

**CONJUECES - Pago de honorarios. Recuento normativo /
DESIGNACION COMO CONJUEZ - Al tomar posesión no
configura la relación legal y reglamentaria propias de un
servidor / FUNCIONARIO DE HECHO - No reúne las
condiciones que demanda la investidura de funcionario público
/ PRINCIPIO DE LA PRIMACIA DE LA REALIDAD SOBRE LAS
FORMALIDADES - Aplicación / FUNCIONARIO JUDICIAL -
Derechos laborales Constitucionales / DESIGNACION DE
CONJUEZ DE MANETA IRREGULAR - Al haber ejercido las
funciones del titular, goza del derecho a una remuneración /
HONORARIOS DE CONJUECES - Procedente**

El asunto se contrae a establecer la legalidad de los actos administrativos mediante los cuales la Registraduría Nacional del Estado Civil negó al demandante el pago de honorarios causados por la labor realizada como conjuez. El Decreto 2266 del 31 de diciembre de 1969, estableció la forma de liquidar los honorarios de los Conjueces, pues de ahí en adelante nunca el Gobierno se preocupó por actualizar la tarifa. Y aunque en relación con los conjueces del Consejo Nacional Electoral, concretamente el Decreto 2450 de 1979 precisó que tenían los mismos deberes y responsabilidades que los Magistrados y sus servicios serían remunerados por la Registraduría Nacional del Estado Civil, el Gobierno no ha expedido normatividad alguna al respecto. Aunque la designación que se le hizo fue para desempeñarse como conjuez, y en tal calidad tomó posesión del cargo, lo cierto es que desde ese mismo momento se le asignaron, de manera irregular, las funciones y deberes del Magistrado titular que reemplazó, sin que mediaran para el efecto los elementos formales que configuran la relación legal y reglamentaria, propios de estos servidores, como lo son el acto de nombramiento y posesión como Magistrado, y la retribución que debía recibir por sus servicios. Estas circunstancias, lo ubican en lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado "*funcionario de hecho*", en virtud de que no se reúnen a cabalidad las condiciones que demanda la investidura del funcionario público. Por ello, existen en el ordenamiento postulados de rango Constitucional que garantizan la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la calidad y cantidad de trabajo, que se traduce en el principio a trabajo igual salario igual; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales. En el caso concreto, el actor, de manera irregular, fue designado conjuez, pero con las funciones y responsabilidades propias del Magistrado titular a quien debía reemplazar. Tal irregularidad de orden administrativo, no puede ir en detrimento de las condiciones mínimas laborales del servidor público designado irregularmente, "status" que mantuvo por casi seis meses. En tales condiciones ha de entenderse que el actor se desempeñó como Magistrado ad hoc del Consejo Nacional Electoral, pues, se repite, asumió las funciones propias del cargo, como quedó establecido en la certificación expedida por la Registradora Nacional del Estado Civil. Así las cosas, habiendo el actor prestado sus servicios por el lapso reclamado, en

condición de funcionario de hecho, por haber sido designado como Conjuez, pese a que se le asignaron las mismas funciones del Magistrado titular, resulta incuestionable que goza del derecho a que la administración le pague la respectiva remuneración. De acuerdo con los anteriores pronunciamientos, no puede admitirse, desde ningún punto de vista, que por no haberse ocupado el Gobierno del tema de los honorarios de los *conjueces* del Consejo Nacional Electoral, el actor no tenga derecho a la retribución económica que le corresponde por sus servicios prestados como Magistrado ad hoc, mal designado *conjuez*; tal interpretación literal produce a todas luces un efecto injusto, violatorio del artículo 53 de la C.P., opuesto a los mandatos de aplicación favorable de las disposiciones legales en materia laboral y, en el caso particular, de protección a la tercera edad, pues debe tenerse en cuenta que el actor tiene más de 80 años de edad. En consecuencia, se confirmará la sentencia apelada que accedió a las pretensiones del actor, aclarándola en el sentido de precisar que la suma que debe pagársele corresponde a la misma remuneración que recibe un Magistrado del Consejo Nacional Electoral, equivalente al 75% de la asignación que perciben los Consejeros de Estado, conforme a lo dispuesto en el decreto 760 de 1989.

