



NULIDAD ELECTORAL - Contra el acto de elección de contralor municipal / CONTRALOR TERRITORIAL - Requisitos para acceder al cargo

El Acto Legislativo 2 de 2015 modificó, entre otros aspectos, la forma de elección de los contralores territoriales, en el sentido de que esta ya no se haría por las asambleas y concejos a partir de ternas elaboradas por los tribunales superiores y contencioso administrativos, sino mediante una convocatoria pública conforme a la ley y con base en los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana, equidad de género y mérito. Con todo, el Acto Legislativo 04 de 2019 modificó nuevamente el inciso 7º del artículo 272 de la Constitución Política, determinando que: i) los contralores territoriales se eligen por las Asambleas Departamentales, Concejos Municipales y Distritales de terna conformada por quienes obtengan los mayores puntajes en convocatoria pública conforme a la ley, ii) le corresponde a la Contraloría General de la República desarrollar los términos que deben cumplir las convocatorias públicas que adelanten las asambleas departamentales y los concejos municipales para la elección de contralores territoriales (artículo 6 del Acto Legislativo 04 de 2019 y iii) los contralores tendrán un periodo de cuatro años que no podrá coincidir con el periodo del correspondiente gobernador y alcalde. Este nuevo régimen, además, establece que la siguiente elección de todos los contralores territoriales se hará para un periodo de dos (2) años. (...). Como se advierte, en la Resolución 728 de 2019 mediante la cual la Contraloría General de la República estableció los términos generales de las convocatorias públicas de selección de contralores territoriales, nada se indicó sobre los requisitos para postularse al cargo de contralor distrital, municipal o departamental. Tan solo advirtió que deben cumplirse las exigencias previstas por la Constitución y la Ley para participar en la selección de dicho cargo. (...). En efecto, el artículo 272 de la Constitución Política, modificado por el artículo 4 del Acto Legislativo 04 de 2019 establece que “Para ser elegido contralor departamental, distrital o municipal se requiere ser colombiano por nacimiento, ciudadano en ejercicio, tener más de veinticinco años, acreditar título universitario y las demás calidades que establezca la ley”. Dicho requisito, como bien lo expresó el *a quo*, se encuentra contenido en la Ley 42 de 1993 (...), que en su artículo 68 prevé: “Para ser elegido contralor de una entidad territorial se requiere además de las calidades establecidas en el artículo 272 de la Constitución Nacional acreditar título universitario y haber ejercido funciones públicas por un período no inferior a dos años”. (...). De manera que, no existe duda alguna sobre cuáles eran los requisitos establecidos en la Constitución y en la Ley para la elección de contralores territoriales, que fueron replicados en la Convocatoria efectuada por el Concejo Municipal de Valledupar, razón por la que se ajustan a la normativa vigente para el momento en que se realizó el proceso de selección.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la reforma introducida por el Acto Legislativo 04 de 2019 en la elección de contralores, que fue objeto de aclaración y consulta, consultar: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 12 de noviembre de 2019, M.P. Álvaro Namén Vargas, radicación 11001-03-06-000-2019-00186-00.

**FUNCIÓN PÚBLICA – Concepto / EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA –
Atribución de funciones administrativas a particulares / CONTRATO DE
PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Concepto / EJERCICIO DE LA FUNCIÓN
PÚBLICA – El desempeño de funciones públicas de carácter permanente en
ningún caso es susceptible de celebración de contrato de prestación de
servicios**





La jurisprudencia del máximo órgano constitucional ha abordado el concepto de función pública a partir de dos nociones: amplia y restringida. En el sentido amplio la noción de función pública -sostiene la Corte Constitucional- atañe al conjunto de las actividades que realiza el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes, (art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines. En un sentido restringido se refiere al conjunto de principios y reglas que se aplican a quienes tienen vínculo laboral subordinado con los distintos organismos del Estado. Por lo mismo, empleado, funcionario o trabajador es el servidor público que está investido regularmente de una función, que desarrolla dentro del radio de competencia que le asigna la Constitución, la ley o el reglamento. (...). Según se tiene, el artículo 123 de la Constitución Política advierte que el desempeño de funciones públicas puede estar a cargo de los servidores públicos o de los particulares, distinguiéndose los unos de los otros en que, por ejemplo, los primeros lo hacen de manera permanente, en tanto que los segundos lo hacen en forma temporal o transitoria, e igualmente porque dentro de la primera categoría quedan comprendidos “los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios”, mientras que los particulares prestan el servicio con apego a unas precisas funciones públicas que le han sido provisionalmente asignadas, como así lo indica el artículo 116 de la Constitución frente a quienes son “investidos transitoriamente de la función de administrar justicia”. Así mismo, la Ley 489 de 1998 establece en el artículo 110 las condiciones para el ejercicio de funciones administrativas, al preceptuar que las personas (naturales y jurídicas privadas), podrán ejercer funciones administrativas, bajo (...) [ciertas] condiciones. (...). [L]a Corte Constitucional se pronunció en sentencia C-866 de 1999 y estableció algunos criterios que restringen la atribución de funciones administrativas a particulares. Así, una de estas limitaciones está determinada por la asignación constitucional que en forma exclusiva y excluyente se haga de la referida función a determinada autoridad. (...). Igualmente, precisó que las autoridades administrativas solamente pueden atribuir a los particulares las potestades que son de su competencia, la imposibilidad de vaciar de contenido las facultades de la autoridad que las otorga, es decir, la atribución conferida al particular no puede llegar al extremo de que éste reemplace totalmente a la autoridad pública en el ejercicio de las funciones que le son propias. En igual medida, el máximo órgano constitucional aclaró en esa oportunidad que la atribución de funciones administrativas a particulares debe hacerse delimitando expresamente la función otorgada, acudiendo para ello a criterios materiales, espaciales, temporales, circunstanciales, procedimentales o cualesquiera otros que resulten útiles para precisar el campo de acción de los particulares, en forma tal que la atribución no llegue a devenir en una invasión o usurpación de funciones no concedidas, a un vaciamiento del contenido de la competencia de la autoridad atribuyente o a la privatización indirecta del patrimonio público. (...). Como se lee [del artículo 32 de la Ley 80 de 1993], los contratos de prestación de servicios previstos en el Estatuto de Contratación Pública son aquellos que celebran las entidades con personas naturales o jurídicas, con la finalidad de desarrollar actividades relacionadas con la administración y funcionamiento que no puedan ser ejecutadas por el personal de planta o que requieran conocimientos especializados. (...). De conformidad con lo anterior, el contrato de prestación de servicios es una modalidad de vinculación con el Estado de tipo excepcional que se justifica constitucionalmente si es concebida como un instrumento para atender funciones ocasionales, que son aquellas que no hacen parte del “giro ordinario” de las labores encomendadas a la entidad, o que, siendo parte de ellas, no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieren de conocimientos especializados; vinculación que en ningún caso debe conllevar subordinación. (...). Es decir, la





ejecución de funciones públicas que de ordinario están asignadas a la entidad pública tienen lugar, por regla general, mediante empleo público. Si bien existen excepciones, por cuanto particulares sin tener la investidura de empleado o servidor pueden eventualmente desempeñar función pública, lo cierto es que para que ello ocurra la ley ha previsto una serie de condiciones y presupuestos para que el privado pueda ejercerlas tales como: la expedición de un acto administrativo, la delegación puntual habilitada por la ley, la concesión o la prestación de un servicio público. (...). Conforme a lo indicado por la Corte Constitucional, el contrato excepcionalmente puede constituir una forma autorizada por la ley de atribuir funciones públicas a un particular. Es el caso de la labor del contratista que no se agota con la simple ejecución material de una labor o prestación específicas, sino en el desarrollo de cometidos estatales que comportan la asunción de prerrogativas propias del poder público, como ocurre en los eventos en que adquiere el carácter de concesionario, o administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, o el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos. De modo que, resulta claro que el ejercicio de funciones públicas por parte de particulares requiere, de acuerdo con el recuento normativo y jurisprudencial antes referido, que: i) La atribución de las funciones administrativas esté precedida de acto administrativo y acompañada de convenio, ii) la facultad conferida al particular no puede llegar al extremo de que éste reemplace totalmente a la autoridad pública en el ejercicio de las funciones que le son propias, iii) el desempeño de funciones públicas de carácter permanente en ningún caso es susceptible de celebración de contratos de prestación de servicios y iv) el contratista se constituye en un colaborador o instrumento de la entidad estatal para la realización de actividades o prestaciones que interesan a los fines públicos, pero no en un depositario de sus funciones. En ese sentido, el desempeño de funciones públicas de carácter permanente en ningún caso es susceptible de celebración de contratos de prestación de servicios. Para el ejercicio de aquellas deberán crearse los empleos correspondientes.

NOTA DE RELATORÍA: La jurisprudencia del máximo órgano constitucional ha abordado el concepto de función pública a partir de dos nociones: amplia y restringida, consultar: Corte Constitucional, sentencia C-563 de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Diaz. En cuanto que los particulares prestan el servicio con apego a unas precisas funciones públicas que le han sido provisionalmente asignadas, como así lo indica el artículo 116 de la Constitución frente a quienes son “investidos transitoriamente de la función de administrar justicia”, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, providencia del 4 de marzo de 2011, M.P. María Nohemí Hernández Pinzón, radicación 11001-03-28-000-2010-00040-00. En cuanto a que el contrato excepcionalmente puede constituir una forma autorizada por la ley de atribuir funciones públicas a un particular. Es el caso de la labor del contratista que no se agota con la simple ejecución material de una labor o prestación específicas, sino en el desarrollo de cometidos estatales que comportan la asunción de prerrogativas propias del poder público, como ocurre en los eventos en que adquiere el carácter de concesionario, o administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, o el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, consultar: Corte Constitucional, sentencia C-563 de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Diaz.

