

ENCARGO - Generalidades. Requisitos / PRIMACIA DE LA REALIDAD - Sobre el encargo / FUNCIONES DESARROLLADAS - Encargo / ASIGNACION DE FUNCIONES - Asume otro cargo con diferentes Funciones / ASIGNACION DE CARGO VACANTE - Interinidad / PRIMACIA DE LA REALIDAD - Trabajo igual salario igual

El legislador prevé que los empleados públicos pueden estar vinculados a la administración, entre otras situaciones administrativas, con la figura del encargo, la cual está consagrada en los artículos 34 y 35 del Decreto No. 1950 de 1973 así: "Art. 34. Hay encargo cuando se designa temporalmente a un empleado para asumir, total o parcialmente, las funciones de otro empleado vacante por falta temporal o definitiva de su titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo. Art. 35 Cuando se trata de vacancia temporal, el encargado de otro empleo solo podrá desempeñarlo durante el término de esta, y en el caso de definitiva hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva. Al vencimiento del encargo, quien lo venía ejerciendo cesará automáticamente en el desempeño de las funciones de este y recuperará la plenitud de las del empleo del cual es titular, si no lo estaba desempeñando simultáneamente". Respecto al tema del encargo, el Consejo de Estado ha señalado los siguientes presupuestos: "... Así, en cuanto al ENCARGO -bajo esta disposición y concordantes- se requiere : -) Que exista un cargo vacante temporal o definitivamente; -) Que el nominador haga dicha clase de designación en el respectivo acto administrativo; -) Que se trate de una asignación temporal; -) Que el empleado público encargado tome posesión de dicho empleo para que pueda ejercer sus funciones; claro está que ello no ocurre cuando el encargado de un empleo ya viene desempeñando otro de igual denominación y jerarquía, por lo que ya está investido de las atribuciones del caso. A juicio de la Sala, el ejercicio de una función pública y en general el desempeño de un cargo público es asunto minuciosamente reglado desde la perspectiva legal y Constitucional, que distingue nítidamente cómo se accede a los cargos de carrera y a los de libre nombramiento y remoción. No obstante, hay casos excepcionales en los que el ejercicio de una función pública, va más allá de la simple colaboración que se espera de quienes abrazan el servicio público. Situaciones de hecho eso sí, en que nítidamente se aprecia que las tareas desempeñadas por un funcionario, no son una simple extensión de las que le adscriben los reglamentos y manuales, sino que implican la asunción de una responsabilidad por entero diferente a la de su cargo, y por tanto con fisonomía propia. En tales casos, la realidad se impone sobre la designación nominal y el empleado debe ser remunerado, como lo sería todo aquel que fuera llamado formal y legalmente, a ejercer el cargo, en este caso de carrera, pues la administración no puede beneficiarse del trabajo que no remunera al empleado, por ello éste tiene derecho a recibir la diferencia salarial por todo concepto, si es que, se insiste, en los hechos y por orden superior asume íntegramente las funciones de un cargo distinto al suyo, para sustituir una vacante. A partir de la Constitución, la jurisprudencia ha sido pródiga en resaltar la primacía de la realidad, para desarrollar el principio de igualdad en las relaciones laborales de modo que a trabajo igual corresponda un salario igual. De este modo, aunque los actos de designación y posesión son indispensables para el regular ejercicio de la función, hay casos excepcionales en que no es posible desconocer que el ejercicio de un cargo tuvo cabal desarrollo en la realidad.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1950 DE 1973 - ARTICULO 34 / DECRETO 1950 DE 1973 - ARTICULO 35 / CONSTITUCION NACIONAL - ARTICULO 13

NOTA DE RELATORIA: Cita sentencia de la Corte Constitucional, C-655 de 1998.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA
SUBSECCION "B"

Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de octubre de dos mil diez (2010).

Radicación número: 25000-23-25-000-2002-09601-01(0266-08)

Actor: JESUS ALEJANDRO MORENO BOHORQUEZ

Demandado: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandante, contra la sentencia proferida el 23 de agosto de 2007 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", mediante la cual negó las pretensiones de la demanda instaurada por Jesús Alejandro Moreno Bohórquez contra la Nación - Servicio Nacional de Aprendizaje SENA.

LA DEMANDA

JESÚS ALEJANDRO MORENO BOHÓRQUEZ, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A., solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, decretar la nulidad de los siguientes actos:

- Oficio No. 1011-25567 del 27 de septiembre de 2001, suscrito por el Jefe de la Oficina Jurídica de la Dirección General del SENA, por medio del cual negó el reconocimiento y pago de viáticos para el periodo reclamado por el actor en su petición, la diferencia salarial y la preferencia en la designación en el cargo de Asesor Grado 7 (10).
- Oficio No. 2021-09260 de 9 de abril de 2002 suscrito por el Jefe de División Recursos Humanos de la Dirección General del SENA, mediante el cual negó al demandante el reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales en el cargo de Asesor Grado 7, así

mismo la solicitud para que sea designado en el Grado 7 (10), en calidad de encargado.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, a título de restablecimiento del derecho, solicitó:

“Declaraciones y Condenas Principales:

PRIMERA: Solicito que por los trámites del proceso ORDINARIO DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, se declare que es (son) nulo (s) en forma absoluta el (los) acto (s) administrativo (s); contenidos en las decisiones establecidas por el SENA en los oficios Números 1011-25567 del 27 de Septiembre de 2001 y el (SIC) Numero 2021-09260 de 9 de abril de 2002, consecuente del inicial. Suscrito el primero por el jefe de Oficina Jurídica, Dr. Rubén Darío Valencia Aristizábal, y el segundo por el Dr. José Manuel Jaimes García, como Jefe de La División de Recursos Humanos, atendiendo el Derecho de Petición que hiciera mi mandante el 17 de Agosto de 2001 al Dr. Enrique Omar Peña, Secretario General del “SENA”. Por cuanto la decisión contenida en éste, se profirió violando normas constitucionales y legales, situación que implica que el (los) acto(s) administrativo(s) atacado(s) no tenga(n) validez y que por ello es (son) ilegal(es).