EMPLEADO PUBLICO – Requisitos para ostentar esta condición / EMPLEADO DE HECHO – Concepto. Requisitos

Tradicionalmente se ha entendido que el funcionario que mediante acto administrativo válido es designado para ejercer un empleo del cual ha tomado posesión, adquiere la calidad de empleado público de derecho. Por el contrario, la calidad de empleado público se obtiene por el ejercicio de un empleo público debidamente creado, y al cual se haya llegado mediante el correspondiente nombramiento y posesión. Excepcionalmente se ha aceptado la existencia de los llamados empleados de hecho, pero cuyo requisito indispensable es que no solo se desempeñen unas funciones, sino que ellas correspondan efectivamente a un empleo público debidamente creado. Es decir, la figura del funcionario de hecho supone la existencia de un cargo público que se desempeña en virtud de una investidura irregular.

EMPLEO – Concepto y clasificación / PROVISION DE EMPLEO – Clases / MOVIMIENTO DE PERSONAL – Traslado, ascenso y encargo

Se ha entendido por empleo el conjunto de funciones, deberes y responsabilidades que han de ser observadas por una persona natural y a fin de satisfacer necesidades permanentes de la administración, las cuales están establecidas en la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente (art. 2º del Dcto 2400/68). Esto es, el desempeño de tareas oficiales, de facultades y competencias propias del empleo y de obligaciones derivadas de su ejercicio. Los empleos se hallan clasificados, según su responsabilidad, funciones y requisitos, dentro de un sistema de administración de personal, cuya estructura comprende el nivel jerárquico, la denominación y el grado. Ahora, el sistema salarial está integrado por estos elementos: la estructura de los empleos y la escala y tipo de remuneración para cada cargo (art. 3º Ley 4ª/92), por lo que no pueden existir categorías salariales diferentes a las señaladas para un grado en particular. Por esa razón, a un cargo oficial le corresponde una determinada asignación salarial independientemente del servidor que lo desempeñe. La provisión de empleos en la función pública se puede dar a través de nombramientos (ordinario, provisional, período de prueba y encargo) y de movimientos de personal (traslado, ascenso y encargo). Asimismo, el servidor puede encontrarse, entre otras, en una comisión para desempeñar otro empleo público (situación administrativa).

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A”

Consejero Ponente: JAIME MORENO GARCÍA

Bogotá D.C., seis (6) de diciembre de dos mil siete (2007)

Radicación No. 25000 23 25 000 2003 06351 01 (4595-05)
Actor: MARIO CARBONELL SALAS

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 21 de octubre de 2004 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el proceso promovido por MARIO CARBONELL SALAS, contra la Registraduría Nacional del Estado Civil.

ANTECEDENTES

Por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., la parte actora solicitó al Tribunal declarar la nulidad de la carta con fecha 11 de febrero de 2003 mediante la cual el Jefe de la Oficina Jurídica de la Registraduría Nacional del Estado Civil le negó la solicitud del pago de sus honorarios como Conjuez del Consejo Nacional Electoral; de la comunicación No. OJ-DP-752-03 de la Registradora Nacional del Estado Civil, que ratifica el contenido del escrito anterior y de la resolución No. 842 del 28 de marzo de 2003 por medio de la cual se confirma en todas sus partes el anterior oficio.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho pide que se ordene a la entidad demandada el pago por concepto de honorarios profesionales, como magistrado Conjuez que fue del Consejo Nacional Electoral, la suma de \$60.312.802.00 debidamente indexada en su valor y con los intereses legales a que haya lugar, de conformidad con lo establecido en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

Manifiesta que el 10 de abril de 2002 tomó posesión del cargo de Magistrado Conjuez del Consejo Nacional Electoral, cargo que desempeñó hasta el 26 de septiembre de ese mismo año y que a pesar de haber hecho sendas solicitudes para que la entidad demandada le reconociera sus honorarios por esa labor, no ha recibido pago alguno.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO SOBRE SU VIOLACIÓN

Cita como violados los artículos 25, 46 y 53 de la Constitución Política; 3° del decreto 2450 de 1979; decreto 63 de

1997; 27 del C.S.T.; 35-30 de la ley 734 de 2002; 8° de la ley 153 de 1887; 61 de la ley 270 de 1996.