NULIDAD ELECTORAL - Contra el acto de elección de contralor municipal / EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA – Se ejecuta por regla general mediante empleo público / NULIDAD ELECTORAL – La demandada no cumplió el requisito de haber ejercido funciones públicas por un período no





inferior a dos años

[P]ara el *a quo* el requisito estudiado en el *sub-examine*, se traduce en el ejercicio de función pública, mas no en haber desempeñado un empleo público, que tienen connotaciones distintas. (...). [L]a colegiatura de primera instancia concluyó que en el presente asunto es posible predicar de forma excepcional, el cumplimiento de función pública por parte de la hoy demandada, a través de la suscripción de diversos contratos de prestación de servicios suscritos con Empresas Sociales del Estado, como es el caso puntual de la ESE La Divina Misericordia de Magangué – Bolívar, por espacio de más de dos (2) años. Al respecto, la Sala considera que no le asiste razón al juez de primera instancia, por varias razones. (...). [E]l desempeño de funciones públicas de carácter permanente en ningún caso es susceptible de celebración de contratos de prestación de servicios. Para el ejercicio de funciones públicas de carácter permanente deberán crearse los empleos correspondientes. (...). Luego, a través de la vinculación por contrato de prestación de servicios no pueden desempeñarse funciones públicas de carácter permanente o de aquellas que se encuentren previstas en la ley o el reglamento para un empleo público. De manera que, se insiste, la ejecución de funciones públicas que de ordinario están asignadas a las entidades del Estado deben ejecutarse por regla general mediante empleo público. Si bien existen eventos en que los particulares sin tener la investidura de empleado o servidor pueden eventualmente desempeñar función pública, lo cierto es que para que ello ocurra la ley ha previsto una serie de condiciones y presupuestos para que el particular pueda ejercerlas tales como: la expedición de un acto administrativo, la delegación puntual habilitada por la ley, la concesión o la prestación de un servicio público. En ese orden de ideas, no es posible derivar la consecuencia que precisó el Tribunal de primer grado, al advertir que las funciones desarrolladas por la demandada en la E.S.E. La Divina Misericordia corresponden indistintamente a un jefe de oficina jurídica de cualquier entidad porque: i) la naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios no atiende al ejercicio de función pública y ii) de ser así, y se advirtiera la desnaturalización del contrato estatal, no le corresponde al juez electoral determinar si las funciones realizadas por la demandada en la E.S.E. constituyen un abuso de dicha figura, sino determinar si las labores ejercidas por la señora Teherán Puello cumplen con el requisito exigido para el cargo por el cual resultó electa y, lo cierto es que, conforme a la regulación legal y jurisprudencial, la vinculación de la demandada con dicha empresa social del Estado, se insiste, no le otorga ni la calidad de servidora pública ni tampoco la inviste como un particular en ejercicio de funciones públicas. En gracia de discusión, aun cuando esta Sala Electoral acudiera a un “criterio material” como lo sustentó el *a quo*, las labores acreditadas por la demandada en el proceso de selección y que el Tribunal tuvo en cuenta para demostrar el pluricitado requisito, tampoco evidencian el ejercicio de función pública alguna. (...). Desde un punto de vista material, resulta forzada la conclusión que expuso el Tribunal de primer grado, al advertir que las precitadas labores comportan el ejercicio de función pública, en tanto que ésta se manifiesta como la exteriorización de potestades inherentes al Estado, como por ejemplo la expedición de actos unilaterales que deciden situaciones que afectan a terceros o la imposición coercitiva de una decisión a un tercero, y, en general, el ejercicio de autoridad inherente del Estado. Sin embargo, de las actividades referidas no es posible predicar ninguna de esas facultades. (...). Igual conclusión se predica de la certificación de la E.S.E. Hospital San Martín de Loba, entidad con la cual la demandada suscribió un contrato de prestación de servicios (sin que se advierta la fecha ni el tiempo de duración en la certificación aportada) y de la constancia del contrato de aprendizaje con Electricaribe S.A. Ahora, pese a que la demandada acreditó mediante otras certificaciones su vinculación con la DIAN, las que eventualmente podrían constituir el ejercicio de función pública, lo cierto es





que el tiempo trabajado no resulta suficiente para efectos de demostrar el cumplimiento del requisito exigido en la convocatoria para la elección del contralor municipal de Valledupar, pues con la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales tan solo laboró 9 meses y 29 días. Lo propio ocurre con las certificaciones de la alcaldía municipal de Margarita, Bolívar, en las que consta que la señora Teherán Puello estuvo vinculada a través de un contrato de prestación de servicios desde el 2 de julio hasta el 31 de octubre de 2013 (3 meses y 29 días) y desde el 1° de mayo hasta el 31 de diciembre de 2014 (7 meses y 30 días), para un total de 11 meses y 29 días. En tales condiciones, le asiste razón al recurrente al afirmar que la contralora acusada no cumplía con el requisito previsto por la convocatoria de “haber ejercido funciones públicas por un período no inferior a dos (2) años”. En consecuencia, la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar el 17 de junio de 2021 habrá de revocarse para en su lugar, declarar la nulidad del acto de elección de la [demandada] (...) como contralora municipal de Valledupar para el periodo 2020-2021 contenido en el acta de sesión ordinaria 007 del 8 de enero de 2020 del Concejo Municipal de Valledupar.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 116 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 123 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 272 INCISO 7 / ACTO LEGISLATIVO 2 DE 2015 / ACTO LEGISLATIVO 04 DE 2019 - ARTÍCULO 6 / LEY 489 DE 1998 - ARTÍCULO 110 / LEY 489 DE 1998 - ARTÍCULO 111 / LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 32 / DECRETO 1082 DE 2015 - ARTÍCULO 2.2.1.2.1.4.9 / LEY 909 DE 2004 - ARTÍCULO 1

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., nueve (9) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 20001-23-33-000-2020-00033-01

Actor: BALDOMERO ASCANIO ROSADO QUINTERO

Demandado: MARY FLOR TEHERAN PUELLO - CONTRALORA MUNICIPAL DE VALLEDUPAR, PERÍODO 2020-2021

Referencia: NULIDAD ELECTORAL - Cargos de expedición irregular e infracción de las normas en que debía fundarse el acto de elección demandado

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante contra la sentencia del 17 de junio de 2021 proferida por el





Tribunal Administrativo del Cesar, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

El señor Baldomero Ascanio Rosado Quintero, en ejercicio del medio de control de nulidad electoral solicitó que se declare nulo el acto de elección de la señora Mary Flor Teheran Puello, contralora municipal de Valledupar para el periodo 2020-2021 efectuada por el Concejo Municipal de dicha ciudad mediante acta de sesión ordinaria 007 del 8 de enero de 2020.

En la demanda se elevaron puntualmente las siguientes pretensiones:

“Se declare la nulidad del acto administrativo por medio del cual el Concejo del Municipio de Valledupar eligió a MARY FLOR TEHERAN PUELLO como contralora de este municipio para el periodo 2020-2021, acto contenido en el Acta (sic) de sesión número 007 del 08 de Enero (sic) de 2020.

Lo anterior, luego de que, en virtud de lo autorizado en el artículo 148 del C.A.P.A.C.A, se inaplique en el caso concreto elección de MARY FLOR TEHERAN PUELLO como Contralora del Municipio de Valledupar para el periodo 2020 a 2021, contenida en la Resolución 007 del 08 de enero de 2020 del Concejo del Municipio de Valledupar (prueba aportada #3), por no reunir el requisito contemplado en el artículo 9 numeral 5 de la resolución 051 del 29 de noviembre de 2019 “POR LA CUAL SE DA APERTURA A LA CONVOCATORIA PÚBLICA PARA LA ELECCIÓN DEL CONTRALOR MUNICIPAL DE VALLEDUPAR, PARA EL PERIODO DE DOS AÑOS ESTABLECIDOS EN EL PARÁGRAFO TRANSITORIO 1 DEL ACTO LEGISLATIVO 04 DE 2019 – ENERO 2020- DICIEMBRE 2021” en el que exige haber ejercido funciones públicas por un periodo no inferior a dos (2) años”.

2. Hechos

Sostuvo que mediante Resolución 051 del 29 de noviembre de 2019 el Concejo Municipal de Valledupar dio apertura a la convocatoria pública para la elección del contralor municipal, para el período 2020 - 2021, la cual en su artículo 9 contempló como requisito de participación, entre otros, haber ejercido funciones públicas por un período no inferior a dos (2) años.

Mencionó que el artículo 10 de la referida resolución estableció como causales de inadmisión y exclusión de la convocatoria, entre otros, no acreditar los requisitos mínimos exigidos para el cargo; asimismo el artículo 15 exigía una carta de presentación dirigida al Concejo Municipal de Valledupar, suscrita por el candidato, relacionando los documentos que soportan la experiencia del ejercicio de funciones públicas por un período no inferior a 2 años; además, constancias o





certificaciones que demostraran dicha circunstancia.

Anotó que la señora Mary Flor Teherán Puello se inscribió para la referida elección, aportando varias certificaciones para acreditar experiencia profesional, en su gran mayoría que demuestran la suscripción de contratos de prestación de servicios profesionales, de las cuales, según lo afirma, no se puede verificar el cumplimiento del ejercicio de funciones públicas por un período no inferior a 2 años.

Señaló que a pesar de lo anterior, en sesión del 8 de enero de 2020, el Concejo Municipal de Valledupar eligió a la señora Mary Flor Teherán Puello como contralora municipal, para el período 2020 - 2021, ignorando las normas que la misma Corporación diseñó como requisitos para aspirar y elegir tal cargo, teniendo incluso la posibilidad de proceder a la exclusión de la aspirante, conforme lo dispuso el artículo 10 de la Resolución 051 de 2019, más aún cuando en la elección se efectuó dicha advertencia por parte de 2 concejales.

Alegó que la demandada no cuenta con los requisitos necesarios para ser elegida contralora municipal de Valledupar, toda vez que los contratos de prestación de servicios profesionales no tienen como objeto ni le son propios el ejercicio de funciones públicas, pues responden a la lógica de una actividad privada, sin importar si es ejercida mediante la celebración de contratos estatales o de derecho privado, tal como lo ha establecido el Consejo de Estado.

3. Normas violadas y concepto de la violación

Como normas violadas cita el demandante el artículo 9 de la convocatoria del proceso de selección del contralor municipal de Valledupar, esto es, la Resolución 051 del 29 de noviembre de 2019, expedida por el Concejo Municipal de Valledupar.

Precisó como causales de nulidad del acto acusado las denominadas “*infracción de las normas en que debía fundarse*” y “*expedición irregular*”, previstas en los artículos 137 y 275 del CPACA; asimismo la causal de anulación electoral consignada en el numeral 5 del artículo 275 ibídem, que prevé: “*Se elijan candidatos o se nombren personas que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad o que se hallen incursas en causales de inhabilidad*”.

Sostuvo que la elección de la demandada no tuvo en cuenta el requisito exigido en el artículo 9 de la Resolución 051 del 29 de noviembre de 2019, expedida por el Concejo Municipal de Valledupar, por medio de la cual se dio apertura a la convocatoria pública para la elección del Contralor Municipal, para el período 2020 - 2021, esto es, haber ejercido funciones públicas por un período no inferior a dos (2) años.