SEGUNDA: Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de las decisiones impugnadas contentivas del (los) acto(s) administrativo(s) que desconocen el pago de vacaciones, el pago de la diferencia salarial mientras realizaban el acto administrativo de encargo y excluye o discrimina del cargo como Asesor Grado 07 en el “SENA Dirección General” al doctor JESÚS ALEJANDRO MORENO BOHÓRQUEZ, se declare que no ha existido solución de continuidad en el ejercicio y titularidad por encargo del cargo indicado como servidor público y consecuentemente se ordene el restablecimiento de los derechos de mi mandante, tales como el reintegro por encargo (POR DERECHO PREFERENCIAL Art. 8 Ley 443/98) al cargo que venía desempeñado desde el 6 de noviembre de 1997, hasta el 10 de septiembre de 1998, y que por ORDEN VERBAL PERENTORIA, IMPOSITIVA Y DE EJECUCIÓN INMEDIATA, del Director de Empleo, desempeñara mi mandante, bajo encargo hasta el 31 de mayo de 1999, y desde el 15 de Junio de 2000 hasta el 24 de Septiembre del 2001 por ORDEN TANTO DEL DIRECTOR DE PROMOCIÓN, MERCADEO Y COOPERACIÓN TÉCNICA COMO DEL JEFE DE DIVISIÓN DE RECURSOS HUMANOS. Y que por el tiempo que ha durado y dure cesante en el mismo por la determinación absoluta de la Administración, le sea tenido en cuenta para todos los efectos jurídicos y económicos más favorables, la diferencia de: Ingresos, y/o Salarios, y/o bonificaciones, y/o prestaciones, y/o indemnizaciones, etc.

TERCERA: Que así mismo y como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los mencionados actos administrativos, y a título de restablecimiento de los derechos de demandante JESÚS ALEJANDRO MORENO BOHÓRQUEZ, que tales decisiones le están desconociendo, se CONDENE AL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE “SENA”. A pagar al empleado público que fuera discriminado del cargo de Asesor grado 07 en encargo, por voluntad del nominador o a quien sus derechos represente, la totalidad de los derechos laborales tales como la diferencia de salarios,

y/o primas de antigüedad, y/o subsidios y/o bonificaciones, y/o demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha de separación de su cargo como Asesor grado 10 (hoy grado 07) y las prestaciones legales y extralegales que en todo tiempo devenga un servidor público de tal categoría, entre la fecha que se dispuso reubicación, despojándolo del cargo de Asesor 10 y regresándolo al de instructor y aquella en que se ordene su ubicación por DERECHO DE PREFERENCIA en el grado de Asesor grado 10 (hoy 07) por encargo por ser empleado inscrito en Carrera Administrativa, con las respectivas actualizaciones e indexaciones en cumplimiento de la Sentencia que así lo disponga y ponga fin al presente proceso.

CUARTA: Que igualmente a consecuencia de la declaratoria de nulidad y restablecimiento impetrada en las anteriores pretensiones de esta demanda y a título de restablecimiento de los derechos del demandante, se declare para todos los efectos legales y en particular para las prestaciones sociales y tiempo de servicio que no ha habido solución de continuidad en los servicios prestados por él como Asesor grado 10, (hoy 07), al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE "SENA" y referido al cargo que venía desempeñando desde la fecha en que fue devuelto al cargo de instructor (NOMINALMENTE Y NO MATERIALMENTE) del mismo por la misma Entidad, y hasta que se produzca su respectiva reubicación en encargo, al cargo de Asesor grado 10 (hoy 07), en la entidad del que fue despojado ilegalmente.

QUINTA: Que todos los pagos de las sumas a que resultare condenado el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE "SENA" se ordene hacer a favor del doctor JESÚS ALEJANDRO MORENO BOHÓRQUEZ o a quien sus derechos represente, a la fecha de la condena y exigibilidad de la misma con su debida actualización, indexación, corrección monetaria e intereses conforme a los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A, y conforme a las formulas, índices y cálculos, operaciones reconocidas y utilizadas jurisprudencialmente por el Honorable Consejo de Estado de Colombia.

SEXTA: Que consecuentemente a la declaratoria de nulidad de los actos demandados y a TITULO DE REPARACIÓN se condene a la entidad demandada a pagar al demandante todos los daños y perjuicios tanto de orden material como moral que se han causado con los actos administrativos atacados, los que se estiman en suma superior a (SIC) TREINTA Y CINCO MILLONES DE PESOS MCTE. (\$37.000.000.00) considerando lo dejado de percibir por concepto de diferencia salarial, vacaciones y de prestaciones laborales y hasta de (100) salarios mínimos legales mensuales por perjuicios morales.

SÉPTIMA: Que se condene en constas y agencias en derecho a la entidad demandada tal y como lo disponen las últimas jurisprudencias de la Honorable Corte Constitucional y el consejo de Estado al respecto.

PRIMERAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

PRIMERA: Que de considerarse conforme a las pretensiones principales que los actos enjuiciados son nulos, se ordene a la entidad demandada SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE "SENA" a la reincorporación del doctor JESÚS ALEJANDRO MORENO BOHÓRQUEZ en el cargo de Asesor grado 07 y se disponga que no ha existido solución de continuidad en el ejercicio y titularidad del cargo indicado antes como servidor público y consecuentemente se disponga el restablecimiento de sus derechos, reincorporándolo al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o mejor categoría y que por el tiempo que ha durado y dure cesante en el

mismo por determinación absoluta de la administración, le sea tenido en cuenta para los efectos jurídicos y económicos más favorables tales como salarios, bonificaciones, prestaciones e indemnizaciones.

SEGUNDA: Teniendo en cuenta que el artículo 85 del C.C.A. permite demandar la reparación del daño, solicito que consecuentemente a la declaratoria de nulidad de los actos demandados y a TITULO DE REPARACIÓN se condene la entidad demandada a pagar al demandante todos los daños y perjuicios tanto de orden material como moral que se han causado con los actos administrativos atacados.

SEGUNDAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

PRIMERA: Que se declare la nulidad de la decisión del acto administrativo contenido en el Memorando # 2021-09260 de 9 de abril de 2002 y consecuentemente el restablecimiento de los derechos del accionante.

SEGUNDA: Que igualmente se declare el restablecimiento del derecho señalado en las (SIC) de las pretensiones principales.”.

El demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

En el mes de septiembre de 1989 el señor Jesús Alejandro Moreno Bohórquez, ingresó en provisionalidad al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA en el Programa Móvil Rural. En 1990 se le designó igualmente en la misma condición en dos oportunidades.

Previo concurso de méritos el 30 de julio de 1991, fue nombrado en la entidad Regional Bogotá y Cundinamarca, como instructor de tiempo completo para laborar en el Programa Profesional Popular Rural “PPPR” e inscrito en carrera administrativa, teniendo como sede habitual de trabajo, en el Centro Multisectorial de Girardot.

Mediante la Resolución No. 01297 de 6 de noviembre de 1997, recibió la designación hecha por el SENA en calidad de encargado como Asesor Grado 10 (hoy Grado 7), en el Despacho de la Secretaría General del SENA, Dirección General en la ciudad de Bogotá, empleo que se encontraba vacante en forma definitiva. Pone de presente el actor que las funciones eran las de Asistente del Director de Empleo.

El encargo hecho al demandante se extendió en el tiempo, como dan cuenta las Resoluciones Nos. 00078 del 28 de enero de 1998, 00439 del 14 de mayo de 1998 y 00895 del 27 de agosto de 1998, sin que existiera solución de continuidad, situación administrativa que se prolongó por el término de diez meses y cuatro días, para completar 308 días ininterrumpidos, hasta el día 10 de septiembre de

1998, fecha en la que se expidió la Resolución No. 00969 que dio por terminado el encargo.

