marras, la Sala considera que, a pesar de la inhabilidad sobreviniente que pesó sobre **Nelson Alberto Flechas Taita**, los actos administrativos proferidos por él se presumen legales, “mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo” —según las voces del artículo 88 del CPACA—.

³⁶ *Ibíd.*, p. 158.

³⁷ BETANCUR JARAMILLO. *Derecho procesal administrativo*, cit., p. 144.

Lo anterior, puesto que “se consideran como si hubieran sido expedidos por funcionarios de derecho”³⁸, y no de hecho; “porque (ejerció) sus funciones en condiciones de plena verosimilitud³⁹”; y porque “la Jurisdicción Contencioso Administrativo (ha) 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 administrados⁴⁰”.

En otros términos, la Sala concluye que, aun cuando **Nelson Alberto Flechas Taita** había sido declarado inhábil —desde el mes de julio de 2016— para seguir ejerciendo el cargo que venía ocupando desde el año 2005, lo cierto es que ello no impregna *per se* de ilegalidad todas y cada una las actuaciones, determinaciones y resoluciones que él adelantó como Inspector de Tránsito del **MUNICIPIO DE DUITAMA** hasta el día de su retiro definitivo del servicio. En consecuencia, el cargo de nulidad por ‘falta de competencia’ no prospera.

Finalmente, dado que la parte demandante no cimentó la supuesta nulidad de los actos demandados en otras causales diferentes —a la ya enunciada— y atendiendo a las prescripciones de los artículos 320⁴¹ y 328⁴² del CGP —aplicables por remisión del artículo 306 del CPACA—, no queda más opción a la Sala que confirmar la decisión contenida en la sentencia de primera instancia, proferida el día 28 de marzo de 2019, por parte del Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, debe ser confirmada.

5. CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

La Sala se condenará en costas y agencias en derecho, a la parte demandante teniendo en cuenta que la decisión de segunda instancia le fue desfavorable y además hubo actuación de la parte demandada, de conformidad con lo previsto en el numeral 1o. del artículo 365 del Código General del Proceso. Las mismas serán liquidadas por el juez de instancia.

38 Sentencia de la Sección Primera de 26 de agosto de 1991. Radicación 1453.

39 *Ibíd.*

40 Sentencia de la Sección Segunda de 96/11/28, radicación 13846, sentencia de septiembre 26 de 1991, Exp. 1453

41 “el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, **únicamente** en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión”.

42 “el juez de segunda instancia deberá pronunciarse **solamente** sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley”.

I.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión N° 4, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida el día 28 de marzo de 2019, por parte del Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas y agencias en derecho a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, las cuales serán liquidadas por el Juez de instancia.

TERCERO: Notificada la presente sentencia, **DEVOLVER** el expediente al Juzgado de origen, previo registro en el Sistema de Información de la Rama Judicial.

CUARTO: RECONOCER personería como apoderada del MUNICIPIO DE DUITAMA – SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE a NANCY HELENA LÓPEZ CARVAJAL, abogada identificada con cédula de ciudadanía N° 46.458.191 y portadora de la Tarjeta Profesional N° 185.320 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, en los términos y para los efectos previstos en el poder que reposa a folios 441 y ss. del expediente.

QUINTO: Al verificar que se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 76 del CGP, **ACEPTAR** la renuncia de poder presentada por la abogada NANCY HELENA LÓPEZ CARVAJAL, quien actuaba como apoderada judicial del MUNICIPIO DE DUITAMA – SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE COLPENSIONES, según el memorial visto a folios 464 y ss. del expediente.

SEXTO: RECONOCER personería como apoderada del MUNICIPIO DE DUITAMA – SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE a MÓNICA YAZMIN ÁNGEL VARGAS, abogada identificada con cédula de ciudadanía N° 1.052.392.531 y portadora de la Tarjeta Profesional N° 281.004 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, en los términos y para los efectos previstos en el poder que reposa a folios 472 y ss. del expediente.

SÉPTIMO: Al verificar que se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 76 del CGP, **ACEPTAR** la renuncia de poder presentada por el

abogado FABIÁN RICARDO MURILLO BAUTISTA, quien actuaba como apoderado judicial de HÉCTOR EDUARDO BARRERA OJEDA, según el memorial visto a folios 473 y ss. del expediente.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

Hoja de firmas

DEMANDANTE: HÉCTOR EDUARDO BARRERA OJEDA

DEMANDADO: MUNICIPIO DE DUITAMA – SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE

REFERENCIA: 15238-3333-002-2017-00169-01