Argumentó que la señora Mary Flor Teherán Puello participó en la convocatoria de elección de contralor municipal de Valledupar, aportando certificaciones que





corresponden en su mayoría a contratos de prestación de servicios profesionales; sin embargo, ninguna de las actividades desarrolladas comporta el ejercicio de función pública, toda vez que de las mismas no se desprende la asunción o prerrogativas propias del poder público. Es decir, no se trata de cesionario o administrador delegado, o que se le haya encomendado la prestación de un servicio público a cargo del Estado, o el recaudado de caudales o el manejo de bienes públicos. Por tanto, afirmó, las actividades de “proyectar actos administrativos”, no son función pública.

Agregó que la ley ordena que el otorgamiento de funciones administrativas que conlleven al ejercicio de funciones públicas, deben estar contenidas en un acto administrativo de autoridad competente, y en ninguno de los certificados aportados por la señora Teherán Puello se hace mención del mismo, ni mucho menos fue aportado al momento de la inscripción. En consecuencia, en criterio del demandante, no solo basta con suscribir un contrato con una entidad pública para asumir que se ejerce función pública, sino que además debe analizarse la naturaleza de las actividades asignadas, por cuanto éstas se encuentran plenamente identificadas en la ley y la jurisprudencia.

Sustentó que se debe respetar el procedimiento donde la autoridad en uso de sus facultades se desprende de sus funciones para otorgárselas a un particular, circunstancia que insiste no fue acreditada por la demandada.

4. Actuación procesal en la primera instancia

Mediante providencia del 20 de febrero de 2020 se admitió la demanda y se ordenaron las notificaciones de rigor.

El apoderado de la parte demandada contestó la demanda mediante memorial del 31 de julio de 2020 enviado por correo electrónico a la Secretaría del Tribunal Administrativo del Cesar.

Por auto del 25 de agosto de 2020 el *a quo* se pronunció sobre la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto de elección solicitada por la parte actora, la cual fue denegada.

A través de providencia del 1° de octubre de 2020 el magistrado sustanciador ordenó vincular al proceso al Instituto de Extensión y Educación para el Trabajo y el Desarrollo Humano – IDEXUD de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, por considerarse que tiene interés en las resultas del mismo, en virtud del Contrato 035 de 2019 suscrito con el Concejo de Valledupar, que tiene por objeto “PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES DE ACOMPAÑAMIENTO JURIDICO, TECNICO Y ADMINISTRATIVO PARA LA EJECUCIÓN DE ALGUNAS ETAPAS DE LA CONVOCATORIA PÚBLICA, PARA LA ELECCIÓN DEL CONTRALOR MUNICIPAL DE VALLEDUPAR, VIGENCIA 2020 - 2021”.

En providencia del 26 de noviembre de 2020 se resolvieron las excepciones previas formuladas en el presente asunto por la entidad vinculada - Universidad





Distrital Francisco José de Caldas, antes de la audiencia inicial, atendiendo las reglas procesales establecidas en el Decreto Legislativo 806 de 2020. En dicho proveído se declaró no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la referida institución universitaria.

El 28 de enero de 2021 se llevó a cabo a través de medios virtuales la audiencia inicial que trata el artículo 180 del CPACA, donde se adelantaron todas las etapas señaladas en el citado artículo, entre ellas la de fijación del litigio en los siguientes términos:

“De conformidad con lo anterior, y lo solicitado en las pretensiones de la demanda, el litigio se centrará en determinar, si es nulo o no, el acto administrativo contenido en el Acta de Sesión Ordinaria No. 007 del 8 de enero de 2020, por medio del cual, el Concejo del Municipio de Valledupar eligió a la doctora MARY FLOR TEHERÁN PUELLO, como contralora de este municipio, para el período 2020 – 2021. Para establecer dicha circunstancia, se deberá determinar, si resulta procedente inaplicar dicha elección, por no reunir el requisito contemplado en el artículo 9 numeral 5 de la Resolución 051 del 29 de noviembre del 2019 "POR LA CUAL SE DA APERTURA A LA CONVOCATORIA PÚBLICA PARA LA ELECCIÓN DEL CONTRALOR MUNICIPAL DE VALLEDUPAR, PARA EL PERIODO DE DOS AÑOS, ESTABLECIDOS EN EL PARÁGRAFO TRANSITORIO 1 DEL ACTO LEGISLATIVO 04 DE 2019 — ENERO 2020-DICIEMBRE 2021" en el que exige haber ejercido funciones públicas por un periodo no inferior a dos (2) años. Se les pregunta a las partes, si están de acuerdo o no, con la fijación del litigio: - PARTE DEMANDANTE: De acuerdo. - CONCEJO MUNICIPAL DE VALLEDUPAR: De acuerdo. - UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS: De acuerdo. - MINISTERIO PÚBLICO: Igualmente de acuerdo”.

Asimismo, se prescindió de llevar a cabo la audiencia de pruebas que consagra el artículo 181 del CPACA, atendiendo que las decretadas eran documentales, de las cuales se corrió traslado mediante auto del 26 de marzo de 2021.

Finalmente, a través de proveído de fecha 23 de abril de 2021, con base en lo dispuesto en el artículo 181 del CPACA, se prescindió de llevar a cabo la audiencia de alegaciones y juzgamiento en el presente asunto, y en consecuencia se ordenó a las partes presentar sus alegatos de conclusión por escrito dentro del término de 10 días siguientes.

5. Contestaciones de la demanda

5.1. La demandada

A través de apoderado judicial, presentó escrito de contestación de la demanda, en el cual se opuso a las pretensiones:

Sostuvo que son ciertos los hechos narrados, excepto que no se verificó el cumplimiento del ejercicio de funciones públicas, por cuanto ello constituye una reflexión subjetiva del actor, producto de su convicción, al calificar el requisito de





ejercicio de funciones públicas y confundirlo con el ejercicio de cargos públicos.

Expuso que las normas que limitan los derechos fundamentales son de interpretación restrictiva, y en el caso en concreto la señora Teheran Puello se inscribió como candidata para el cargo de contralora municipal de Valledupar, en uso de sus derechos a: (i) participar directamente en la dirección de asuntos públicos, (ii) tener acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas, (iii) derecho a ser elegida, (iv) derecho al trabajo, (v) derecho al ejercicio y control del poder político, entre otros; y para el goce de tales derechos la norma restrictiva exige “*haber ejercido funciones públicas*” y en consecuencia le corresponde al operador judicial proveer en tal sentido.

Afirmó que no puede extenderse la interpretación y entender que lo que exige la norma es haber ejercido cargos públicos, con fundamento en una relación legal y reglamentaria. Resaltó que la voluntad de la duma municipal fue clara al exigir “*haber ejercido funciones públicas*” sin que si advierta la exigencia de haber sido servidor público, empleado público o trabajador oficial, es decir, que no se exigió una condición objetiva de vinculación si no que se dejó a la realidad del desempeño de las funciones, sin atarse a un criterio de vinculación como lo ha pretendido el demandante.

5.2. Concejo Municipal de Valledupar

Mediante apoderado, la corporación pública contestó la demanda en los siguientes términos.

Señaló que conforme a lo indicado por el actor, la experiencia de la demandada fue objeto de verificación, razón por la cual la mesa directiva admitió a la demandada como aspirante, por haber cumplido con los requisitos exigidos por la convocatoria.

Precisó que el estudio de la admisión de la aspirante a la convocatoria fue objeto de dos filtros. El primero por parte del Concejo Municipal de Valledupar, en cabeza de la mesa directiva de la época y, el segundo, del Instituto de Extensión y Educación para el Trabajo y el Desarrollo Humano – Idexud, de la Universidad Distrital Francisco José De Caldas, en virtud del Contrato 035 de 2019 de prestación de servicios celebrado con la corporación.

Afirmó que la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Valledupar admitió a la demandada, basándose en la hoja de vida y soportes aportados; además, obtuvo el puntaje más alto en la prueba de conocimiento, otorgándole el primer lugar en la terna, razón por la cual al haberse agotado las etapas de la convocatoria de manera legal, se procedió a la elección, con un resultado de doce (12) votos a favor.

Concluyó que la convocatoria señalaba como requisito “*haber ejercido funciones públicas por un periodo no inferior a dos (2) años*”, y dichas funciones públicas no implican *per se* ser empleado público, para lograr el cumplimiento del presupuesto





exigido por la convocatoria.

5.3. Impugnador

El señor Jhon Jairo Diaz Carpio, impugnador reconocido en el proceso, propuso como excepción la *“legalidad del acto acusado”*, manifestando que por expresa disposición del constituyente, los requisitos y procedimientos para la elección de contralor municipal no es del resorte ni de la competencia del Concejo Municipal de Valledupar, ello implica indefectiblemente que no podría enrostrarse a la parte que coadyuva, un requisito que no está en la Ley, sino que en los términos de las normas alegadas por el actor, se encuentran en unas resoluciones expedidas por la mesa directiva del Concejo Municipal de Valledupar, por ello dichas resoluciones no sólo no tienen la potencialidad de enervar los efectos del acto demandado, sino que además no podrían ser aplicadas por ser abiertamente inconstitucionales.

Argumentó que la elección de contralores territoriales ha sufrido variaciones constitucionales y legales que implican ser analizadas para determinar puntualmente si, el mayor reparo que hace el actor efectivamente tiene vigencia y vocación de ser estudiado en el fondo de la litis.

Adujo que el Acto Legislativo 04 de 2019 representó un verdadero cambio de paradigma en lo relacionado con el control fiscal y con las condiciones y requisitos para ocupar el cargo de contralor en todos sus niveles, los cuales trae a colación, resaltando que el mismo no establece el requisito de haber ejercido función pública por al menos dos (2) años.

Anotó que es claro que las normas del Acto Legislativo 04 de 2019 deben aplicarse a cualquier elección de contralores departamentales, municipales y distritales que se haga a partir del 18 de septiembre de 2019, incluyendo aquellas en donde ya se haya iniciado la respectiva convocatoria pública luego, el análisis frente a la elección del contralor municipal de Valledupar no puede hacerse en virtud de una norma que no es de carácter legal ni constitucional, la cual fue expedida por la corporación pública sin tener competencia, porque si bien podía hacer la convocatoria, la misma debía corresponder exclusivamente a lo que la ley ordenara, especialmente lo establecido por el acto Legislativo y la Contraloría General de la República, y ninguna de estas establece el requisito de ejercer función pública por lo menos durante dos (2) años.