Mediante la Resolución No. 001916 del 11 de septiembre de 1998, el Director de la entidad trasladó al demandante “nominalmente y no materialmente” de la planta del Centro Multisectorial de Girardot a la División de Desarrollo y Gestión Empresarial en la ciudad de Bogotá, en espera de la expedición de los actos administrativos que otorgaban los diferentes encargos, no obstante, el demandante siguió desempeñando las funciones propias como Asesor Grado 10 (7), por orden del Director del Empleo, en consideración a que no se había nombrado su reemplazo.

El Director de Empleo del SENA, mediante varios escritos, solicitó encargar al demandante como Asesor de la Dirección por necesidades del servicio, en respuesta, el Jefe de la División de Recursos Humanos del SENA, mediante el Memorando No. 21-08478 del 9 de abril de 1999, comunicó que no se habían abierto los concursos para vacantes existentes que eran definitivas, por ello, no se podía nombrar en encargo.

Señala el demandante que se desempeñó con las funciones de Asesor Grado 10 (7) hasta el día 31 de mayo de 1999.

A juicio de la parte demandante, el SENA violó la Ley 443 de 1998 y el Decreto No. 1572 de 1998, al nombrar a personas externas a la planta de personal de la entidad y quienes según su dicho, no contaban con el perfil ni los requisitos para el desempeño del cargo.

Relata de igual manera, que desde el 1º de junio de 1999 y hasta el 14 de junio de 2000, se desempeñó en la División de Desarrollo y Gestión Empresarial SENA, Regional Bogotá y Cundinamarca, por orden “*verbal, escrita, perentoria y de cumplimiento inmediato*”, con funciones de Coordinador Administrativo, sin que en esa oportunidad se le hubiera reconocido la “*prima de coordinación*” de la que gozan en este cargo los empleados que regularmente lo cumplen.

Mediante el Memorando No. 2021- 15339 del 8 de junio de 2000, el Director Regional autorizó el encargo del demandante como Asesor Grado 7 (10) en la Dirección de Promoción, Mercadeo y Cooperación Técnica de la Dirección General

del SENA, desde el 15 de junio de 2000 hasta el 30 de septiembre de 2001, fecha hasta la cual ejerció las funciones en calidad de encargado.

El Jefe (E) de la División de Recurso Humanos de la entidad, recomendó a las diferentes direcciones, no designar personal en encargo, pues no había presupuesto para pagar la diferencia salarial, empero, a los pocos días - afirma el demandante - se efectuaron nombramientos provisionales a personas ajenas a la planta de personal.

También refiere el actor, que durante el periodo que va del 1º de junio de 2000 (fecha del Memorando 8080-14716), hasta el 24 de julio de 2001 cumplió materialmente con la funciones de Asesor Grado 7 (10), luego de haber realizado un concurso con consultores españoles, para adelantar un programa importante para la entidad, tiempo en el cual no fue designado por la administración como Grado 7 (10), en la modalidad encargo.

Resalta la parte demandante que el Director de Promoción y Cooperación Técnica solicitó, a la División de Recursos Humanos de la entidad se le hiciera nombramiento en encargo como Asesor Grado 7 (10), en las funciones que venía ejerciendo. El Jefe de la precitada División respondió mediante el Memorando No. 2021-20006, indicando que continuara prestando sus servicios, situación que no contempla la ley.

El 24 de julio de 2001, el Director General del SENA modificó el artículo 1º de la Resolución No. 01184 del 20 de junio de 2000, en lo pertinente a la asignación de dos puntos por el factor de capacitación en la evaluación de méritos para la vigencia de 1999, para señalarle un total de 164.55 puntos y, en el artículo 2º confirmó el mismo artículo 1º de la Resolución No. 01184, en cuanto el Director Regional Bogotá - Cundinamarca promovió en el SSEMI al Instructor Jesús Alejandro Moreno Bohórquez al Grado 15 en la escala de remuneración.

El día 17 de noviembre de 2001, según Memorando No. 2021-32004 se le ordenó cumplir las funciones de Asesor Grado 07 (10).

LAS NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Se alega que fueron desconocidos:

De la Constitución Nacional, los artículos 1º, 2º, 6º, 13, 25, 29, 53, 122 y 125.

De la Ley 443 de 1998, los artículos 1º, 3º, 5º, 7º y 8º.

Del Decreto No. 1572 de 1998, los artículos 1º, 2º, 3º, y 4º.

Del Decreto No. 2504 de 1998, los artículos 1º y 4º.

Del Decreto No. 2400 de 1968, el artículo 23.

El concepto de violación reposa en la descripción que se hace en los folios 132 a 144 del cuaderno principal, sustentado en que la administración incurrió en violación directa de las normas constitucionales y legales, falsa motivación, falta de motivación, desviación de poder y expedición irregular, los cuales sintetiza el demandante del siguiente modo:

1.- Violación directa de las normas constitucionales y legales. El SENA en forma indebida y con desconocimiento del debido proceso y el derecho al trabajo impidió al demandante acceder formalmente al cargo de Asesor 07 (10), profiriendo actos administrativos que nombraban a otras personas que no contaban con los requisitos, ni estaban inscritos en la carrera, ignorando el proceso de selección previamente establecido para dicho evento.

2.- Falsa motivación y motivación insuficiente. La administración desconoció la diferencia salarial, así como que el actor realmente ejerció las funciones como Asesor Grado 07 (10). Igualmente le negó su derecho preferencial como empleado de carrera, omitiendo lo reglado en la Ley 443 y el Decreto Reglamentario No. 1572, ambos de 1998. Afirmó que él fue evaluado como Asesor Grado 07 (10) y valorado con 1000 puntos, puntaje máximo en evaluación del desempeño para un empleado inscrito en carrera, a pesar de ello, se le negó el nombramiento en encargo en dicho empleo.

3.- Falta de motivación. El acto administrativo por el que hizo el encargo, carece de motivación no obedece a razones del servicio o necesidades de las dependencias de la entidad, como lo ordenan los artículos 8º de la Ley 443 de 1998, y 3º del Decreto 1572 de 1998, es decir que los cargos vacantes en forma definitiva, se debieron proveer con los empleados de planta y con más razón con los encargados en ese momento.

4.- Desviación de poder. Los actos acusados se originan, no en la búsqueda del buen servicio, sino escudándose en la facultad discrecional, para abusar de la potestad nominadora designando en nombramiento provisional a Gloria Estella Gómez, Olga Helena Durán, Martha Cecilia Gómez y Luz Mery Eslava que tenían menores calidades que el demandante.