Indica que se le ha vulnerado el derecho a obtener una remuneración por su trabajo como Conjuez y los derechos que protegen y asisten a las personas de la tercera edad; que los honorarios que debe percibir por su labor son vitales y sin embargo la entidad demandada insistentemente se ha negado a pagarlos; que se debió dar aplicación al artículo 8° de la ley 153 de 1887 que dice que cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, luego debió darse preferente y estricta aplicación a lo dispuesto en el artículo 61 de la ley 270 de 1996 y el decreto 63 de 1997.

Agrega que la designación de un Conjuez en virtud del impedimento del Magistrado titular implica que éste adquiere la misma calidad de Magistrado y de servidor público con los efectos legales que conlleva, es decir que adquiere la responsabilidad administrativa por sus actuaciones y el derecho a la retribución por el servicio prestado; que al no pagársele sus honorarios está obligado a trabajar gratuitamente como servidor público.

LA SENTENCIA

El Tribunal declaró la nulidad de los actos demandados mediante los cuales se le negó al actor el pago de los honorarios

respectivos como Conjuez del Consejo Nacional Electoral. Como restablecimiento del derecho ordenó el pago de los mismos correspondiente al 75% de la remuneración mensual asignada a los Consejeros de Estado, desde el 10 de abril de 2002 hasta el 26 de septiembre de ese mismo año, con los reajustes de valor, dando cumplimiento a lo consagrado en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

Manifiesta que teniendo en cuenta que no existe norma claramente aplicable al caso, se debe acudir a disposiciones constitucionales y es así como transcribe sendos apartes de las sentencias C-055 de 1998 y C-037 de 1996. También hace alusión a lo afirmado por el Departamento Administrativo del Servicio Civil al resolver la consulta elevada por el Secretario General de la Registraduría Nacional del Estado Civil, para concluir que la persona que presta sus servicios como Conjuez en el Consejo Nacional Electoral, está en todo el derecho de percibir remuneración.

Considera que el demandante tiene derecho al pago de sus honorarios, como lo dispone el decreto 760 de 1989 y lo aducido por la Corte Constitucional, es decir un 75% de la remuneración mensual de los Magistrados del Consejo de Estado; que no obstante corresponder al Presidente de la República la reglamentación del pago ordenado, estima que deben prevalecer los derechos del actor, quien cuenta con una avanzada edad y ha padecido quebrantos de salud que no dan espera para dicho pago.

LA APELACIÓN

La parte demandada pide que se revoque el fallo apelado y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda. De manera subsidiaria y en el evento en que se considere que el Dr. MARIO CARBONELL S. tiene derecho al reconocimiento y pago de los honorarios por los servicios prestados como Conjuez, solicita tasar los mismos en consideración a la labor desempeñada, es decir, proporcionalmente al valor devengado por los Magistrados titulares, debido a que su labor constituyó una de las muchas que los Magistrados de esa Corporación tenían a su cargo en la fecha de los hechos, razón por la cual no es procedente reconocer el 100% de los honorarios, sino un porcentaje equivalente al servicio prestado.

Asegura que el Dr. CARBONELL SALAS fue designado Conjuez del Consejo Nacional Electoral en reemplazo del Dr. GILBERTO ALZATE R. para la realización del escrutinio de Senado de la República y Circunscripciones Especiales de la Cámara de Representantes de las elecciones realizadas el 10 de marzo de 2002, una de las tantas funciones encomendadas a los Magistrados titulares, habiendo el Dr. ALZATE continuado con el ejercicio de sus funciones, percibiendo los honorarios correspondientes, los que fueron cancelados en su totalidad por la Registraduría, luego se configuraría un doble pago con cargo al tesoro público.

Sostiene que el Tribunal desconoce que la Registraduría Nacional del Estado Civil como ente estatal está sometida a las normas de presupuesto y al principio de legalidad del gasto, luego el representante legal y ordenador del gasto sólo está obligado a responder por las obligaciones contempladas en el presupuesto ordinario de la entidad; que ni en el acto de nombramiento ni en el de posesión consta que por esta labor se le reconocieran honorarios o remuneración alguna, quedando entendido que el Dr. CARBONELL prestaría sus servicios ad-honorem.

CONSIDERACIONES

El asunto se contrae a establecer la legalidad de los actos administrativos mediante los cuales la Registraduría Nacional del Estado Civil negó al demandante el pago de honorarios causados por la labor realizada como conjuer.