Sustentó que el requisito que considera violado el actor está contenido, argumentado y sustentado en una resolución del Concejo Municipal de Valledupar, el cual carecía de competencia para establecer el mismo, máxime cuando a la luz de la nueva regulación constitucional y legal, no puede predicarse dicha exigencia. Además, sostuvo que el actor no sustentó las causales de nulidad en virtud de una norma diferente a la Resolución No. 051 del 2019, razón por la cual, el juez de control de legalidad del acto electoral no podría emprender el estudio de la demanda y de sus consecuencias, en normas o conceptos de violación diferentes a los presentados, en virtud del derecho de contradicción y defensa, y





especialmente por la condición de justicia rogada que reviste esta clase de acciones.

5.4. Universidad Distrital Francisco José de Caldas

La apoderada de la institución universitaria vinculada al proceso contestó la demanda en los siguientes términos:

Estableció que los hechos relacionados con el requisito del ejercicio de funciones públicas no son ciertos, toda vez que el demandante realiza una interpretación sesgada de la Resolución 051 de 2019, expedida por la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Valledupar.

Explicó que el requisito establecido en el artículo 68 de la Ley 42 de 1993, consistente en “haber ejercido funciones públicas por un período no inferior a dos años”, con la entrada en vigor del Acto Legislativo 04 de 2019, no solo padece de derogatoria orgánica por la entrada en rigor de la Ley 1904 de 2018, sino que además no puede pretenderse vigente, por cuanto la Constitución Política es norma de normas, con efecto general inmediato y poder reformatorio de las disposiciones anteriores.

Agregó que la Contraloría General de la República, en uso de la facultad constitucional otorgada por el artículo 6 del Acto Legislativo 04 de 2019, y atendiendo las precisiones dadas por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, expidió la Resolución 0728 el 18 de noviembre de 2019, y mediante el artículo 2 fijó las reglas generales para participar en las convocatorias para la elección de Contralor.

Indicó que la tesis central del demandante, sobre un presunto incumplimiento del requisito de “*haber ejercido funciones públicas por un período no inferior a dos años*” no tiene vocación de prosperidad, por cuanto se soporta en una interpretación exegética del artículo 9 de la Resolución 051 de 29 de noviembre de 2019, sin leerlo en armonía con la Ley 1904 del 27 de junio de 2018, el Acto legislativo 04 del 18 de septiembre 2019, el Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado No. 11001-03-06-000-2019-00186-00 y la Resolución 0728 del 18 de noviembre 2019.

6. Sentencia de primera instancia

En sentencia del 17 de junio de 2021 el Tribunal Administrativo del Cesar denegó las pretensiones de la demanda. Como fundamento de esa decisión expuso lo siguiente:

Aclaró que se encuentra acreditado en el plenario que el Concejo Municipal de Valledupar expidió la Resolución 051 del 29 de noviembre del 2019 "*POR LA CUAL SE DA APERTURA A LA CONVOCATORIA PÚBLICA PARA LA ELECCIÓN DEL CONTRALOR MUNICIPAL DE VALLEDUPAR, PARA EL PERIODO DE DOS AÑOS, ESTABLECIDOS EN EL PARÁGRAFO TRANSITORIO 1 DEL ACTO LEGISLATIVO 04*





DE 2019 — ENERO 2020- DICIEMBRE 2021", la cual, entre otros aspectos, reza:

“ARTÍCULO 9°. REQUISITOS DE PARTICIPACIÓN. De conformidad con el artículo 272 de la Constitución Política, 68 de la Ley 42 de 1993, artículo 158 de la Ley 136 de 1994, y artículo 9 de la Ley 177 de 1994, para participar en el proceso de elección para Contralor Municipal de Valledupar, se requiere: 1. Ser colombiano por nacimiento 2. Ciudadano en ejercicio 3. Tener más de veinticinco (25) años de edad 4. Acreditar título universitario 5. Haber ejercido funciones públicas por un periodo no inferior a dos (2) años”.

Precisó que dicha disposición está en armonía con el ordenamiento jurídico, toda vez que la convocatoria fue proferida con anterioridad a los cambios normativos a los que aluden las partes en el presente proceso, esto es, el Acto Legislativo 04 de 2019, y contempla como requisito para ser contralor *“las demás calidades que establezca la ley”*, encontrándose vigente la Ley 42 de 1993, que establece que para ser elegido contralor de una entidad territorial se requiere, además de las calidades establecidas en el artículo 272 de la Constitución Política, *“haber ejercido funciones públicas por un período no inferior a dos años”*.

Mencionó que dicha norma se encuentra vigente en el ordenamiento jurídico colombiano, por no haber sido derogada por ley alguna, ni declarada inexecutable por la Corte Constitucional; además, tampoco puede entenderse derogada tácitamente por cuanto no riñen ambas disposiciones entre sí, sino que se complementan, al tenor de lo establecido en el artículo 71 del Código Civil. Ante tal circunstancia, precisó que el Concejo Municipal de Valledupar se encontraba amparado legalmente para exigir como requisito para ser contralor municipal, el ejercicio de funciones públicas por un periodo no inferior a dos (2) años.

Resaltó que, más aún, cuando los aspirantes presentaron su documentación dando cumplimiento al acto administrativo de convocatoria, encontrándose demostrado en esta actuación en el caso particular de la señora Mary Flor Teherán Puello, que suscribió el documento denominado *“MANIFESTACIONES ESPECIALES”*, del cual se resalta *“he leído cuidadosamente la resolución de convocatoria o reglamento de la convocatoria y tengo claro los requisitos exigidos para mi admisión, de igual manera dejo constancia que acepto sin salvedades las bases del concurso”*.

Resaltó que frente al cargo planteado, coinciden todas las partes al sostener, que en determinados eventos y bajo las condiciones que señale la ley, los particulares ejercen funciones públicas, que en principio corresponde realizarlas al Estado a través de sus empleados, tal y como efectivamente lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia nacional. En consecuencia, para establecer dicha circunstancia, se debe identificar el contenido de la tarea encomendada y su ejecución.

Explicó que se realizaría el análisis de las pruebas allegadas al expediente, en aras de establecer si se acreditó o no por parte de la accionada, el ejercicio de función pública por el período de dos (2) años.



Aclaró, del análisis probatorio efectuado, que resultaba absolutamente necesario identificar el contenido de la tarea encomendada y su ejecución, en aras de establecer el ejercicio excepcional de función pública en cabeza de la accionada, en su condición de contratista (particular), pues no es jurídicamente viable descartar de tajo tal vinculación, como lo hace el señor agente del Ministerio Público, bajo el argumento de que los contratistas *"no están subsumidos en el contexto de la función pública, ni son, por tanto, servidores públicos, y por ende, no desarrollan "función pública"*, sin siquiera analizar las funciones ejercidas por aquella.

Agregó que llama poderosamente la atención la certificación expedida por la ESE La Divina Misericordia de Magangué – Bolívar, donde se advierte la existencia de diversos contratos de prestación de servicios profesionales suscritos con la señora Mary Flor Teherán Puello, por espacio de más de dos (2) años, desarrollando actividades propias de la entidad para alcanzar sus metas, fines y objetivos, en ausencia de personal de planta.

Destacó de dichas funciones: la elaboración de estudios jurídicos, dar visto bueno a los actos administrativos emitidos por la gerencia, proyección de actos administrativos y revisión de evaluaciones en los procesos contractuales, etc., los cuales le correspondería indistintamente a un jefe de oficina jurídica de cualquier entidad; sin embargo, las desarrolló la señora Mary Flor Teherán Puello a través de la modalidad de contratos de prestación de servicios, en ausencia de personal de planta, como lo certifica la entidad estatal.

Concluyó que en el presente asunto es posible predicar de forma inequívoca el cumplimiento de función pública por parte de la demandada, a través de la suscripción de diversos contratos de prestación de servicios suscritos con Empresas Sociales del Estado, como es el caso puntual de la ESE La Divina Misericordia de Magangué – Bolívar, por espacio de más de dos (2) años. En suma, la señora Teherán Puello, cumplió con el requisito de haber ejercido funciones públicas por un periodo no inferior a dos (2) años, exigido por la Ley 42 de 1993 y el Concejo Municipal de Valledupar, para ser contralora municipal de Valledupar. En ese orden de ideas, el cargo de nulidad propuesto en contra del acto de elección de la demandada, como contralora del municipio de Valledupar, para el período 2020 - 2021, no se encuentra acreditado.

7. Recurso de apelación

Inconforme con la decisión adoptada, el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación el cual se concedió mediante providencia del 8 de julio de 2021¹.

¹ La sentencia se notificó el 18 de junio de 2021 y el recurso fue presentado el 25 de junio siguiente, es decir, dentro de los 5 días siguientes a la notificación de la providencia recurrida.



Los argumentos del escrito de apelación se pueden sintetizar de la siguiente manera:

Insistió en que, de aplicarse estrictamente las condiciones establecidas en los artículos 9, 10 y 15 de la Resolución 051 del 2019 referente a requisitos de participación, causales de inadmisión y exclusión, así como acreditación de requisitos, la señora Mary Flor Theran Puello no debió ser admitida ni mucho menos elegida contralora del municipio de Valledupar, debido a que con los certificados de la celebración de contratos de prestación de servicios profesionales no demuestra “*haber ejercido funciones públicas por un periodo no inferior a dos (2) años*”.

Precisó que no basta como lo indica el Tribunal Administrativo en asumir que la vinculación de una persona mediante contrato de prestación de servicios en ausencia de funcionarios de planta o vinculados mediante acto legal o reglamentario, inmediatamente concede al contratista el carácter de función pública a sus actividades, esto porque, naturalmente, toda contratación de prestación de servicios obedece a la ausencia de funcionarios que ejerzan actividades que obligan a esa contratación, es por ello que previa vinculación por prestación de servicios es obligatorio por parte de la entidad certificar que no existe personal de planta que cumpla con determinadas actividades.

Indicó que las labores desplegadas por la demandada no encuentran relación alguna o no pueden aceptarse como función pública porque en palabras del mismo tribunal “*la labor del contratista no consiste simplemente en la ejecución material de una labor o prestación específicas, sino en el desarrollo de cometidos estatales que comportan la asunción de prerrogativas propias del poder público.*”

Destacó que, de las certificaciones aportadas al expediente, se puede advertir que las actividades allí descritas de ninguna manera son propias de los cometidos estatales que comportan la asunción de prerrogativas del poder público. De modo que, sostuvo, los particulares pueden desempeñar temporalmente funciones públicas y el régimen aplicable y la regulación de su ejercicio será determinado por la ley, por ello no se puede desconocer que función pública es toda actividad ejercida por los órganos del Estado para la realización de sus fines y, excepcionalmente, por expresa delegación legal o por concesión.