5.- Expedición irregular. La competencia para los cambios en la planta de personal del SENA es del Director General de la entidad, luego los actos de trámite sobre reconocimiento de los derechos y reubicación en encargo en el empleo de Asesor Grado 07 (10), fue decidido por el Jefe de la Oficina Jurídica y por el Jefe de la División de Recursos Humanos, siendo estrictamente competencia decisoria del Director General del SENA.

CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

La entidad demandada se pronunció sobre cada uno de los hechos enunciados en la demanda, tras lo cual replicó a las pretensiones de la demanda, propósito en el que empleó los siguientes argumentos (Fls. 175 a 182):

En cuanto a la solicitud de reconocimiento de salarios, prestaciones sociales y el reintegro al cargo de Asesor Grado 7 (10), bajo el supuesto de la ilegalidad de los Actos administrativos expedidos por la entidad a través del Jefe de la Oficina Jurídica de la Dirección General del SENA y el Jefe de División Recursos Humanos, se remite a las conclusiones a las que llegó el Tribunal en su providencia de 1º de noviembre de 2002, en la que se rechazó la demanda contra el Oficio No. 1011-25567 del 27 de septiembre de 2001, acto administrativo éste expedido por la Jefatura de la Oficina Jurídica del ente accionado, por haberse superado el término de los cuatro (4) meses, por lo que, claramente se configuró la caducidad de la acción frente al anterior acto, de conformidad con lo previsto en el numeral 2º del artículo 136 del C.C.A.

Se refirió al Oficio No. 09260 de 9 de abril de 2002, suscrito por el Jefe de la División de Recursos Humanos del SENA, para advertir que de su contenido no se vislumbra violación a las disposiciones Constitucionales y legales, ni están afectadas por vicios de forma o de fondo, así como no se puede decir que haya en ellos indebida delegación de responsabilidades.

Esgrime en su defensa la excepción de caducidad, con apoyo en que las pretensiones de la demanda, relacionadas con el pago de viáticos, diferencia salarial, prestaciones sociales y reincorporación en el empleo en el cual habría estado encargado para los períodos señalados en la demanda, fue decidido por el Jefe de la Oficina Jurídica mediante Memorando No. 25567 del 27 de septiembre de 2001 y sobre ellos se produjo el fenómeno de la caducidad.

Alegó la excepción de prescripción con apoyó en que las pretensiones sobre el pago de salarios y prestaciones sociales reclamadas por el actor y que supuestamente se habrían causado durante el periodo comprendido entre el 6 de noviembre de 1997 y el 21 de noviembre de 1998, ya habrían dejado de ser exigibles al tenor de la prescripción trienal que afecta estos rubros.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", mediante la sentencia de 23 de agosto de 2007, rechazó las excepciones propuestas por la parte demandada; además, negó las pretensiones de la demanda, con base en los argumentos que brevemente se esbozan enseguida (Fls. 281 a 305):

Mediante el Oficio No. 1011-25567, de 27 de septiembre de 2001, la entidad negó la petición de reconocimiento y pago de viáticos por el período comprendido entre el 6 de noviembre de 1997 y 10 de septiembre de 1998. Con relación a este acto, determinó el Tribunal que no era posible estudiar ese aspecto, pues el propio Tribunal en la providencia de fecha 1º de noviembre de 2002 ya había decretado la caducidad.

Examinó luego la posibilidad de reconocimiento de la diferencia salarial y demás prestaciones sociales, por el desempeño del demandante en el cargo de Asesor Grado 10 en la Dirección General entre el 11 de septiembre de 1998 y el 31 de mayo de 1999, conforme a la petición elevada por el actor de 28 de noviembre de 2000. Concluyó el Tribunal que para ese periodo el demandante no se desempeñó como Asesor Grado 7 (10) de la Dirección General, sino que ocupó los cargos de Instructor Grado 12 en la División de Desarrollo y Gestión Empresarial Regional Bogotá y Cundinamarca, habiendo sido promovido a Instructor Grado 14 del Centro Multisectorial de Girardot, por último, ocupó el

cargo de Instructor Grado 6 en la División de Desarrollo y Gestión Empresarial. En consecuencia, determinó el Tribunal que la entidad procedió correctamente en la respuesta dada al demandante en aquella oportunidad.

Afirma que no se le puede exigir a la Administración el reconocimiento y pago de una diferencia salarial, pues no se dieron los presupuestos exigidos por la Ley, en tanto no hubo un acto formal de nombramiento en calidad de encargado, tampoco posesión, razones que llevaron al fracaso de la demanda.

Ya en cuanto a la diferencia salarial, viáticos y demás prestaciones sociales por haber desempeñado el demandante, según aquél dijo, el cargo de Asesor Grado 7 (10) en la Dirección de Promoción y Cooperación desde el 15 de junio de 2000 hasta el 25 de septiembre de 2001, para el Tribunal, el señor Moreno Bohórquez en este periodo no estuvo encargado como Asesor Grado 7 (10), por el contrario, según el *a quo*, se demostró que el 20 de junio de 2000 fue promovido por el Director del SENA al empleo de Instructor Grado 15, atendiendo sus calificaciones, y con dicho grado se desempeñó en la División de Desarrollo y Gestión Empresarial, y luego prestó colaboración en la División de Cooperación de la Dirección General entre el 24 de julio de 2000 y el 24 de septiembre de 2001, por todo ello dedujo el sentenciador de primer grado que el actor nunca ocupó el cargo de Asesor Grado 7 (10).

Refiere el Tribunal que la entidad obró de manera apropiada al negar las solicitudes del trabajador, ya que éste prestó apenas una colaboración marginal y no puede sostener que haya existido un encargo como Asesor Grado 7 (10) . En efecto, no obran los actos administrativos que hicieran la designación, no hay posesión, tampoco la disponibilidad presupuestal, por ende, también despachó desfavorablemente ésta pretensión.

En lo que se refiere al reintegro acudiendo a la figura del encargo, de acuerdo al derecho preferencial establecido en el artículo 8º de la Ley 443 de 1998, el *a quo*, negó la pretensión con el argumento central de que está prohibido el ascenso automático en los empleos públicos, pues para acceder a los empleos de carrera administrativa es necesario agotar el concurso de méritos y el demandante no demostró haber accedido al cargo de ésta manera.

EL RECURSO DE APELACIÓN

El demandante pidió revocar la sentencia de primera instancia, para sustentar la impugnación plantea los siguientes argumentos (Fls. 314 a 327):

El Tribunal no vio que el actor estaba inscrito en carrera Administrativa, yerro que se extiende al numeral 13 del cuadro ilustrativo, que lo ubica en calidad de encargado y a renglón seguido le atribuye la condición de provisional, por lo que no comprendió el *a quo*, la ubicación real del empleado, conclusiones equivocadas que son fruto de la omisión ostensible de varias pruebas escritas que se encuentran en el expediente, las que acreditarían el verdadero cargo que desempeñó en aquella época.