Para dilucidar la cuestión litigiosa, es preciso que la Sala haga el siguiente recuento normativo:

El decreto 2204 de 1969, *“por el cual se dictan normas relacionadas con los auxiliares y colaboradores de la justicia, práctica de diligencias, arancel y remuneración de Conjuerces”*, en su artículo 23 dispuso:

“Cada dos años, de conformidad con las circunstancias y consultando la opinión judicial, el Gobierno regulará lo relativo a arancel y a remuneración de los Conjuerces”.

El anterior precepto fue reglamentado por el Decreto 2266 del 31 de diciembre de 1969, cuyo artículo 9º estableció:

“Los Conjueces de la corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, devengarán honorarios a razón de cien pesos por hora de concurrencia a la Sala, debidamente certificada por el Secretario de la corporación, y de mil pesos por el estudio del proyecto.”.

El 28 de julio de 1970, por Decreto 1265, se expidió el Estatuto Orgánico de la Administración de Justicia, el cual en su artículo 18 previó:

“Los conjueces tienen los mismos deberes que los Magistrados y están sujetos a la misma responsabilidad de éstos.
Los servicios que prestan los conjueces serán remunerados por el Tesoro Nacional conforme a la tarifa señalada en el reglamento que el Gobierno expedirá cada dos años”.

Y el 16 de mayo de 1979 se expidió la Ley 28 de ese año, por la cual se adoptó el Código Electoral, cuyo artículo 21 determinó:

“La Corte Suprema de Justicia o la entidad que haga sus veces elegirá un cuerpo de conjueces de la Corte Electoral de nueve (9) miembros que refleje la composición política de que trata el artículo 13.
Cuando se presente empate, impedimento o recusación aceptados por la Corte Electoral o cuando no haya decisión, ésta sorteará conjueces.”.

Esta ley fue reglamentada por el Decreto 2450 del 4 de octubre de 1979, que dispuso en su artículo 3º:

“En el mes de noviembre de cada año, la Corte Suprema de Justicia o la entidad que haga sus veces formará la lista de conjueces de que trata la ley.
Los conjueces tienen los mismos deberes que los Magistrados y están sujetos a las mismas responsabilidades de éstos. **Los servicios que presten los conjueces serán remunerados por la Registraduría Nacional del Estado Civil, conforme a la tarifa señalada por el Gobierno Nacional.**” (Se destaca).

Y posteriormente fue modificada por la ley 96 de 1985, asignándole al Consejo de Estado la función de elegir el cuerpo de conjueces del Consejo Nacional Electoral (anteriormente denominada Corte Electoral).

La ley 96 de 1985 facultó al Presidente de la República para adoptar el nuevo Código Electoral, previo dictamen del Consejo de Estado y así se hizo mediante Decreto 2241 de 1987.

El artículo 21 del citado decreto 2241 estableció:

“El Consejo de Estado elegirá un cuerpo de conjuces del Consejo Nacional Electoral igual al doble de sus miembros en forma que refleje la composición política de éste. Cuando se presenten empates, impedimentos o recusaciones aceptados por el Consejo Nacional, o cuando no haya decisión, este sorteará conjuces. En casos de impedimento o recusaciones el conjuce será de la misma filiación política del consejero separado.”.

Del anterior recuento de normas puede observarse que solamente el Decreto 2266 del 31 de diciembre de 1969, estableció la forma de liquidar los honorarios de los Conjuces, pues de ahí en adelante nunca el Gobierno se preocupó por actualizar la tarifa.

Y aunque en relación con los conjuces del Consejo Nacional Electoral, concretamente el Decreto 2450 de 1979 precisó que tenían los mismos deberes y responsabilidades que los Magistrados y sus servicios serían remunerados por la Registraduría Nacional del Estado Civil, el Gobierno no ha expedido normatividad alguna al respecto.

La única disposición existente entonces, es el artículo 9º del Decreto ley 2266 de 1969, que se encuentra vigente pues no ha sido derogada, que dispuso que los Conjuces de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado devengarían honorarios a razón de cien pesos por hora de concurrencia a la Sala y de mil por el estudio del proyecto.

Ahora bien, obran en el expediente las siguientes pruebas:

1. Designación del Dr. Mario Carbonell Salas como Conjuez del Consejo Nacional Electoral, en reemplazo del Magistrado Gilberto Alzate Ronga, a quien le fue aceptado el impedimento manifestado. (fl. 1).