Sustentó que la función pública es toda actividad ejercida por los órganos del Estado para la realización de sus fines. De tal manera lo ha entendido el Consejo de Estado en abundantes pronunciamientos, lo que quiere decir que en primera medida la función pública es toda actividad que ejerce el Estado por medio de sus agentes siendo estos los servidores públicos; en otros eventos los particulares pueden ejercer funciones públicas pero esta no es de cualquier manera, debe ser expresamente delegada o por concesión. Bajo ese entendido no se puede considerar que cualquier actividad desplegada por un particular incluso mediante contrato suscrito con una entidad del Estado, pueda considerarse como función pública, pues depende de que esas actividades sean catalogadas inequívocamente como tal.





Anotó que por lo anterior, resultaba necesario verificar si las actividades certificadas en la contestación de la demanda, en virtud de los contratos de prestación de servicios de la demandada, les son propios la concesión, administración delegada o el manejo de bienes o recursos públicos que le permitiera al Tribunal concluir que la señora Mary Flor Theran Puello si cumplió con el requisito de ejercer función pública por el termino no inferior de dos (2) años como lo exigió el Concejo Municipal de Valledupar en la Resolución 051 del 2019 en su artículo 9.

Explicó que el contratista se constituye en un colaborador o instrumento de la entidad estatal para la realización de actividades o prestaciones que interesan a los fines públicos, pero no en un delegatario o depositario de sus funciones. Los contratistas, como sujetos particulares, no pierden su calidad de tales porque su vinculación jurídica a la entidad estatal no les confiere una investidura pública, pues si bien por el contrato reciben el encargo de realizar una actividad o prestación de interés o utilidad pública, con autonomía y cierta libertad operativa frente al organismo contratante, ello no conlleva de suyo el ejercicio de una función pública.

Agregó que no se puede pasar por alto el hecho que para que una función administrativa desplegada por particulares constituya función pública, deben acreditarse los requisitos que se encuentran taxativamente consignados en el artículo 111 de la Ley 489 de 1998.

Insistió que el otorgamiento de funciones públicas a un particular tiene unos límites y condiciones, no se trata de un evento ligero y sin reglamentación, dicha facultad debe estar plenamente concedida por la ley y respetar los límites que esta impone; de igual forma, se deben respetar procedimientos contemplados en la norma citada en precedencia.

8. Actuación procesal en segunda instancia

Por auto del 28 de julio de 2021, el magistrado ponente de la Sección Quinta del Consejo de Estado adoptó las siguientes decisiones: **(i)** admitió el recurso de apelación; **(ii)** ordenó a la Secretaría que lo pusiera a disposición de las partes por el término de 3 días; **(iii)** dispuso que vencido el plazo anterior, permaneciera el expediente en secretaría por otros 3 días para que las partes presentaran alegatos de conclusión y, **(iv)** ordenó poner el expediente a disposición del Ministerio Público con el fin de que rindiera concepto dentro de los 5 días siguientes.

9. Alegatos de conclusión en segunda instancia

Dentro del término concedido, se pronunciaron:

9.1. El demandante

Reiteró los argumentos formulados en el recurso de apelación e insistió en que el





otorgamiento de funciones públicas a un particular tiene unos límites y condiciones, no se trata de un evento ligero y sin reglamentación, dicha facultad debe estar plenamente concedida por la ley y respetar los límites que esta impone.

9.2. El Concejo Municipal de Valledupar

Sostuvo que cuando el particular, con motivo de la contratación pública, asume funciones públicas propias del Estado, se encuentra cobijado con la investidura de servidor público. Por el contrario, cuando dicho particular presta sus servicios para ejecutar obras de utilidad pública u objetos similares, no pierde esa calidad, en la medida en que su labor constituye una utilidad pública por razón del servicio contratado y no una función pública.

Precisó que conforme a lo señalado por el *a quo*, de la certificación expedida por la ESE La Divina Misericordia de Magangué – Bolívar, se advierte la existencia de diversos contratos de prestación de servicios profesionales suscritos con la señora Mary Flor Teherán Puello, por espacio de más de dos (2) años, desarrollando actividades propias de la entidad para alcanzar sus metas, fines y objetivos, en ausencia de personal de planta.

Mencionó que de dichas funciones se destaca, elaboración de estudios jurídicos, dar visto bueno a los actos administrativos emitidos por la gerencia, proyección de actos administrativos y revisión de evaluaciones en los procesos contractuales, etc., los cuales le correspondería indistintamente a un jefe de oficina jurídica de cualquier entidad, empero que desarrolló la señora Mary Flor Teherán Puello a través de la modalidad de contratos de prestación de servicios, en ausencia de personal de planta, como lo certifica la entidad estatal.

10. Concepto del Ministerio Público

La procuradora séptima delegada ante el Consejo de Estado rindió concepto en los siguientes términos:

Sostuvo que la sentencia apelada debe ser revocada, en virtud a que i) contrario a lo considerado por el Tribunal Administrativo del Cesar, no es posible predicar de manera excepcional el cumplimiento de función pública por parte de la demandada, a través de la suscripción de contratos de prestación de servicios con empresas sociales del Estado, cumpliendo, en su sentir, funciones públicas, por un período no inferior a 2 años en los términos exigidos por la Ley 42 de 1993 y el Concejo Municipal de Valledupar para ser contralora municipal, comoquiera que normativa y jurisprudencialmente, la asunción de funciones públicas por particulares, debe estar precedida de una norma superior que así lo establezca, ii) siendo así totalmente improcedente, en consecuencia, utilizar un criterio material o sustancial, en relación con las actividades realizadas, en virtud a que, se reitera, se requiere de una habilitación legal, pero además, el criterio en cita es utilizado por la ley y la jurisprudencia para los solos efectos de determinar la responsabilidad de los contratistas, siendo impropio su aplicación extensiva a otros ámbitos del derecho.





II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sección Quinta del Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia del 17 de junio de 2021, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar de conformidad con lo establecido en los artículos 150 y 152 numeral 7 literal b del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2. Problema jurídico

Le corresponde a esta Sección resolver, en los precisos términos expuestos en el recurso de apelación, si hay lugar a confirmar, revocar o modificar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar el 17 de junio de 2021.

Para el efecto, se debe determinar si la demanda cumplió con el requisito establecido en el numeral 9 de la Resolución 051 del 29 de noviembre de 2019 expedida por el Concejo Municipal de Valledupar, mediante la cual se dio apertura a la convocatoria pública para la elección del contralor municipal de Valledupar, para el período 2020 - 2021, la cual en su artículo 9 contempló como requisito de participación, entre otros, haber ejercido funciones públicas por un período no inferior a dos (2) años.

Previamente a resolver el referido problema, la Sala advierte la necesidad de realizar una aproximación sobre el procedimiento de elección de los contralores territoriales y las reformas constitucionales que ha sufrido para destacar la normativa aplicable a la contralora de Valledupar demandada en esta oportunidad. Igualmente, resulta indispensable determinar qué se entiende por función pública y quiénes la ejercen, para finalmente desatar el recurso de apelación de cara a la sentencia apelada.

3. De la elección de contralores territoriales – requisitos para acceder al cargo.

El Acto Legislativo 2 de 2015 modificó, entre otros aspectos, la forma de elección de los contralores territoriales, en el sentido de que esta ya no se haría por las asambleas y concejos a partir de ternas elaboradas por los tribunales superiores y contencioso administrativos, sino mediante una convocatoria pública conforme a la ley y con base en los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana, equidad de género y mérito.

Con todo, el Acto Legislativo 04 de 2019 modificó nuevamente el inciso 7º del artículo 272 de la Constitución Política, determinando que: i) los contralores territoriales se eligen por las Asambleas Departamentales, Concejos Municipales y Distritales de terna conformada por quienes obtengan los mayores puntajes en convocatoria pública conforme a la ley, ii) le corresponde a la Contraloría General





de la República desarrollar los términos que deben cumplir las convocatorias públicas que adelanten las asambleas departamentales y los concejos municipales para la elección de contralores territoriales (artículo 6 del Acto Legislativo 04 de 2019 y iii) los contralores tendrán un periodo de cuatro años que no podrá coincidir con el periodo del correspondiente gobernador y alcalde. Este nuevo régimen, además, establece que la siguiente elección de todos los contralores territoriales se hará para un periodo de dos (2) años.

Sin embargo, esta reforma fue objeto de aclaración y consulta “con mensaje de urgencia” por parte de la propia Contraloría General de la República ante la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, la cual, mediante concepto del 12 de noviembre de 2019 precisó²:

“Las convocatorias públicas que hubieran iniciado, por parte de algunas asambleas departamentales o concejos municipales o distritales, antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 04 del 2019, podrán continuar, en principio, siempre que los términos y condiciones de aquellas se adecúen a las reglas contenidas en el nuevo marco constitucional, a la ley que llegue a expedir el Congreso para regular específicamente el proceso de elección de los contralores territoriales y a las disposiciones que dicte la Contraloría General, en ejercicio de la nueva función que le otorgó el artículo 6 de la reforma constitucional”

Por su parte, la Contraloría General de la República, mediante Resolución 728 de 2019 estableció los términos generales de las convocatorias públicas de selección de contralores territoriales.

En dicho acto se explicó que la competencia otorgada a la Contraloría General de la República por el artículo 6 del Acto Legislativo 4 de 2019 constituye una facultad reglamentaria de carácter permanente, pero limitada a la materia y a la finalidad señaladas en dicha norma: desarrollar los términos generales (establecidos previamente por el legislador) de los procesos de convocatoria pública para la elección de los contralores departamentales, municipales y distritales. Asimismo, se advirtió que esa potestad debe ser ejercida dentro de los límites materiales y teleológicos indicados, y de forma subordinada a la Constitución Política (especialmente a los artículos 126 y 272) y a la ley que regule tales convocatorias (actualmente la Ley 1904 de 2018), mediante la expedición de actos administrativos de contenido general.

En ese sentido, la referida resolución desarrolla los términos generales que deben cumplir las convocatorias que adelanten las corporaciones públicas para la elección de contralores territoriales, teniendo como fundamento y respetando el marco normativo establecido en la Constitución Política y la Ley 1904 de 2018.

En el artículo 2 de la mencionada Resolución, se previeron los requisitos generales así:

“ARTÍCULO 2. REGLAS GENERALES. *El interesado a participar en la*

² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 12 de noviembre de 2019. Radicación 11001-03-06-000-2019-00186-00. Magistrado Ponente: Álvaro Namén Vargas





convocatoria deberá tener en cuenta lo siguiente:

- a) Las condiciones y reglas de la convocatoria serán las establecidas en esta resolución y las fijadas por la corporación convocante, con sus modificaciones y aclaraciones, las cuales son vinculantes para el interesado a partir de la inscripción.
- b) **El interesado debe cumplir los requisitos exigidos por la Constitución y la ley para ejercer el cargo convocado y para participar en la convocatoria.**
- c) La comunicación con los inscritos relacionada con la convocatoria se realizará a través de correo electrónico, o el medio que sea dispuesto por la entidad que adelante el proceso público de convocatoria.
- d) El interesado en condición de discapacidad debe informarlo en el formulario de inscripción, a fin de disponer los apoyos que requiera, y las entidades convocantes deben dar cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 1996 de 2019 en la materia.
- e) Luego de realizada la inscripción, los datos allí consignados son inmodificables”.