Y si bien no existe la resolución de encargo, el servidor público en realidad sí atendió las funciones como Asesor Grado 7 (10), pues así lo dispuso el Director de Empleo, lo que está probado con todos los testimonios que se aportaron, así como los diferentes actos administrativos del SENA, que demuestran que prestó sus servicios ininterrumpidamente desde el 6 de noviembre del año 1997 hasta el 31 de mayo de 1999, como Asesor Grado 7 (10) en el SENA, Dirección General, en la oficina de Empleo, cuando por orden expresa y por escrito del Director de Empleo, se reincorporó al cargo original de instructor en la División de Desarrollo y Gestión Empresarial, en la ciudad de Bogotá, a donde lo habían trasladado nominalmente. Posteriormente, el SENA de manera indebida y para cubrir sus errores le abrió un proceso disciplinario.

A juicio del impugnante, el fallo contraría el artículo 8º de la Ley 443 de 1998, sobre la procedencia del encargo y de los nombramientos provisionales. Así las cosas, juzga que debió recibir un nuevo encargo por parte del SENA, e hizo mal este al retirarlo y devolverlo al empleo del cual es titular, pues ello mengua sus derechos de carrera, ya que en casos de vacancia, si el trabajador llenaba las exigencias para seguir desarrollando las funciones en el cargo de Asesor Grado 7 (10), debe reconocérsele el derecho preferente y no designar un provisional, como hizo indebidamente la administración.

El impugnante venía desempeñando el cargo de Asesor Grado 7 (10) en la Dirección General del SENA, empleo que se convirtió en cargo de carrera administrativa; por consiguiente, el nominador carece de razón alguna para

nombrar en provisionalidad a otra persona omitiendo al demandante, quien tiene el máximo de evaluación de desempeño y por lo mismo derecho preferencial a ser nombrado.

Se deben tomar entonces en cuenta las funciones realmente cumplidas, en este caso, las de Asesor grado 7 (10). Por lo mismo, la Entidad, afectó gravemente la confianza legítima del servidor público.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico se limita a determinar solamente la legalidad del Oficio 2021-09260 del 9 de abril de 2002, por el cual el Jefe de División de Recursos Humanos del SENA rechazó la solicitud del actor atañedera al pago de salarios y demás prestaciones sociales por el desempeño de funciones como Asesor Grado 7 (10). Igualmente, atender el reclamo sobre si el demandante tiene derecho a ser reintegrado al empleo que una vez ejerció en calidad de encargado.

Lo anterior porque en lo que concierne al Oficio No. 1011-25567, de 27 de septiembre de 2001, mediante el cual la entidad demandada negó la petición de reconocimiento y pago de viáticos por el período comprendido entre el 6 de noviembre de 1997 y 10 de septiembre de 1998, el Tribunal en la sentencia se abstuvo de estudiar el punto y se remitió a la providencia de fecha 1º de noviembre de 2002, que es ley del proceso, y por medio de la cual se rechazó la demanda por caducidad de la acción.

Comprenderá el juzgamiento, los periodos comprendidos entre el 11 de septiembre de 1998 y 31 de mayo de 1999; y entre el 15 de junio de 2000 y 25 de septiembre de 2001, que para el caso reciben idéntico tratamiento.

Para decidir el fondo del presente asunto es menester abordar los siguientes aspectos: **1.-** Generalidades sobre el encargo, **2.-** La primacía de la realidad, **3.-** El reintegro, y **4.-** Los perjuicios.

La Sala tiene por probados los siguientes hechos:

- Memorando No. 3030 del 13 de julio de 2000, por el cual el Director de Planeación le solicitó a la Jefe de División de Recursos Humanos que no tramitara

la autorización de encargos que impliquen diferencias salariales. Igualmente le informó de la petición elevada al Ministerio de Hacienda reclamando la incorporación de excedentes financieros de vigencias anteriores, para de ese modo resolver el problema mencionado (Fls. 56 C. 1; 97 C. 2).

- Memorando No. 2021-19287 del 17 de julio de 2000, por el cual la Jefe de División de Recursos Humanos le informó al Director de Promoción y Cooperación, que debido a la crítica situación presupuestal de funcionamiento, no era posible acceder a la solicitud de encargo del actor (Fls. 55 C.1; 96 C.2).

- El Oficio No. 2021-25024 del 24 de septiembre de 2001, expedido por el Jefe de la División de Recursos Humanos, por medio del cual dio por terminada la colaboración prestada por el demandante en la División de Cooperación de la Dirección General, cooperación que brindó desde el 17 de noviembre de 2000 (folios 64 C.1; 98, 122 C. 3). Este documento fue corregido mediante el Oficio No. 2021-25197 del 25 de septiembre de 2001, por el cual le agradecían al demandante los servicios prestados en la División de Cooperación de la Dirección General y no de la Dirección de Empleo (Fls. 67 C. 1; 97 C. 3).

- Actas de nombramientos provisionales y certificaciones laborales y de estudios de los siguientes funcionarios (C 5): Gloria Estela Gómez Cuartas (Fls. 11 a 29 C 5); Olga Elena Durán Herrera (Fls. 30 a 40 C. 5); Alma Elvira Novoa Lelión (Fls. 41 a 48 C. 3); Martha Cecilia Gómez Montoya (Fls. 49 a 58 C. 5); Luz Mery Eslava Muñoz (Fls. 59 a 64 C. 5); María Teresa Gómez Azuero (Fls.93 a 99 C. 5). También se aportó la hoja de vida de dicha funcionaria. (Fls. 107 a 111 C. 5)

- Certificación suscrita por el Coordinador del Grupo de Gestión Humana del SENA Dirección General del 27 de agosto de 2004, donde certifica que los cargos de Asesor Grado 7 (10) en la Secretaría General, Dirección de Empleo y Dirección de Promoción y Cooperación son cargos de carrera administrativa, de conformidad con el artículo 5º de la Ley 443 de 1998. (Fls. 1, C. 6)

- Se aportó el estado de la planta de personal de la Dirección General para los años desde el 31 de diciembre de 1998 a 30 de septiembre de 2002, especificados mes a mes de cada año. (Fls. 2 a 30 C. 6)

Novedades de personal de los años 1998 a septiembre de 2002 (Fls. 31 a 88 C. 6).

1.- Generalidades sobre el encargo.

El legislador prevé que los empleados públicos pueden estar vinculados a la administración, entre otras situaciones administrativas, con la figura del encargo, la cual está consagrada en los artículos 34 y 35 del Decreto No. 1950 de 1973 así:

“Art. 34. Hay encargo cuando se designa temporalmente a un empleado para asumir, total o parcialmente, las funciones de otro empleado vacante por falta temporal o definitiva de su titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo.