2. A folio 2 del expediente aparece el Acta de Posesión del 10 de abril de 2002, en la cual se dispone: *“Como conjuez, deberá integrarse a la Comisión Escrutadora del Senado de la República, Circunscripciones Nacionales Especiales de Cámara de Representantes, y como Miembro del Consejo Nacional Electoral para conocer y decidir sobre las apelaciones de la Circunscripción Territorial de Bolívar, en Cámara de Representantes”*.

3. Se observa a folio 6 el Oficio con radicación No. 3876 del 12 de junio de 2002, por el cual el Presidente del Consejo Nacional Electoral da respuesta a la petición del actor, relacionada con el reconocimiento y pago de los honorarios correspondientes al tiempo durante el cual ejerció el cargo de Conjuez, en la cual expone:

“... Advierte igualmente que siendo el Consejo una autoridad administrativa y no del orden jurisdiccional, no se aplican los (honorarios) que regulan la remuneración de conjuces en las altas cortes (servicio ad honorem). Así las cosas deberá aplicarse el criterio general que obliga que toda labor sea remunerada y que a igual trabajo igual remuneración.

... el tema del reconocimiento de Honorarios así como de su cuantía no es competencia del Consejo Nacional Electoral ..., en consecuencia, esta Corporación le solicitará al Señor Registrador Nacional del Estado Civil que a la luz de las disposiciones legales y en especial a la facultad ordenadora del gasto que le atribuye el artículo 215 del C.E., resuelva la solicitud...

No obstante y tratándose de de un asunto ajeno a la competencia de esta Corporación, el Consejo deja a título de mera constancia que a su juicio la petición de los Honorables Conjuces es razonada y justificada, máxime teniendo presente la destinación de tiempo completo que los actuales escrutinios de Senado ha impuesto.” (Destaca la Sala).

4. Aparece a **folio 12** certificación expedida el 26 de septiembre de 2002 por la Registradora Nacional del Estado Civil, en la que hace constar

que el doctor Mario Carbonell Salas asistió a las sesiones de la audiencia pública celebradas en los siguientes días y meses del año 2002:

Abril: 11, 12, 15, 16, 17, 18, 19, 22, 23, 29 y 20

Mayo: 8 y 14

Julio: 18 y 19

Y que asistió a las sesiones privadas del Consejo como integrante de la Comisión Escrutadora, en los siguientes días y meses del año 2002:

Abril: 15 y 19

Mayo: 7, 14, 20 y 30

Junio: 6

Julio: 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19

Agosto: 5, 12 y 20

Septiembre: 9, 24 y 26

Que así mismo el doctor Mario Carbonell Salas, Magistrado Conjuez, asistió a su despacho en la Sede del Consejo Nacional Electoral en Bogotá, con el fin de hacer y presentar ponencias de los negocios a su cargo; realizar escrutinios de los documentos que se le enviaron, correspondientes a la votación para Senado en la Circunscripción Electoral del departamento del Quindío (municipios de Armenia, Calarcá, Pijao, Córdoba y Génova) y en la del departamento de Caldas (Salamina), en los siguientes meses y días del año 2002:

Mayo: 6, 7, 8, 10, 14, 16, 20, 21, 23, 27 y 30

Junio: 4, 6, 11, 12, 13, 14, 15, 17 (del 18 al 22 en Armenia – Quindío) 24, 26 27 y 28

Julio: 2, 3, 4, 5, 9, 10, 11, 12, 15, 16, 17, 18 y 19

Agosto: 5, 6, 12, 15 y 20

Certifica finalmente, que el doctor Carbonell Salas, en cumplimiento de sus funciones como **Magistrado Conjuez**, se desplazó en comisión a la ciudad de Armenia con el fin de atender diligencias administrativas relacionadas con las reclamaciones de los escrutinios del mes de marzo de 2002, durante los días **18, 19, 20, 21 y 22 de junio de 2002**.

5. El cuaderno 2 del expediente contiene copias de algunas de las actas correspondientes a las sesiones celebradas por el Consejo Nacional Electoral, en las que participó el doctor Mario Carbonell Salas como Conjuez.

De la lectura de las copias correspondientes a las diferentes sesiones, se observa que el tema permanente fue la impugnación de las elecciones para Congreso realizadas el 10 de marzo de 2002 y que, como lo manifestó el Presidente del Consejo Nacional Electoral en el oficio 3876 de 2002, mencionado anteriormente, la dedicación del Dr. Carbonell Salas fue de **tiempo completo**. Tal aserto es corroborado por la certificación expedida por la señora Registradora Nacional del Estado Civil.