Por lo demás, el referido acto administrativo establece las reglas respecto al término de publicación de la convocatoria, las acreditaciones, reclamaciones, ponderación de las pruebas, criterios de puntuación, experiencia, educación, actividad docente y producción de obras.

Frente a la experiencia profesional, se precisa la manera de ponderar la calificación de este criterio así: i) por experiencia general adicional a la requerida para el ejercicio del cargo se otorgarán 5 puntos por cada año acreditado, ii) por experiencia específica en auditorías de gestión de entidades públicas y control fiscal o interno, se otorgarán 10 puntos por cada año acreditado y iii) la experiencia profesional que sobrepase los 100 puntos no podrá ser homologada para educación u otros factores a evaluar.

Como se advierte, en la Resolución 728 de 2019 mediante la cual la Contraloría General de la República estableció los términos generales de las convocatorias públicas de selección de contralores territoriales, nada se indicó sobre los requisitos para postularse al cargo de contralor distrital, municipal o departamental. Tan solo advirtió que deben cumplirse las exigencias previstas por la Constitución y la Ley para participar en la selección de dicho cargo.

Para el caso que interesa a la Sala en este asunto, el Concejo Municipal de Valledupar expidió la Resolución 051 del 29 de noviembre de 2019 "*POR LA CUAL SE DA APERTURA A LA CONVOCATORIA PÚBLICA PARA LA ELECCIÓN DEL CONTRALOR MUNICIPAL DE VALLEDUPAR, PARA EL PERIODO DE DOS AÑOS, ESTABLECIDOS EN EL PARÁGRAFO TRANSITORIO 1 DEL ACTO LEGISLATIVO 04 DE 2019 — ENERO 2020- DICIEMBRE 2021*".

En el artículo 9 de la referida convocatoria, el Concejo Municipal estableció:

“ARTÍCULO 9. REQUISITOS DE PARTICIPACIÓN. De conformidad con los artículos 272 de la Constitución Política, 88 de la Ley 42 de 1993, 158 de la ley 136 de 1994 y artículo 9 de la Ley 177 de 1994, para participar en el proceso de





elección para Contralor (sic) Municipal de Valledupar, se requiere:

1. Ser colombiano por nacimiento
2. Ciudadano en ejercicio.
3. Tener más de veinticinco (25) años de edad
4. Acreditar título universitario
5. **Haber ejercido funciones públicas por un periodo no inferior a dos (2) años**".

Como se lee, el cabildo municipal reglamentó en la convocatoria los aspectos generales para la elección del contralor y advirtió que los requisitos para participar en dicho proceso de selección atendían a aquellos dispuestos en la Constitución y en la Ley, entre otros, "*haber ejercido funciones públicas por un periodo no inferior a dos (2) años*".

En efecto, el artículo 272 de la Constitución Política, modificado por el artículo 4 del Acto Legislativo 04 de 2019 establece que "*Para ser elegido contralor departamental, distrital o municipal se requiere ser colombiano por nacimiento, ciudadano en ejercicio, tener más de veinticinco años, acreditar título universitario y las demás calidades que establezca la ley*".

Dicho requisito, como bien lo expresó el *a quo*, se encuentra contenido en la Ley 42 de 1993 "*Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen*", que en su artículo 68 prevé: "*Para ser elegido contralor de una entidad territorial se requiere además de las calidades establecidas en el artículo 272 de la Constitución Nacional acreditar título universitario y haber ejercido funciones públicas por un período no inferior a dos años*".

Este artículo fue objeto de examen por parte de la Corte Constitucional mediante sentencia C-320 de 1994, corporación que lo declaró exequible con excepción del apartado "*ciencias económicas, jurídicas, contables, de administración o financieras*" apartado que se refería a acreditar un título universitario en esas áreas.

De manera que, no existe duda alguna sobre cuáles eran los requisitos establecidos en la Constitución y en la Ley para la elección de contralores territoriales, que fueron replicados en la Convocatoria efectuada por el Concejo Municipal de Valledupar, razón por la que se ajustan a la normativa vigente para el momento en que se realizó el proceso de selección.

4. Del ejercicio de la función pública

En consideración al requisito exigido para ser contralor territorial que es objeto de debate por la parte actora, esto es, el ejercicio de función pública por un periodo no inferior a dos (2) años, debe precisarse el alcance de este concepto y la regulación que sobre el particular establece el ordenamiento jurídico colombiano.

La jurisprudencia del máximo órgano constitucional ha abordado el concepto de función pública a partir de dos nociones: amplia y restringida. En el sentido amplio





la noción de función pública -sostiene la Corte Constitucional- atañe al conjunto de las actividades que realiza el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes, (art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines. En un sentido restringido se refiere al conjunto de principios y reglas que se aplican a quienes tienen vínculo laboral subordinado con los distintos organismos del Estado. Por lo mismo, empleado, funcionario o trabajador es el servidor público que está investido regularmente de una función, que desarrolla dentro del radio de competencia que le asigna la Constitución, la ley o el reglamento³.

En el asunto bajo estudio, resulta indispensable determinar el ejercicio de funciones públicas por parte de particulares, comoquiera que la demandada acreditó el referido requisito a través de múltiples contratos de prestación de servicios.

Según se tiene, el artículo 123 de la Constitución Política advierte que el desempeño de funciones públicas puede estar a cargo de los servidores públicos o de los particulares, distinguiéndose los unos de los otros en que, por ejemplo, los primeros lo hacen de manera permanente, en tanto que los segundos lo hacen en forma temporal o transitoria, e igualmente porque dentro de la primera categoría quedan comprendidos “*los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios*”, mientras que los particulares prestan el servicio con apego a unas precisas funciones públicas que le han sido provisionalmente asignadas, como así lo indica el artículo 116 de la Constitución frente a quienes son “*invertidos transitoriamente de la función de administrar justicia*”⁴.

Así mismo, la Ley 489 de 1998 establece en el artículo 110 las condiciones para el ejercicio de funciones administrativas, al preceptuar que las personas (naturales y jurídicas privadas), podrán ejercer funciones administrativas, bajo las siguientes condiciones:

“La regulación, el control, la vigilancia y la orientación de la función administrativa corresponderá en todo momento, dentro del marco legal a la autoridad o entidad pública titular de la función la que, en consecuencia, deberá impartir las instrucciones y directrices necesarias para su ejercicio. Sin perjuicio de los controles pertinentes por razón de la naturaleza de la actividad, la entidad pública que confiera la atribución de las funciones ejercerá directamente un control sobre el cumplimiento de las finalidades, objetivos, políticas y programas que deban ser observados por el particular.”

*Por motivos de interés público o social y en cualquier tiempo, la entidad o autoridad que ha atribuido a los particulares el ejercicio de las funciones administrativas puede dar por terminada la autorización. **La atribución de las funciones administrativas deberá estar precedida de acto administrativo y***

³ Corte Constitucional, sentencia C-563 de 1998. Magistrados ponentes: Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Providencia del 4 de marzo de 2011 Radicación 110010328000201000040-00. M.P. María Noemí Hernández Pinzón.





acompañada de convenio”

Por su parte, el artículo 111 de la misma Ley prevé lo siguiente:

“1. Expedición de acto administrativo, decreto ejecutivo, en el caso de ministerios o departamentos administrativos o de acto de la junta o consejo directivo, en el caso de las entidades descentralizadas, que será sometido a la aprobación del Presidente de la República, o por delegación del mismo, de los ministros o directores de departamento administrativo, de los gobernadores y de los alcaldes, según el orden a que pertenezca la entidad u organismo, mediante el cual determine:

- a) Las funciones específicas que encomendará a los particulares;*
- b) Las calidades y requisitos que deben reunir las entidades o personas privadas;*
- c) Las condiciones del ejercicio de las funciones;*
- d) La forma de remuneración, si fuera el caso;*
- e) La duración del encargo y las garantías que deben prestar los particulares con el fin de asegurar la observancia y la aplicación de los principios que conforme a la Constitución Política y a la ley gobiernan el ejercicio de las funciones administrativas.*

2. La celebración de convenio, si fuere el caso, cuyo plazo de ejecución será de cinco (5) años prorrogables y para cuya celebración la entidad o autoridad deberá: Elaborar un pliego o términos de referencia, con fundamento en el acto administrativo expedido y formular convocatoria pública para el efecto teniendo en cuenta los principios establecidos en la Ley 80 de 1993 para la contratación por parte de entidades estatales. Pactar en el convenio las cláusulas excepcionales previstas en la Ley 80 de 1993 y normas complementarias, una vez seleccionado el particular al cual se conferirá el ejercicio de las funciones administrativas.”

Sobre dichas normas, la Corte Constitucional se pronunció en sentencia C-866 de 1999 y estableció algunos criterios que restringen la atribución de funciones administrativas a particulares. Así, una de estas limitaciones está determinada por la asignación constitucional que en forma exclusiva y excluyente se haga de la referida función a determinada autoridad. Por ejemplo, las labores que ejerce la Fuerza Pública (Art. 216 de la Constitución Política). Igualmente, precisó que las autoridades administrativas solamente pueden atribuir a los particulares las potestades que son de su competencia, la imposibilidad de vaciar de contenido las facultades de la autoridad que las otorga, es decir, la atribución conferida al particular no puede llegar al extremo de que éste reemplace totalmente a la autoridad pública en el ejercicio de las funciones que le son propias.

En igual medida, el máximo órgano constitucional aclaró en esa oportunidad que la atribución de funciones administrativas a particulares debe hacerse delimitando expresamente la función otorgada, acudiendo para ello a criterios materiales, espaciales, temporales, circunstanciales, procedimentales o cualesquiera otros que resulten útiles para precisar el campo de acción de los particulares, en forma tal que la atribución no llegue a devenir en una invasión o usurpación de funciones no concedidas, a un vaciamiento del contenido de la competencia de la autoridad atribuyente o a la privatización indirecta del patrimonio público.





De otro lado, tal y como lo advierte el Ministerio Público, en la sentencia C-563 de 1998 la Corte, desde una óptica referida exclusivamente a la responsabilidad civil y penal de los contratistas, determinó que los contratistas, como sujetos particulares, no pierden su calidad de tales porque su vinculación jurídica a la entidad estatal no les confiere una investidura pública.

Ahora bien, en atención a la naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios, es oportuno resaltar que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, consagra:

“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

(...)

3. Contrato de prestación de servicios.

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales o jurídicas cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

Estos contratos no generan en ningún caso relación laboral ni prestaciones sociales. Los contratos a que se refiere este ordinal, se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”

Como se lee, los contratos de prestación de servicios previstos en el Estatuto de Contratación Pública son aquellos que celebran las entidades con personas naturales o jurídicas, con la finalidad de desarrollar actividades relacionadas con la administración y funcionamiento que no puedan ser ejecutadas por el personal de planta o que requieran conocimientos especializados.

Igualmente, el Decreto 1082 de 2015, en el artículo 2.2.1.2.1.4.9., señala lo siguiente:

“Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. Las Entidades Estatales pueden contratar bajo la modalidad de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, siempre y cuando la Entidad Estatal verifique la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate. En este caso, no es necesario que la Entidad Estatal haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto debe dejar constancia escrita.

Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del





cumplimiento de las funciones de la Entidad Estatal, así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales.

La Entidad Estatal, para la contratación de trabajos artísticos que solamente puedan encomendarse a determinadas personas naturales, debe justificar esta situación en los estudios y documentos previos.”

Por su parte, el Consejo de Estado en sentencia del 15 de noviembre de 2018, radicación 25000-23-42-000-2014-00759-01(4967-15), magistrado ponente William Hernández Gómez, consideró que:

“El contrato de prestación de servicios tiene como propósito el de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de las entidades estatales, o para desarrollar labores especializadas que no pueden ser asumidas por el personal de planta de estas. Por su parte, como características principales del contrato de prestación de servicios esta la prohibición del elemento de subordinación continuada del contratista, en tanto que este debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual, y estos no pueden versar sobre el ejercicio de funciones permanentes. De acuerdo con lo anterior, debe advertirse que la vinculación por contrato de prestación de servicios es de carácter excepcional, a través de la cual no pueden desempeñarse funciones públicas de carácter permanente o de aquellas que se encuentren previstas en la ley o el reglamento para un empleo público. Ello con el fin de evitar el abuso de dicha figura y como medida de protección de la relación laboral, en tanto que, a través de la misma, se pueden ocultar verdaderas relaciones laborales y la desnaturalización del contrato estatal”.

De conformidad con lo anterior, el contrato de prestación de servicios es una modalidad de vinculación con el Estado de tipo excepcional que se justifica constitucionalmente si es concebida como un instrumento para atender funciones ocasionales, que son aquellas que no hacen parte del “giro ordinario” de las labores encomendadas a la entidad, o que, siendo parte de ellas, no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieren de conocimientos especializados; vinculación que en ningún caso debe conllevar subordinación⁵.

Respecto del ejercicio de funciones públicas de carácter permanente, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-614 de 2009, destacó:

*«i) Criterio funcional: la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución) **deben ejecutarse, por regla general, mediante el empleo público.** En otras palabras, si la función contratada está referida a las que usualmente debe adelantar la entidad pública, en los términos señalados en el reglamento, la ley y la Constitución, será de aquellas que debe ejecutarse mediante vínculo laboral. En este sentido, la sentencia del 21 de agosto de 2003 de la Sección Segunda del Consejo de Estado expresó:*

“...no puede existir empleo sin funciones cabalmente definidas en la ley o el

⁵ Concepto 77061 de 12 de marzo de 2019 del Departamento Administrativo de la Función Pública. Radicado No.: 20196000077061



reglamento, por mandato constitucional, y que el desempeño de funciones públicas de carácter permanente en ningún caso es susceptible de celebración de contratos de prestación de servicios. Para el ejercicio de funciones públicas de carácter permanente deberán crearse los empleos correspondientes»

Es decir, la ejecución de funciones públicas que de ordinario están asignadas a la entidad pública tienen lugar, por regla general, mediante empleo público. Si bien existen excepciones, por cuanto particulares sin tener la investidura de empleado o servidor pueden eventualmente desempeñar función pública, lo cierto es que para que ello ocurra la ley ha previsto una serie de condiciones y presupuestos para que el privado pueda ejercerlas tales como: la expedición de un acto administrativo, la delegación puntual habilitada por la ley, la concesión o la prestación de un servicio público.

Ello tiene asidero además en el artículo 1 de la Ley 909 de 2004 que establece en el inciso segundo que:

“Quienes prestan servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria, en los organismos y entidades de la administración pública, conforman la función pública. En desarrollo de sus funciones y en el cumplimiento de sus diferentes cometidos, la función pública asegurará la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad.

De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos:

a) Empleos públicos de carrera;

(Ver Art. 2.2.2.1.1, Decreto 1083 de 2015.)

b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción;

c) Empleos de período fijo;

d) Empleos temporales.

(Ver Art. 2.2.1.1.1, Decreto 1083 de 2015.)”

Conforme a lo indicado por la Corte Constitucional, el contrato excepcionalmente puede constituir una forma autorizada por la ley de atribuir funciones públicas a un particular. Es el caso de la labor del contratista que no se agota con la simple ejecución material de una labor o prestación específicas, sino en el desarrollo de cometidos estatales que comportan la asunción de prerrogativas propias del poder público, como ocurre en los eventos en que adquiere el carácter de concesionario, o administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, o el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos⁶.

⁶ Corte Constitucional, sentencia C-563 de 1998. Magistrados ponentes: Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz.



De modo que, resulta claro que el ejercicio de funciones públicas por parte de particulares requiere, de acuerdo con el recuento normativo y jurisprudencial antes referido, que: i) La atribución de las funciones administrativas esté precedida de acto administrativo y acompañada de convenio, ii) la facultad conferida al particular no puede llegar al extremo de que éste reemplace totalmente a la autoridad pública en el ejercicio de las funciones que le son propias, iii) el desempeño de funciones públicas de carácter permanente en ningún caso es susceptible de celebración de contratos de prestación de servicios y iv) el contratista se constituye en un colaborador o instrumento de la entidad estatal para la realización de actividades o prestaciones que interesan a los fines públicos, pero no en un depositario de sus funciones.

En ese sentido, el desempeño de funciones públicas de carácter permanente en ningún caso es susceptible de celebración de contratos de prestación de servicios. Para el ejercicio de aquellas deberán crearse los empleos correspondientes.

5. El caso concreto

5.1. Pruebas relacionadas en el expediente

1. Certificación expedida por Electricaribe S.A E.S.P. que da cuenta del contrato de aprendizaje suscrito con la señora Mary Flor Teherán Puello desde el 1° de agosto del año 2008 hasta el día 31 de julio del año 2009 (12 meses).

2. Certificación expedida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, acerca del desempeño como supernumeraria de la señora Mary Flor Teherán Puello, durante el periodo del 3 de diciembre del año 2009 hasta el 31 de diciembre del año 2009 y desde el 4 de enero del año 2010 hasta el 5 de octubre del año 2010 (9 meses, 29 días).

3. Certificaciones sobre los contratos de prestación de servicios suscritos por la señora Mary Flor Teherán Puello, con las siguientes entidades:

- ESE Hospital San Martín de Loba - Bolívar, desde el 15/02/2011 al 14/04/2011 (2 meses).

- Centro de Salud San Francisco Javier de Margarita - Bolívar, desde el 2/01/2012 al 31/03/2012 (2 meses, 1 día), 02/07/2012 a 30/09/2012 (2 meses, 28 días), 01/10/2012 al 31/12/2012 (3 meses), 02/01/2013 a 30/06/2013 (5 meses, 28 días) y del 01/07/2013 al 17/09/2013 (2 meses, 17 días);

- Alcaldía de Margarita - Bolívar, desde el 02/07/2013 a 31/10/2013 (3 meses, 29 días) y del 01/05/2014 a 31/12/2014 (8 meses).

- ESE Hospital Local San Fernando - Bolívar, desde el 02/04/2012 al 30/04/2014 (24 meses, 28 días).

- ESE La Divina Misericordia de Magangué - Bolívar, desde el 05/01/2015 al





05/06/2015 (5 meses), 10/06/2015 al 30/12/2015 (6 meses, 20 días), 07/01/2016 al 30/03/2016 (2 meses, 24 días), 06/04/2016 al 30/12/2016 (8 meses, 25 días), 04/01/2017 al 29/12/2017 (11 meses, 28 días), 04/01/2018 al 30/12/2018 (7 meses, 28 días), 03/01/2019 a 30/12/2019 (3 meses, 29 días). De igual forma se certificó lo siguiente: *“En el presente asunto, las actividades desarrolladas por la Doctora MARY FLOR TEHERÁN PUELLO, en virtud de la ejecución de los contratos antes señalados, fueron ejercidas en ausencia de personal de planta al interior de la Empresa social, así como también son actividades propias de la entidad para alcanzar sus metas, fines y objetivos. (..)”*

5.2. Análisis de los argumentos de la apelación

Según el recurrente, de aplicarse estrictamente las condiciones establecidas en los artículos 9, 10 y 15 de la Resolución 051 del 2019 referente a requisitos de participación, causales de inadmisión y exclusión, así como acreditación de requisitos, la señora Mary Flor Theran Puello no debió ser admitida ni mucho menos elegida contralora del municipio de Valledupar, debido a que con los certificados de la celebración de contratos de prestación de servicios profesionales no demuestra *“haber ejercido funciones públicas por un periodo no inferior a dos (2) años”*.

Precisó que no basta como lo indica el Tribunal Administrativo en asumir que la vinculación de una persona mediante contrato de prestación de servicios en ausencia de funcionarios de planta o vinculados mediante acto legal o reglamentario, inmediatamente se conceda al contratista el carácter de función pública a sus actividades, esto porque, naturalmente, toda contratación de prestación de servicios obedece a la ausencia de funcionarios que ejerzan actividades que obligan a esa contratación, es por ello que previa vinculación por prestación de servicios es obligatorio por parte de la entidad certificar que no existe personal de planta que cumpla con determinadas actividades.

Indicó que las labores desplegadas por la demandada no encuentran relación alguna o no pueden aceptarse como función pública porque en palabras del mismo tribunal *“la labor del contratista no consiste simplemente en la ejecución material de una labor o prestación específicas, sino en el desarrollo de cometidos estatales que comportan la asunción de prerrogativas propias del poder público.”*

Pues bien, para el *a quo* el requisito estudiado en el *sub-examine*, se traduce en el ejercicio de función pública, mas no en haber desempeñado un empleo público, que tienen connotaciones distintas.

Según el Tribunal, la regla general es que los contratos de prestación servicios profesionales no trasladan al contratista el desarrollo *per se* de una función pública, sin embargo, no es posible pasar por alto, que excepcionalmente pueden constituir una forma autorizada por la ley, de atribuir funciones públicas a un particular; lo cual ocurre cuando la labor del contratista no consiste simplemente en la ejecución material de una labor o prestación específicas, sino en el desarrollo de cometidos estatales que comportan la asunción de prerrogativas



propias del poder público.

En el caso bajo estudio, el *a quo* encontró que, de la certificación expedida por la ESE La Divina Misericordia de Magangué – Bolívar, era posible derivar el ejercicio de función pública por parte de la demandada, pues se advierte la existencia de diversos contratos de prestación de servicios profesionales suscritos con la señora Mary Flor Teherán Puello, por espacio de más de dos (2) años, desarrollando actividades propias de la entidad para alcanzar sus metas, fines y objetivos, en ausencia de personal de planta.

De dichas funciones el *a quo* destacó: la elaboración de estudios jurídicos, dar visto bueno a los actos administrativos emitidos por la gerencia, proyección de actos administrativos y revisión de evaluaciones en los procesos contractuales, etc., los cuales, según el Tribunal, le correspondería indistintamente a un jefe de oficina jurídica de cualquier entidad, empero que desarrolló la señora Mary Flor Teherán Puello a través de la modalidad de contratos de prestación de servicios, en ausencia de personal de planta, como lo certifica la entidad estatal.

Con apoyo en el anterior argumento, la colegiatura de primera instancia concluyó que en el presente asunto es posible predicar de forma excepcional, el cumplimiento de función pública por parte de la hoy demandada, a través de la suscripción de diversos contratos de prestación de servicios suscritos con Empresas Sociales del Estado, como es el caso puntual de la ESE La Divina Misericordia de Magangué – Bolívar, por espacio de más de dos (2) años.

Al respecto, la Sala considera que no le asiste razón al juez de primera instancia, por varias razones.

Como quedó anotado en párrafos precedentes, el desempeño de funciones públicas de carácter permanente en ningún caso es susceptible de celebración de contratos de prestación de servicios. Para el ejercicio de funciones públicas de carácter permanente deberán crearse los empleos correspondientes.

Conforme a lo indicado por la Corte Constitucional, el contrato excepcionalmente puede constituir una forma autorizada por la ley de atribuir funciones públicas a un particular. Es el caso de la labor del contratista que no se traduce y se agota con la simple ejecución material de una labor o prestación específicas, sino en el desarrollo de cometidos estatales que comportan la asunción de prerrogativas propias del poder público, como ocurre en los eventos en que adquiere el carácter de concesionario, o administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, o el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos⁷.

En este caso, la demandada en los contratos de prestación de servicios celebrados, puntualmente con la E.S.E. La Divina Misericordia de Magangué – Bolívar, no adquirió el carácter de concesionaria o administradora delegada ni

⁷ Corte Constitucional, sentencia C-563 de 1998. Magistrados ponentes: Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz.





tampoco se le encomendó la prestación de un servicio público a cargo del Estado, pues su labor se limitaba a temas jurídicos puntuales para el desarrollo adecuado de la entidad.

Nótese que el contrato de prestación de servicios es una modalidad de vinculación con el Estado de tipo excepcional que se justifica constitucionalmente si es concebida como un instrumento para atender funciones ocasionales, que son aquellas que no hacen parte del “giro ordinario” de las labores encomendadas a la entidad, o que, siendo parte de ellas, no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieren de conocimientos especializados; relación que en ningún caso debe conllevar subordinación.

Luego, a través de la vinculación por contrato de prestación de servicios no pueden desempeñarse funciones públicas de carácter permanente o de aquellas que se encuentren previstas en la ley o el reglamento para un empleo público. De manera que, se insiste, la ejecución de funciones públicas que de ordinario están asignadas a las entidades del Estado deben ejecutarse por regla general mediante empleo público. Si bien existen eventos en que los particulares sin tener la investidura de empleado o servidor pueden eventualmente desempeñar función pública, lo cierto es que para que ello ocurra la ley ha previsto una serie de condiciones y presupuestos para que el particular pueda ejercerlas tales como: la expedición de un acto administrativo, la delegación puntual habilitada por la ley, la concesión o la prestación de un servicio público.

En ese orden de ideas, no es posible derivar la consecuencia que precisó el Tribunal de primer grado, al advertir que las funciones desarrolladas por la demandada en la E.S.E. La Divina Misericordia corresponden indistintamente a un jefe de oficina jurídica de cualquier entidad porque: i) la naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios no atiende al ejercicio de función pública y ii) de ser así, y se advirtiera la desnaturalización del contrato estatal, no le corresponde al juez electoral determinar si las funciones realizadas por la demandada en la E.S.E constituyen un abuso de dicha figura, sino determinar si las labores ejercidas por la señora Teherán Puello cumplen con el requisito exigido para el cargo por el cual resultó electa y, lo cierto es que, conforme a la regulación legal y jurisprudencial, la vinculación de la demandada con dicha empresa social del Estado, se insiste, no le otorga ni la calidad de servidora pública ni tampoco la inviste como un particular en ejercicio de funciones públicas.

En gracia de discusión, aun cuando esta Sala Electoral acudiera a un “criterio material” como lo sustentó el *a quo*, las labores acreditadas por la demandada en el proceso de selección y que el Tribunal tuvo en cuenta para demostrar el pluricitado requisito, tampoco evidencian el ejercicio de función pública alguna.

En efecto, de la certificación aportada al expediente se advierte: “*En el presente asunto, las actividades desarrolladas por la Doctora MARY FLOR TEHERÁN PUELLO, en virtud de la ejecución de los contratos antes señalados, fueron ejercidas en ausencia de personal de planta al interior de la Empresa social, así como también son actividades propias de la entidad para alcanzar sus metas, fines y objetivos. (..)*”. Las funciones





certificadas corresponden a las siguientes:

- “1. Asesorar en la elaboración de los procesos contractuales de la E.S.E.
2. Atender asesorías jurídicas mediante conceptos verbales tanto del Despacho de la gerente así como las distintas dependencias de la ESE relacionados con los procesos administrativos contractuales.
3. Asistir a las reuniones o sesiones de trabajo a las que se convoque, según los horarios concentrados previamente y en desarrollo del contrato.
4. Presentar informes de actividades.
5. Mantener en total reserva los datos y demás información que conlleva secretos empresariales y de propiedad intelectual protegidos por la Ley 23 de 1982, Ley 44 de 1993 y todas aquellas normas adicionales.
6. Mantener su afiliación a los sistemas de pensión y salud de conformidad con lo dispuesto en el artículo 282 de la Ley 100 de 1993 (...)
7. Las demás actividades que le son asignadas en cumplimiento del objeto contractual.
8. Coordinar la parte contractual de la entidad.
9. Dar visto bueno a los actos administrativos emitidos por la gerencia.
10. Estudios jurídicos para la suscripción de contratos interadministrativos, convención de apoyo, cooperación y de asociación entre otros.
11. Estudios jurídicos, conceptos, proyección de actos administrativos y revisión de evaluaciones en los procesos contractuales que adelante la gerencia relacionada con las modalidades de contratación y las que asigne durante la ejecución del presente contrato en la etapa precontractual.
12. Asesorar en las áreas de cartera para la coordinación, evaluación y control del trámite de la recuperación de cartera de las diferentes EPS y entidades deudoras a favor de la ESE”.

Desde un punto de vista material, resulta forzada la conclusión que expuso el Tribunal de primer grado, al advertir que las precitadas labores comportan el ejercicio de función pública, en tanto que ésta se manifiesta como la exteriorización de potestades inherentes al Estado, como por ejemplo la expedición de actos unilaterales que deciden situaciones que afectan a terceros o la imposición coercitiva de una decisión a un tercero, y, en general, el ejercicio de autoridad inherente del Estado⁸. Sin embargo, de las actividades referidas no es posible predicar ninguna de esas facultades. Nótese que de aquellas solo se desprenden labores como asesorar, asistir, dar el “visto bueno”, apoyar y realizar estudios jurídicos, actividades que naturalmente pueden atender a la finalidad del contrato de prestación de servicios profesionales, que requieren de conocimientos especializados del derecho.

Igual conclusión se predica de la certificación de la E.S.E. Hospital San Martín de Loba, entidad con la cual la demandada suscribió un contrato de prestación de servicios (sin que se advierta la fecha ni el tiempo de duración en la certificación aportada) y de la constancia del contrato de aprendizaje con Electricaribe S.A.

Ahora, pese a que la demandada acreditó mediante otras certificaciones su vinculación con la DIAN, las que eventualmente podrían constituir el ejercicio de

⁸ Concepto 402041 del 27 de diciembre de 2010 del Departamento Administrativo de la Función Pública.



función pública, lo cierto es que el tiempo trabajado no resulta suficiente para efectos de demostrar el cumplimiento del requisito exigido en la convocatoria para la elección del contralor municipal de Valledupar, pues con la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales tan solo laboró 9 meses y 29 días.

Lo propio ocurre con las certificaciones de la alcaldía municipal de Margarita, Bolívar, en las que consta que la señora Teherán Puello estuvo vinculada a través de un contrato de prestación de servicios desde el 2 de julio hasta el 31 de octubre de 2013 (3 meses y 29 días) y desde el 1° de mayo hasta el 31 de diciembre de 2014 (7 meses y 30 días), para un total de 11 meses y 29 días.

En tales condiciones, le asiste razón al recurrente al afirmar que la contralora acusada no cumplía con el requisito previsto por la convocatoria de “*haber ejercido funciones públicas por un período no inferior a dos (2) años*”.

En consecuencia, la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar el 17 de junio de 2021 habrá de revocarse para en su lugar, declarar la nulidad del acto de elección de la señora Mary Flor Teherán Puello como contralora municipal de Valledupar para el periodo 2020-2021 contenido en el acta de sesión ordinaria 007 del 8 de enero de 2020 del Concejo Municipal de Valledupar.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

FALLA

PRIMERO: Revócase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar el 17 de junio de 2021 y en su lugar, declárase la nulidad del acto de elección de la señora Mary Flor Teherán Puello como contralora municipal de Valledupar para el periodo 2020-2021 contenido en el acta de sesión ordinaria 007 del 8 de enero de 2020 del Concejo Municipal de Valledupar.

SEGUNDO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente





LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Magistrado

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Magistrado

"Este documento fue firmado electrónicamente. Usted puede consultar la providencia oficial con el número de radicación en <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081>".