Art. 35 Cuando se trata de vacancia temporal, el encargado de otro empleo solo podrá desempeñarlo durante el término de esta, y en el caso de definitiva hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

Al vencimiento del encargo, quien lo venía ejerciendo cesará automáticamente en el desempeño de las funciones de este y recuperará la plenitud de las del empleo del cual es titular, si no lo estaba desempeñando simultáneamente”.

(...)

Art. 43. Prohíbese la provisión de empleos con efectos fiscales anteriores a la posesión”.

Respecto al tema del encargo, el Consejo de Estado ha señalado los siguientes presupuestos:

(...)

Así, en cuanto al ENCARGO -bajo esta disposición y concordantes- se requiere : -) Que exista un cargo vacante temporal o definitivamente; -) Que el nominador haga dicha clase de designación en el respectivo acto administrativo; -) Que se trate de una asignación temporal; -) Que el empleado público encargado tome posesión de dicho empleo para que pueda ejercer sus funciones; claro está que ello no ocurre cuando el encargado de un empleo ya viene desempeñando otro de igual denominación y jerarquía, por lo que ya está investido de las atribuciones del caso.

(...)

En este orden de ideas, y estando frente a una simple asignación de funciones, ésta como tal no reviste la entidad suficiente para determinar el pago de emolumentos del cargo respecto del cual se están desempeñando dichas funciones, ya que el mismo legislador determinó la prohibición de provisión de empleos con efectos fiscales anteriores a la posesión. Artículo 43 del Decreto 1950 de 1973.

Solamente una situación legal y reglamentaria, nombramiento y la correspondiente posesión pueden dar lugar al pago de emolumentos como consecuencia del desempeño de los cargos de la administración, de tal suerte, que, como se dijo, la sola asignación de funciones no genera esos pagos.

En esas condiciones, la parte actora no puede pretender el reconocimiento y pago de una diferencia salarial respecto de un encargo que como tal, no se dio, máxime que no encuentra la Sala asidero normativo que ampare el

*presunto derecho económico reclamado por la parte actora, por lo cual, deberá ser confirmado el fallo del a-quo que negó las pretensiones de la demanda.
(...)"*¹

2.- La primacía de la realidad.

Sin duda, en el presente caso el nominador no dispuso la designación formal en encargo del demandante como Asesor Grado 7 (10), pues no hay acto administrativo producido con ese propósito, por lo mismo, el actor tampoco se posesionó en el cargo de Asesor grado 7 (10), para los periodos a los que atañe la demanda. No obstante, las pruebas demuestran de modo incontestable que sí ejerció las funciones y que la administración suscitó las expectativas del empleado sobre que sería designado como Asesor grado 7 (10), expectativas que fueron finalmente frustradas, pues nunca se le designó pero se le mantuvo en el cumplimiento de las funciones como si hubiera sido designado o fuera a serlo de modo inminente.

A juicio de la Sala, el ejercicio de una función pública y en general el desempeño de un cargo público es asunto minuciosamente reglado desde la perspectiva legal y Constitucional, que distingue nítidamente cómo se accede a los cargos de carrera y a los de libre nombramiento y remoción. No obstante, hay casos excepcionales en los que el ejercicio de una función pública, va más allá de la simple colaboración que se espera de quienes abrazan el servicio público. Situaciones de hecho eso sí, en que nítidamente se aprecia que las tareas desempeñadas por un funcionario, no son una simple extensión de las que le adscriben los reglamentos y manuales, sino que implican la asunción de una responsabilidad por entero diferente a la de su cargo, y por tanto con fisonomía propia. En tales casos, la realidad se impone sobre la designación nominal y el empleado debe ser remunerado, como lo sería todo aquel que fuera llamado formal y legalmente, a ejercer el cargo, en este caso de carrera, pues la administración no puede beneficiarse del trabajo que no remunera al empleado, por ello éste tiene derecho a recibir la diferencia salarial por todo concepto, si es que, se insiste, en los hechos y por orden superior asume íntegramente las funciones de un cargo distinto al suyo, para sustituir una vacante.

¹ Sentencia de la Sección Segunda - Subsección "B" del H. Consejo de Estado calendada 20 de octubre de 2005, Radicación número: 25000-23-25-000-2000-03159-01(4434-02), Actor: María Victoria Ayala Buitrago, Demandado: Santa fe de Bogotá - Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito, Consejero ponente: TARSICIO CÁCERES TORO.

Está cabalmente demostrado en el proceso que el demandante efectivamente sirvió enteramente las funciones de un cargo distinto al suyo, en los periodos señalados, esto es, del 11 de septiembre de 1998 y 31 de mayo de 1999; y entre el 15 de junio de 2000 y el 25 de septiembre de 2001, y que lo hizo, no sólo más allá de los deberes del cargo que desempeñaba, sino asumiendo otro con diferentes funciones, cuando ejerció porque así lo dispuso un mandato superior, las responsabilidades como Asesor Grado 7 (10). En apoyo de esta conclusión es posible hallar bastantes pruebas a lo largo del plenario. Así, mediante el memorando No. 5000-16707 del 13 de agosto de 1998 (Fl. 14), dirigido al Jefe de la División de Recursos Humanos, se pidió tener en cuenta *“que el encargo del Ingeniero Jesús Alejandro Moreno Bohórquez, para desempeñar las funciones de Asistente de este Despacho vence el próximo 18 de Agosto de 1998”*, en consecuencia, esa misiva exigió se dispensara una comisión para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción. Lo mismo aconteció en el Memorando No. 5000-24948 del 20 de noviembre de 1998 (Fl. 23), dirigido al Jefe de la División de Recursos Humanos, allí se da cuenta que *“(…) la doctora Graciela Carranza, jefe de la División de Desarrollo Empresarial de la Regional Bogotá-Cundinamarca, desde hace algunos días me ha facilitado la colaboración del Doctor Moreno y que tal situación no puede prolongarse, cordialmente le solicito se sirva comisionar al Doctor Moreno para que preste sus servicios en esta Dirección, habida cuenta que algunos programas requieren atención desde este despacho (…)”*.