Por tal razón, el doctor Carbonell solicitó al Consejo Nacional Electoral el reconocimiento y pago de honorarios, en la misma proporción de un Magistrado titular de la Corporación.

El Presidente del Consejo Nacional Electoral trasladó la petición a la Registraduría Nacional del Estado Civil, organismo que por conducto de la Jefe de Oficina Jurídica respondió:

“... En síntesis, este Despacho considera, con base en las consultas efectuadas en torno al tema de su solicitud de reconocimiento de honorarios profesionales y a la luz de la citada normatividad y de la jurisprudencia, que no es viable jurídicamente para esta entidad acoger favorablemente sus peticiones.

Hasta tanto el Gobierno Nacional, no reglamente la forma de pago y cuantía de los honorarios profesionales, no será posible el reconocimiento de honorarios de los conjueces que se designen para atender asuntos del Consejo Nacional Electoral.”.

De acuerdo con las certificaciones obrantes en el proceso, la entidad accionada no desconoce la labor de tiempo completo desarrollada por el doctor Carbonell Salas y ha estado dispuesta a reconocerle los derechos laborales reclamados (fls. 25 y 26) pero su negativa obedece a la falta de

normatividad que regule la materia, pues, se repite, el Gobierno no se ha ocupado del tema.

En este orden de ideas, la Sala encontraría procedente, en principio, aplicar al caso concreto la previsión del artículo 9º del decreto 2266 de 1969, que dispone el reconocimiento de honorarios a los conjueces a razón de cien pesos por hora de concurrencia a la Sala y mil por el estudio del proyecto.

Sin embargo, tal decisión no sería razonable ni equitativa, teniendo en cuenta que la labor del Dr. Carbonell Salas no se limitó al estudio de determinados asuntos en los que estuviera impedido el Magistrado titular, ni a la asistencia a esporádicas Salas, relacionadas con los mismos asuntos, sino que desde el comienzo asumió prácticamente todas las funciones del Magistrado titular y las cumplió de manera continua e ininterrumpida, hasta el punto de que éste le hizo entrega de su oficina al Dr. Carbonell, como lo relató el demandante en la audiencia de conciliación celebrada en esta instancia el 29 de septiembre de 2005, afirmación que fue aceptada por la demandada.

En la citada audiencia, el Dr. Carbonell Salas manifestó:

“... mi trabajo como el del otro conjuer Jaime Angulo Bosa era de tiempo completo y tanto es así que el Magistrado Dr. Gilberto Alzate R., a quien reemplacé temporalmente me hizo entrega total de su oficina-biblioteca, durante el lapso en que desempeñé mis funciones. Durante esos 5 meses 17 días de labores, cumplía un horario no exigido pero sí voluntario de más de 8 horas hábiles diarias para el estudio y decisión de los numerosos expedientes de reclamos de carácter electoral que me iban siendo suministrados diariamente por la Secretaría del Consejo Nacional Electoral”. (fl. 262).

Con base en la prueba documental relacionada, la Sala llega a la convicción incontrovertible de que el Dr. MARIO CARBONELL SALAS se desempeñó como Magistrado ad hoc del Consejo Nacional Electoral, durante 5

meses y 17 días, por ausencia del titular, Dr. GILBERTO ALZATE RONGA a quien se le aceptó el impedimento.

Y aunque la designación que se le hizo fue para desempeñarse como conjuez, y en tal calidad tomó posesión del cargo, lo cierto es que desde ese mismo momento se le asignaron, de manera irregular, las funciones y deberes del Magistrado titular que reemplazó, sin que mediaran para el efecto los elementos formales que configuran la relación legal y reglamentaria, propios de estos servidores, como lo son el acto de nombramiento y posesión como Magistrado, y la retribución que debía recibir por sus servicios.

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

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

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

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

..."

Ahora bien, el artículo 122 de la C.P. determina los requisitos necesarios para iniciar el desempeño de un cargo. Dice la norma:

"No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

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

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

Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, el servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas."

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

Los empleos se hallan clasificados, según su responsabilidad, funciones y requisitos, dentro de un sistema de administración de personal, cuya estructura comprende el nivel jerárquico, la denominación y el grado.

Ahora, el sistema salarial está integrado por estos elementos: la estructura de los empleos y la escala y tipo de remuneración para cada cargo (art. 3º Ley 4ª/92), por lo que no pueden existir categorías salariales diferentes a las señaladas para un grado en particular. Por esa razón, a un cargo oficial le corresponde una determinada asignación salarial independientemente del servidor que lo desempeñe.

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

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

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

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

En tales condiciones ha de entenderse que el señor Mario Carbonell Salas se desempeñó como Magistrado ad hoc del Consejo Nacional Electoral, pues, se repite, asumió las funciones propias del cargo, como quedó

establecido en la certificación expedida por la Registradora Nacional del Estado Civil.

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

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

La Sala considera acertado y por ello comparte el concepto emitido por el Departamento Administrativo de la Función Pública al exponer:

“Del contenido de las sentencias señaladas, se puede concluir que al designarse un conjuez, en virtud del impedimento del Magistrado titular, y posesionarse, éste adquiere la misma calidad de Magistrado y de servidor público con los efectos legales que conlleva, esto es, adquiere la responsabilidad administrativa por sus actuaciones y el derecho a la retribución por el servicio prestado.” (fl. 79).

Del mismo modo, considera acertada la decisión del a quo, fundamentada en preceptos constitucionales que permiten resolver el litigio cuando no existen normatividad que regule específicamente el caso planteado. En esta medida es oportuno acudir a la previsión del artículo 230 de la Carta Política.

Precisamente en torno al tema de la aplicación del criterio contenido en el artículo 230 de la Carta, esta Subsección, en fallo del 13 de julio de 2006, con ponencia de la doctora Ana Margarita Olaya Forero, sostuvo:

“La equidad para remediar injusticias, cuando existe omisión legislativa para solucionar el caso concreto.

La aplicación de la equidad constituye uno de los temas complejos de la jurisprudencia, pues a nadie escapa que una decisión judicial basada solamente en el principio de la equidad y alejada del texto legal, llevaría a un subjetivismo judicial que no puede tener cabida en un Estado de Derecho, como quiera que un juez sin el freno legal, está en riesgo de fallar de acuerdo con sus tendencias ideológicas.

Sin embargo, puede ocurrir que el juez se encuentre en presencia de una situación completamente nueva, por no haber contemplado el legislador un caso especial y en el cual aplicar la regla general produce un efecto injusto. Es en este punto donde la equidad es remedial, en tanto busca evitar las consecuencias injustas que se derivarían de determinada decisión, dadas las particularidades de la situación objeto de examen.

La equidad se encamina a evitar la arbitrariedad y la injusticia, que se pueda derivar de la aplicación de una ley a una situación particular cuyas especificidades exigen una solución distinta a la estricta y rigurosamente deducida de la norma legal.

No hay duda entonces que tiene aplicación el principio “pro operatio” a que alude el artículo 230 Superior, que consagra la equidad como un criterio del que se auxilia el sentenciador para fundar su decisión.

(...)

Como se evidencia de lo anterior, atrás quedó el paradigma positivista que se traduce en el planteamiento de Montesquieu, que asigna al juez un lugar estrechamente subordinado, predicando que los juicios no deben ser más que “un texto preciso de la ley” y que los jueces “no son sino la boca que pronuncia las palabras de la ley; seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza de la ley ni el rigor de ella”. Hoy está claro que la juris-dictio no podría limitarse a la legis-dictio; la legalidad se articula con los derechos de los ciudadanos, pues el imperio de la ley a la que se somete el juez, según el artículo 230 Superior, es en la Constitución misma imperio de la ley y del derecho, **como quiera que el concepto básico constitucional que finca toda la parte programática del mismo ordenamiento, es el Estado Social de Derecho y no simplemente el Estado de Derecho.**

El fin de la Constitución es implantar el derecho mediante la justicia, la libertad, la igualdad y el pluralismo político y por ello proclama valores superiores del

ordenamiento jurídico; luego dentro de la dialéctica constitucional caben no sólo las leyes formales, sino todos los valores constitucionales y los principios.

No se trata de meros conceptos retóricos, sino de conceptos normativos con plenitud de efectos jurídicos, cuyo instrumento de eficacia es el juez. En esa medida, al invocar las razones de equidad y de justicia como sustento, lo que se hace es dar aplicación al modelo constitucional garantista en el que la validez ya no es un dogma asociado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma, ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución. (...)”.¹ (Se destaca).

Y en oportunidad más reciente (fallo del 9 de agosto de 2007), en relación con el derecho al trabajo y la especial protección de que goza por parte del Estado, esta Subsección, con ponencia del Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, dijo:

“Ahora bien, debe precisar la Sala que el cambio del Estado de derecho por el de Estado Social de Derecho, ha significado un gran avance para la concepción referente a las fuentes del derecho, ya que en la actualidad la supremacía normativa corresponde a la Constitución Política, pues ésta como primera fuente de derecho refiere al conjunto de factores que constituyen la realidad social del país y que son éstos los que conducen a la creación de normas. Por tanto, esa supremacía de la Constitución, hace que sus preceptos tengan el carácter de norma jurídica, lo cual implica que ellos sean eficaces y más exactamente en tratándose de las referentes a los derechos fundamentales.

Debe decirse igualmente que el carácter normativo de la Constitución tiene un poder vinculante directo con relación al Juez, que la va a aplicar, también en armonía con principios y valores constitucionales conforme a los criterios de su interpretación.

De acuerdo a lo anterior, dirá la Sala que la norma constitucional en la que puede existir nulidad directa con relación al acto enjuiciado, no es otra que el contenido de los artículos 25 y 53 de la Constitución Política, ya que en ellos, se consagra el trabajo como un derecho y una obligación social que goza de la especial protección del Estado, garantizando que toda persona tenga derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas, lo cual abarca obviamente no sólo el tema del acceso al derecho mismo sino que enmarca el del condicionamiento de la dignidad humana y de su propia justicia, es decir, atendiendo una labor que no implique cargas que vayan más allá de cuanto puede soportar quien las desempeña y que, por dicha razón, hagan indigna su existencia, y con mayor razón de manera justa, tiene derecho a que como contraprestación de dicha labor, reciba el salario pertinente con sus respectivas prestaciones sociales, que deben ser sufragadas de manera oportuna. Con relación a este aspecto, la jurisprudencia ha señalado que “en el marco de la libertad económica,

¹Radicación número: 73001-23-31-000-2002-00720-01(5116-05), Actor Lucrecia Pinzón Neira

consagrada por el estado liberal, la libertad de trabajo es el instrumento para que se realicen los fines individuales y el Estado sólo debe establecer reglas que permitan a cada hombre un salario suficiente para satisfacer sus necesidades. En una evolución posterior, históricamente se considera el trabajo como una función social en que se conjugan el derecho y el deber de trabajar, con la especial protección de un Estado que interviene en la vida económica y social".²

De acuerdo con los anteriores pronunciamientos, no puede admitirse, desde ningún punto de vista, que por no haberse ocupado el Gobierno del tema de los honorarios de los *conjuces* del Consejo Nacional Electoral, el actor no tenga derecho a la retribución económica que le corresponde por sus servicios prestados como Magistrado ad hoc, mal designado *conjuce*; tal interpretación literal produce a todas luces un efecto injusto, violatorio del artículo 53 de la C.P., opuesto a los mandatos de aplicación favorable de las disposiciones legales en materia laboral y, en el caso particular, de protección a la tercera edad, pues debe tenerse en cuenta que el actor tiene más de 80 años de edad.

En consecuencia, se confirmará la sentencia apelada que accedió a las pretensiones del actor, aclarándola en el sentido de precisar que la suma que debe pagársele corresponde a la misma remuneración que recibe un Magistrado del Consejo Nacional Electoral, equivalente al 75% de la asignación que perciben los Consejeros de Estado, conforme a lo dispuesto en el decreto 760 de 1989.

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

² Radicación N° 250002325000199803810 (0349/06). Actor: Gilberto Burgos García.

FALLA

CONFIRMASE la sentencia del veintiuno (21) de octubre de dos mil cuatro (2004) proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso promovido por MARIO CARBONELL SALAS, contra La Registraduría Nacional del Estado Civil.

ACLARASE el numeral SEGUNDO en el sentido de precisar que la suma que debe pagarse al actor, corresponde a la remuneración mensual que recibe un Magistrado del Consejo Nacional Electoral, es decir el 75% de la asignación percibida por los Consejeros de Estado.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

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

JAIME MORENO GARCÍA

GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN ALFONSO VARGAS RINCON

Rad. No. 25000 23 25 000 2003 06351 01 (4595-05). MARIO CARBONELL SALAS