De nuevo se insistió en esa comisión, mediante el Oficio No. 5000-26909 librado el 14 de diciembre de 1998 (Fl. 25), para que fuera designado el demandante *“(…) doctor Jesús Alejandro Moreno Bohórquez, instructor de la Regional Bogotá Cundinamarca, para que continúe prestando sus servicios en este despacho, teniendo en cuenta que algunos programas requieren atención. El Doctor Moreno ha venido desempeñándose por encargo como Asesor de la Dirección desde el 2 de noviembre de 1997. (…)”*. Y lo propio acontece en el Memorando No. 5000-00157 del 7 de enero de 1999 (Fl. 27), en que se pide *“(…) encargar, comisionar o trasladar al doctor Jesús Alejandro Moreno Bohórquez, identificado (…), para que siga prestando sus servicios en este despacho. El doctor Moreno Moreno (sic) ha venido desempeñándose por encargo como Asesor de la Dirección desde el 2 de noviembre de 1997, labor que realiza con eficiencia y conocimiento por lo que estimo conveniente su apoyo.”*

La veracidad de la prestación del servicio que ejecutara el demandante, más allá de las labores de su propio cargo, aparece corroborada en el Memorando No. 5000-03979 del 22 de febrero de 1999 (Fl. 33), misiva enviada al Director Regional Bogotá - Cundinamarca, del Director de Empleo, en que se pide que la situación del demandante sea resuelta:“(…), me permito solicitarle definir la situación ocupacional del doctor Jesús Alejandro Moreno Bohórquez, quien se desempeña desde el 6 de noviembre de 1997, como Asistente de esta Dirección, puesto que el “titular” doctor Siervo de Jesús Galindo, desde antes y hasta el 31 de diciembre de 1999 como mínimo, se encuentra comisionado como Asesor en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.”.

En el Memorando No. 50-07476 del 29 de marzo de 1999 (Fl. 36), dirigido a la Secretaria General del Director de Empleo, se pidió solucionar la situación administrativa, que generaba la “*interinidad*” del asistente de esta Dirección Doctor Jesús Alejandro Moreno Bohórquez, debido a la indefinición para producir el acto administrativo. Allí se pidió, por sugerencia del Director General Doctor Tulio Arbeláez Gómez, el encargo del demandante como Asesor grado 10, “*vacante*” en el despacho del Director General o en su defecto como Asesor grado 07 en una de las vacantes existente en la División de los Recursos Humanos, en el grupo de Desarrollo Empresarial, en la División de Cooperación, o en la División de Promoción y Mercadeo de Servicios, con lo cual estaría equilibrando la vacancia temporal que genera en la Dirección la comisión del titular, quien se encuentra como Asesor en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Esa recurrencia en las solicitudes que buscaban formalizar la designación, hasta entonces de facto del demandante, tiene un nuevo episodio el 6 de mayo de 1999, cuando se emitió el Memorando No.11084 (Fl. 40), con destino al Jefe (E) División de Recursos Humanos, del Director de Empleo, solicitando una comisión para el “(…) doctor Jesús Alejandro Moreno Bohórquez, instructor 09 de la Regional Bogotá Cundinamarca, quien desde hace más de un año y medio ha estado desempeñando las funciones de Asesor en este Despacho.”

Que el demandante cumplía sus funciones en un cargo y responsabilidades diversas a su empleo se aprecia en el Oficio No. 50-10620 de 3 de mayo de 1999 (Fl. 41), dirigido al Secretario de Políticas y Proyectos Red de Solidaridad Social, en la que el Director de Empleo expresó: “(…) como quiera que hemos venido aplazando por múltiples circunstancias, la reunión de evaluación del Contrato

Interadministrativo (...) y ante situaciones internas, me veo precisado a delegar la representación de la Dirección de Empleo en el doctor (...) Igualmente asistirá el doctor Jesús Alejandro Moreno, como asistente de esta dirección.”

Mediante la Resolución No. 00563 de 24 de mayo de 1999 (Fl. 45), se autorizó el apoyo económico para que el demandante adelantara estudios de idiomas. Adicionalmente, mediante el Memorando 2021 15339 de 8 de junio de 2000 (Fl. 53), enviado al Director Regional Bogotá Cundinamarca, el Jefe (E) División de Recursos Humanos, pidió autorizar el encargo “(...) en Dirección de Promoción y Cooperación de esta Dirección como Asesor grado 07 al señor Jesús Alejandro Moreno Bohórquez, instructor grado 08 de la División de Desarrollo y Gestión empresarial y a la señora Norma Sánchez (...)”.

La anterior petición se reiteró en el Memorando No. 8080 19719 de 19 de julio de 2000 (Fl. 57), dirigido al Jefe División de Recursos Humanos, por el Director de Promoción y Cooperación, reclamando una Comisión “(...) por el término de tres (3) meses al doctor JESÚS ALEJANDRO MORENO BOHÓRQUEZ, quien en esto de buena voluntad y compromiso institucional acepta esta circunstancia .(...).”

Del mismo modo, mediante el Oficio No. 2021 20006 de 24 de julio de 2000, el Jefe de la División de Recursos Humanos se dirigió al señor Jesús Alejandro Moreno Bohórquez comunicándole que: “Teniendo en cuenta el Memorando 19719 del 19 de julio (Fl. 58), del Director de Promoción y Cooperación, atentamente le solicito su colaboración para que a partir de la fecha y hasta el 20 de octubre, continúe prestando sus servicios en la División de Cooperación a órdenes de la doctora María Cristina Álvarez Jaramillo”.

Lo anterior se reiteró con el Memorando No. 8080-29938 de 26 de octubre de 2000 (Fl. 59), dirigido al Jefe de División de recursos Humanos, de la Dirección de Promoción y Cooperación, pidiendo la renovación Comisión o encargo, ante la el vencimiento de la comisión del doctor Jesús Alejandro Moreno, quién venía apoyando la División de Cooperación, en desarrollo de los programas de Formación Continua, gracias igualmente a la magnífica voluntad del director de la Regional Bogotá.

Lo propio aconteció con el Oficio No. 2021 32004 de 17 de noviembre de 2000 (Fl. 60), dirigido al señor Jesús Alejandro Moreno Bohórquez, por el Jefe División de

Recursos Humanos en la que dice: *“Teniendo en cuenta el Memorando 29938 del 26 de octubre, del Director de Promoción y Cooperación, atentamente le solicito su colaboración para que a partir de la fecha continúe prestando sus servicios en la División de Cooperación a órdenes de la doctora María Cristina Jaramillo”.*

Para cerrar, mediante el Oficio 2021 25024 de 24 de septiembre de 2001 (Fl. 64), dirigida al señor Jesús Alejandro Moreno Bohórquez, del Jefe División de Recursos Humanos, por el cual se terminó *“(…) a partir de la fecha la colaboración prestada desde el 17 de noviembre de 2000 en la División de Cooperación de la Dirección General, se da por terminada, por lo tanto le solicito presentarse ante el jefe de la División de Desarrollo y Gestión Empresarial de la Regional Bogotá, de donde es asignado en planta de personal. En nombre de la Dirección General, le agradezco los servicios prestados durante su permanencia en la Dirección de Empleo”.* Esta comunicación fue corregida mediante el Oficio 2021 25197 de 25 de septiembre de 2001 (Fl. 67), dirigida al señor Jesús Alejandro Moreno Bohórquez, por el Jefe División de Recursos Humanos, en la que se dice que los servicios se prestaron en la División de Cooperación de la Dirección General y no en la Dirección de Empleo.

A ese conjunto de pruebas se suma que el demandante efectivamente prestó sus servicios como Asesor Grado 7, en el periodo que va del 6 de noviembre de 1997 al 10 de septiembre de 1998, tiempo en el que estuvo formalmente vinculado, mediante actos administrativos de designación y posesión. Esta situación permite ver que la continuidad de facto sí existió; además, el Tribunal nunca negó esa circunstancia, tampoco la demandada, que tan solo la calificó como de simple colaboración.

A partir de la Constitución, la jurisprudencia ha sido pródiga en resaltar la primacía de la realidad, para desarrollar el principio de igualdad en las relaciones laborales de modo que a trabajo igual corresponda un salario igual. De este modo, aunque los actos de designación y posesión son indispensables para el regular ejercicio de la función, hay casos excepcionales en que no es posible desconocer que el ejercicio de un cargo tuvo cabal desarrollo en la realidad. La Corte Constitucional, en la sentencia C - 655 de 1998, expediente No. D-2102 expresó²:

² En el mismo sentido las sentencias C-006-96 Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz, C-016/98 Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz, C-023/94, C-154/97 M.P. Hernando Herrera Vergara, C-401/98 M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, C-517/99, C-555/94, SU-224/98.

“Conforme lo establece el artículo 53 de la Carta Fundamental, el principio de la prevalecía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral, implica un reconocimiento a la desigualdad existente entre trabajadores y empleadores, así como a la necesidad de garantizar los derechos de aquellos, sin que puedan verse afectados o desmejorados en sus condiciones por las simples formalidades. Y si la realidad demuestra que quien ejerce una profesión liberal o desarrolla un contrato aparentemente civil o comercial, lo hace bajo el sometimiento de una subordinación o dependencia con respecto a la persona natural o jurídica hacia la cual se presta el servicio, se configura la existencia de una evidente relación laboral, resultando por consiguiente inequitativo y discriminatorio que quien ante dicha situación ostente la calidad de trabajador, tenga que ser este quien deba demostrar la subordinación jurídica.”

En un caso específico de perfiles análogos al presente la Corte Constitucional³ dejó sentado que:

“Es esa relación, verificada en la práctica, como prestación cierta e indiscutible de un servicio personal bajo la dependencia del patrono, la que debe someterse a examen, para que, frente a ella, se apliquen en todo su rigor las normas jurídicas en cuya preceptiva encuadra. Eso es así, por cuanto bien podría aprovecharse por el patrono la circunstancia de inferioridad y de urgencia del trabajador para beneficiarse de sus servicios sin dar a la correspondiente relación jurídica las consecuencias que, en el campo de sus propias obligaciones, genera la aplicación de las disposiciones laborales vigentes, merced a la utilización de modalidades contractuales enderezadas a disfrazar la realidad para someter el vínculo laboral a regímenes distintos”. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-166 del 1 de abril de 1997). Aplicado lo dicho al asunto que ocupa la atención de la Corte, ha de verificarse, frente a la Carta Política, la situación del trabajador que ha laborado en efecto sin que se haya solemnizado el vínculo correspondiente por la firma del contrato o por el nombramiento y posesión, según que se trate de relación convencional (empleados privados o trabajadores oficiales) o de vínculo legal y reglamentario (empleados públicos).”

Puestas en esta dimensión las cosas, el demandante tiene derecho a que se le pague la diferencia, por todos los conceptos constitutivos de salarios, prestaciones, primas, bonificaciones que legalmente se pagan a quienes se desempeñan en el cargo de Asesor grado 7 (10), reconocimiento en beneficio del demandante que comprenderá los periodos comprendidos entre el 11 de septiembre de 1998 y 31 de mayo de 1999; y entre el 15 de junio de 2000 y 24 de septiembre de 2001, que para el caso reciben idéntico tratamiento. Dese luego ese reconocimiento deberá reflejarse en la liquidación de las cesantías.

³ T - 026 DE 2001. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

Dicha liquidación deberá ser actualizada en los términos del artículo 178 del C.C.A, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = RH \cdot \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que R (valor presente) se determina multiplicando el valor histórico RH, que es lo que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la ejecutoria de esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que se causaron las sumas adeudadas).

3.- El reintegro.

Ha pedido el demandante se le restituya al cargo, en acatamiento a lo dispuesto en la Ley 443 de 1998, que establece el derecho preferencial de los funcionarios inscritos en carrera a ser designados en provisionalidad o encargo mientras se llenan las vacantes por el sistema de mérito. Sobre el particular es de advertir que no es posible referirse a la figura del reintegro, toda vez que el actor no fue retirado del servicio, por el contrario continuó en éste, en el cargo del cual es titular en propiedad, por lo que, a simple vista, dicha pretensión no tiene ánimo de prosperidad.

Adicionalmente, el cargo que desempeñó en encargo, tal como se deriva de las pruebas allegadas, se encontraba provisto en propiedad, por una persona que se encontraba en comisión en el Ministerio de Trabajo, lo que indica que el mismo no se encontraba vacante de manera definitiva sino temporal.

Finalmente, como último argumento que soporta la negativa de la pretensión, es evidente que el cargo, al ser de carrera, debe ser provisto por el sistema de mérito, y no encontró la Sala que el mismo se hubiera efectuado, pero tampoco que se encontrara vacante.

4.- Los perjuicios.

El demandante también solicitó el pago de los perjuicios recibidos. No obstante, en la vía gubernativa jamás se planteó ese reclamo que solo apareció en la demanda

con que se inició el proceso. Además de lo anterior, no obra en el proceso ningún tipo de prueba que acredite que esos perjuicios se causaron efectivamente.

Por lo expuesto, es evidente que la sentencia erró al negar las pretensiones de la demanda en lo que concierne a la diferencia salarial, pero acertó al negar las pretensiones de la demanda.

DECISIÓN

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

FALLA

1.- REVÓCASE la sentencia de 23 de agosto de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, en cuanto negó las súplicas de la demanda formulada por Jesús Alejandro Moreno Bohórquez contra la Nación, Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, en lo que atañe al pago de la diferencia salarial para los periodos señalados, y en su lugar,

DECLÁRASE la nulidad del Oficio No. 2021-09260 del 9 de abril de 2002.

2º. A título de restablecimiento del derecho **CONDÉNASE** al Servicio Nacional de Aprendizaje, a pagar al demandante Jesús Alejandro Moreno Bohórquez, las sumas de dinero que resulten de la diferencia entre el salario recibido y el que debió recibir por todo concepto, como Asesor Grado 7, en los periodos expresados y por los rubros enunciados en la parte considerativa de esta providencia.

3.- MODIFÍCASE la sentencia en lo que respecta a la indemnización de perjuicios, en el sentido de inhibirse para decidir sobre las pretensiones de la demanda, por no haberse agotado previamente la vía gubernativa.

4.- CONFÍRMASE la sentencia en todo lo demás.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA