



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A”**

Bogotá, D. C., 30 de mayo de 2019

Magistrado ponente: Néstor Javier Calvo Chaves
Expediente: 110013335010-2013-00739-02
Demandante: Blanca Mirian Medina Sánchez
Demandada: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores
Asunto: Remuneración en el ejercicio de un encargo
Sentencia de segunda instancia.

En consideración a que en el proceso de la referencia fue derrotado el proyecto presentado por el Magistrado Ponente Dr. José María Armenta Fuentes, según consta en auto proferido por ese despacho el 21 de febrero de 2019 (fl. 236), la Sala procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fls. 197-205), contra la sentencia proferida en escrito el 25 de julio de 2017, mediante la cual el Juzgado Cuarenta y Ocho Administrativo del Circuito de Bogotá negó las pretensiones de la demanda (fls. 182-196).

I. RESUMEN DE LA DEMANDA

En el libelo, en resumen, se formulan las siguientes pretensiones (fl. 28): **1)** Declarar la nulidad del Oficio S-GNPS-13-015444 del 6 de mayo de 2013, mediante el cual se negó el pago de unas diferencias salariales a la demandante; **2)** declarar que la demandante tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague la diferencia que resulte entre los sueldos y prestaciones sociales cancelados a ella por su trabajo como Auxiliar de Misión Diplomática y lo que le corresponde por los encargos o asignación de funciones como servidora pública con funciones en Kenia entre el 2 de febrero de 2009 y el 1º de enero de 2010 y entre el 1º de febrero de 2011 y el 1º de abril de 2013; **3)** condenar a la demandada a reconocer y pagar a la demandante la diferencia que resulte entre los sueldos y prestaciones sociales cancelados a ella por su trabajo como Auxiliar

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 110013335010-2013-00739-02
Demandante: Blanca Mirian Medina Sánchez
Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores
Asunto: Sentencia de Segunda Instancia

de Misión Diplomática y lo que le corresponde por los encargos o asignación de funciones como servidora pública con funciones en Kenia entre el 2 de febrero de 2009 y el 1º de enero de 2010 y entre el 1º de febrero de 2011 y el 1º de abril de 2013; **4)** ordenar a la demandada a que sobre las sumas que resulte condenada a pagar la demandante se reconozca y pague las cantidades necesarias para hacer los ajustes de valor, conforme al IPC certificado por el DANE, según lo ordena el artículo 187 del CPACA; **5)** condenar a la demandada a que dé cumplimiento al respectivo fallo dentro del término estipulado en el artículo 192 del CPACA; y **6)** condenar a la demandada al pago de costas procesales.

Como **fundamento fáctico** (fls. 3-11) de las súplicas de la demanda señaló, en síntesis, que la demandante cuando se desempeñaba como Técnico Administrativo 8 PA en la embajada de Colombia ante la República de Kenia, mediante Resolución 498/09 fue encargada de las funciones consulares de Colombia en Nairobi por 3 meses o mientras se designaba y posesionaba el nuevo titular, siendo esa una situación que se extendió entre el 4 de febrero de 2009 y el 4 de enero de 2010.

Posteriormente, a través de Resolución Nº 4993 del 2 de diciembre de 2009, la demandante fue incorporada en la planta de personal del Ministerio de Relaciones Exteriores (MRE) y fue nombrada en el cargo de Auxiliar de Misión Diplomática Grado 23. Luego, mediante Resolución 336 del 28 de enero de 2010 (sic), aquella fue nuevamente encargada de las funciones consulares de Colombia en Nairobi, toda vez que la cónsul titular renunció, durando dicho encargo desde el 1º de febrero de 2011 hasta el 2 de abril de 2013.

Frente a las anteriores situaciones señaló que en remplazo de la demandante del cargo que aquella desempeñaba no se nombró a ninguna persona, le asignaron dos cargos al mismo tiempo y tuvo que trabajar de 7 a.m. a 8 p.m. casi todos los días para poder cumplir con las dos funciones, estas son, la de Auxiliar de Misión Diplomática y la de encargada de funciones consulares, sin embargo, nunca le pagaron a aquella suma salarial alguna por concepto del desempeño paralelo del empleo en encargo.

La parte demandante invocó como **normas violadas** (fls. 31-41) los artículos 1, 2, 6, 13, 25, 53, 58 122 y 123 de la Constitución Política; 34, 35 y 37 del Decreto

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 110013335010-2013-00739-02
Demandante: Blanca Mirian Medina Sánchez
Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores
Asunto: Sentencia de Segunda Instancia

1950 de 1973; 22 del Decreto 3355 de 2009; 6 del Decreto 1950 de 1973; 2 del Decreto 2400 de 1968 y 8 del Decreto 1950 de 1973.

Como **concepto de violación** (fls. 31-41) manifestó que la asignación de funciones es una figura que no existe jurídicamente como entidad autónoma dentro de las normas que rigen la administración del personal al servicio del Estado y, por el contrario, se ha convertido en un mecanismo impropio para atender y remediar en forma irregular situaciones administrativas y de personal, como las que se presentaron en el caso de autos. Pero en gracia de discusión y entendiendo la asignación de funciones como un encargo no remunerado, no puede ser arbitraria, desproporcionada, ilimitada en el tiempo y ajena a las funciones propias del trabajador.

Agregó que la demandante fue expresamente encargada de todas las funciones propias de un cargo distinto y de superior jerarquía, responsabilidad y asignación al que tenía, pero sin dejar el suyo, por ello, lo natural y lógico era que se nombrara o encargue a alguien para que realizara las funciones que ella tenía y adicionalmente que se le remunerara ese trabajo de mayor responsabilidad y jerarquía.

Sostuvo que el encargo o la asignación de funciones no puede ser ilimitado, debe ser temporal y no mayor de tres meses como lo establece el artículo 35 del Decreto 1950 de 1973, sin embargo, en el *sub lite* los dos encargos que expresamente se le hicieron al demandante, superaron ese lapso, lo cual determinó su prolongación en el tiempo sin que la administración cumpliera los mandatos legales y, por ello, la demandada es la responsable del pago de la diferencia que se presenta entre la remuneración del cargo titular y el del encargo.

Precisó que a pesar de que la demandante estaba encargada expresamente por acto administrativo de las funciones consulares de Colombia en Nairobi, a aquélla no le han remunerado el desempeño de esas funciones y solo le cancelaron la asignación del cargo de Técnico Administrativo, presentándose una inequidad y un enriquecimiento ilegal de la administración, pues tenía trabajando a un técnico administrativo en el cargo de cónsul ahorrándose el salario de éste último, cuando en el presupuesto estaba contemplada la asignación del cónsul, además, debe tenerse en cuenta que no se le podía cancelar sueldo a una cónsul que había renunciado.

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 110013335010-2013-00739-02
Demandante: Blanca Mirian Medina Sánchez
Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores
Asunto: Sentencia de Segunda Instancia

La demandante en varias oportunidades quedó encargada de la Embajada de Colombia en Kenia, incluido el manejo de personal, lo que implica necesariamente que por el cargo que desempeñaba el demandante, más las funciones consulares que le encargaron y las del archivo, resulta incuestionable la recarga de trabajo que le fue asignada, trabajo que desempeñó a cabalidad, pues no existe ninguna queja o investigación de su desempeño durante el tiempo que estuvo en tal situación, pero dicho trabajo no se remuneró en forma justa.

Con base en lo anterior, manifestó que a la demandante le fueron vulnerados los principios laborales de a igual trabajo debe corresponder igual remuneración y remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo.

II. RESUMEN DE LA CONTESTACIÓN

La entidad demandada en su escrito de contestación (fis. 86-92) se opuso a las pretensiones de la demanda para lo cual sostuvo que la demandante no ostentó ninguno de los cargos de la carrera diplomática y consular mientras prestó sus servicios en el exterior, pues en el ejercicio del cargo de Auxiliar de Misión Diplomática Código 4850 Grado 23 fue encargada de la ejecución de funciones inherentes al personal de apoyo de las misiones en el extranjero.

Agregó que la demandante no puede ostentar derechos de carrera diplomática, al ser su cargo de libre nombramiento y remoción, máxime si se tiene en cuenta que los cargos de apoyo en el exterior adscritos a los despachos de jefe de misión son de naturaleza distinta a los de carrera diplomática y consular que prestan sus servicios fuera del territorio, definidos en los artículos 3 y 5 del Decreto Ley 274 de 2000.

Finalmente señaló que únicamente el encargo de un cargo que se encuentra vacante conduce a la remuneración, pero otra es la situación que se presenta en el *sub lite*, puesto que la demandante fue encargada de la ejecución de funciones consulares, situaciones ampliamente diferentes. En consecuencia, no hay lugar al pago de diferencias salariales, pues es claro que aquélla ostentó durante el encargo de funciones su correspondiente cargo.

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 110013335010-2013-00739-02
Demandante: Blanca Mirian Medina Sánchez
Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores
Asunto: Sentencia de Segunda Instancia

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta y Ocho Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante sentencia dictada en escrito el 25 de julio de 2017 (fls. 182-196), negó las pretensiones de la demanda para lo cual sostuvo que, de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 15, 16, 22 y 23 de la Resolución 3736 de 2011, confrontada la situación de la demandante con las consideraciones planteadas, se observaba que para los periodos referidos en las Resoluciones 498 de 2009 y 336 de 2011 no se verificó alguna vacancia del empleo de cónsul sobre el que se reclaman las diferencias salariales, toda vez que a la demandante se le encargó el desempeño de funciones y no del cargo. Además, resaltó que no se probó situación administrativa que generara una vacancia temporal o definitiva sobre el empleo de mayor remuneración.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandante interpuso oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia (fls. 197-205), en el cual sostuvo que si en el fallo apelado se consideró el encargo como una medida excepcional para sortear dificultades temporales, se cuestiona como puede aceptarse que la demandante hubiese estado encargada por más de 3 años sin ser nombrada y sin recibir una función acorde con las funciones y trabajo desempeñado, pues la forma para remediar situaciones excepcionales no deben durar tanto tiempo y menos repetirse, como sucedió con la demandante, de ahí que las fallas y errores de la administración no pueden afectar los derechos fundamentales de los trabajadores.

Agregó que en la sentencia recurrida se adujo que el encargado tendrá el sueldo del cargo que desempeña temporalmente, a no ser que deba percibirlo el titular del mismo, sin embargo, la demandada no explicó la razón por la cual encargó durante tanto tiempo de las funciones consulares a la demandante, sin cumplir con la ley que regula el encargo, más aún sin contar con la autorización de la CNSC para esos efectos. Al respecto, destacó que si, como lo sostiene la demandada, no se le podía cancelar la remuneración a la demandante porque el titular del cargo estaba recibiendo el sueldo, se debió demostrar que durante los encargos hechos

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 110013335010-2013-00739-02
Demandante: Blanca Mirian Medina Sánchez
Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores
Asunto: Sentencia de Segunda Instancia

a ella, también canceló las remuneraciones propias del cargo a los titulares a quienes el demandante remplazó en el ejercicio de sus funciones.

Precisó que la entidad demandada violó derechos fundamentales de la demandante, como el del trabajo en condiciones dignas y justas, habida cuenta que la explotó por muchos años al recargar su trabajo con los encargos y no reconocerle la justa y merecida retribución por sus servicios. Además, si bien es cierto los prolongados y reiterados encargos hechos a la demandante de funciones consulares se efectuaron por la necesidad del servicio, la administración no puede aprovecharse de esas necesidades del servicio para violar la ley ni para desconocer los principios mínimos fundamentales de la Constitución y mucho menos para sacar provecho irregular del trabajo de aquélla.

Añadió que en el *sub lite* la demandante desempeñó, por encargo, las funciones consulares, mismas que actualmente están a cargo del Primer Secretario de Relaciones Exteriores, y aun cuando ella reunía los requisitos para ese cargo y que la anterior embajadora solicitó en reiteradas oportunidades que la nombraran a ella, fue a otra persona a quien nombraron en provisionalidad después de más de dos años, lo cual implica que la demandante desempeñó, de hecho, el cargo en comento, teniendo atribuidas todas las obligaciones y responsabilidades de dicho cargo, más las de auxiliar, precisando que los encargos realizados por la demandante se efectuaron sobre cargos vacantes, en un primer momento por un traslado y en la segunda ocasión por renuncia de los titulares.

En consecuencia, la falta de nombramiento en propiedad o provisionalidad del Primer Secretario (antes Segundo Secretario de Relaciones Exteriores) y los reiterados encargos a la demandante no pueden constituirse en el argumento para que a ella se hubiese recargado su trabajo bajo la justificación de las necesidades del servicio, de ahí que si se requería de alguien que desempeñara las funciones consulares, debió cumplirse la ley, nombrarlo conforme a derecho y no abusar de la figura del encargo con detrimento de los derechos de la demandante.

Finalmente, adujo que la asignación de funciones consulares a la demandante, como lo hizo la entidad demandada, no existe dentro del ordenamiento legal y fue un procedimiento irregular en la medida que no podía ser arbitraria, desproporcionada, mayor de tres meses y menos si no se remuneraba el verdadero trabajo o función desempeñada.

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
 Radicación: 110013335010-2013-00739-02
 Demandante: Blanca Mirian Medina Sánchez
 Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores
 Asunto: Sentencia de Segunda Instancia

Con sustento en lo previamente expuesto, solicitó se revoque la sentencia de primera instancia y se acceda a las súplicas de la demanda.

V. TRÁMITE ADELANTADO EN SEGUNDA INSTANCIA

De conformidad con lo previsto en el artículo 247 del CPACA, una vez admitido el recurso de apelación mediante auto del 19 de octubre de 2017 (fl. 221), se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión por escrito a través de auto del 21 de noviembre de 2017 (fl. 223), sin pronunciamiento del Ministerio Público. A su vez, la **parte demandante** (fls. 227-231) y la **entidad demandada** (fls. 234-235) reiteraron la argumentación expuesta en su recurso de apelación y contestación a la demanda, respectivamente.

VI. CONSIDERACIONES

Revisado el expediente sin que se adviertan causales de nulidad, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia, que denegó las pretensiones de la demanda.

1. Problema jurídico. La Sala destaca que el objeto del presente recurso de apelación se circumscribe en determinar si, de conformidad con las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso, el acto administrativo demandado, mediante el cual se negó a la demandante una solicitud tendiente al reconocimiento y pago de la diferencia salarial que se presenta entre lo percibido por su trabajo como Técnico Administrativo 8 PA o Auxiliar de Misión Diplomática Código 4850 Grado 23 y lo que le correspondía por los encargos de las funciones consulares en la embajada en Kenia, se encuentra debidamente ajustado al ordenamiento jurídico, tal y como lo dictaminó el Juzgado de primera instancia, o, por el contrario, lo transgrede puesto que se desconocieron una serie de disposiciones y principios laborales, tales como la primacía de la realidad sobre las formalidades y una remuneración proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, entre otros.

2. Fundamento normativo. De entrada debe advertirse que de acuerdo a lo dispuesto por la Resolución N° 3736 de 2011, proferida por el Ministerio de Relaciones Exteriores, “*por la cual se reglamentan las situaciones administrativas y se dictan otras disposiciones para la administración de personal en el Ministerio de Relaciones Exteriores*”, la figura del encargo dentro de dicha entidad se encuentra reglamentada en los siguientes términos:

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 110013335010-2013-00739-02
Demandante: Blanca Mirian Medina Sánchez
Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores
Asunto: Sentencia de Segunda Instancia

Artículo 17. Encargo. Hay encargo cuando se designa temporalmente a un servidor del Ministerio de Relaciones Exteriores para asumir las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular, separándose o no de las propias de su cargo.

Como se puede observar, la figura del encargo dentro del MRE se origina cuando a efectos de suplir una vacante, ya sea por falta temporal o definitiva de determinado empleo, se nombra a un servidor de esa entidad para que asuma las funciones de dicho cargo, lo cual genera el derecho a que, de acuerdo al artículo 18 *ibidem* e independientemente a que sea separado o no de las funciones propias de su cargo, se le remunere la diferencia salarial respecto del empleo que cubre el encargo. Al respecto, el artículo en comento establece:

Artículo 18. Las vacancias temporales o definitivas de los cargos en el Ministerio de Relaciones Exteriores podrán ser provistas mediante encargo. El servidor público encargado tendrá derecho mientras dure el encargo, a percibir la diferencia de la remuneración señalada para el empleo que desempeña temporalmente, siempre y cuando el titular no la esté devengando.

El cargo del cual se encarga puede ser de superior, igual o inferior categoría.

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

Así mismo, cabe anotar que el artículo 19 de la resolución bajo análisis también regula lo concerniente a la duración del encargo dentro del Ministerio de Relaciones Exteriores, para lo cual establece:

Artículo 19. Duración. La duración del encargo está condicionada a la suerte de la vacancia a proveer, así:

1. Si se trata de proveer una vacancia temporal el encargado solo podrá desempeñar el cargo hasta por el término de ésta.
2. Si se trata de proveer una vacancia definitiva el encargado solo podrá desempeñar el cargo hasta cuando el mismo sea provisto por nombramiento o encargo.

Así las cosas, de acuerdo a lo previsto por la anterior disposición, se encuentra que en los encargos a proveerse en el Ministerio de Relaciones Exteriores no existe un límite de tiempo, puesto que de manera expresa el artículo 19.2 determina que dicha figura, en tratándose de una vacante definitiva del empleo, durará hasta tanto la misma sea provista mediante nombramiento o nuevo encargo.

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
 Radicación: 110013335010-2013-00739-02
 Demandante: Blanca Mirian Medina Sánchez
 Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores
 Asunto: Sentencia de Segunda Instancia

No obstante, es del caso destacar que de acuerdo a lo planteado en uno de los actos administrativos que resolvió encargar a la demandante de las funciones consulares de Colombia en Nairobi, esto es, la Resolución N° 336 del 28 de enero de 2011 (fl. 104), así como lo esbozado en la demanda y en el recurso de apelación, se encuentra que la aludida figura está regulada por el Decreto 1950 de 1973, “*por el cual se reglamentan los Decretos-Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil*”, la cual determina en su artículo 34 lo siguiente:

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

A su vez, en lo concerniente a la duración del encargo, es del caso señalar que a diferencia de lo establecido por la previamente referida Resolución 3736 de 2011, la cual limita en el tiempo dicha figura, el aludido Decreto 1950 de 1973 determina que de suscitarse vacantes definitivas el encargo no puede superar los tres (3) meses, pues su artículo 35 establece:

Artículo 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 éste y recuperará la plenitud de las del empleo del cual es titular, si no lo estaba desempeñando simultáneamente.

En consecuencia, teniendo en cuenta la disposición normativa previamente transcrita, cabe interrogarse en torno a la situación administrativa del empleado que una vez vencido el término de tres (3) meses en comento no le fue suplida la vacancia definitiva que aquél cubría en encargo, pues continuó ejerciendo el empleo del que fue encargado. Al respecto, cabe anotar que de acuerdo a lo expuesto por el demandante, tanto en la demanda como en su recurso de apelación, así como lo esbozado en la sentencia de primera instancia, lo que se suscita frente a ese tipo de casos es la figura del **funcionario de hecho**.

Bajo ese entendido, a efectos de abordar el *sub examine* bajo la óptica del aludido fenómeno del funcionario de hecho, resulta importante anotar que, de acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de Estado, para su configuración deben acreditarse

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 11001335010-2013-00739-02
Demandante: Blanca Mirian Medina Sánchez
Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores
Asunto: Sentencia de Segunda Instancia

una serie de requisitos, mismos que se relacionan a continuación a través del siguiente pronunciamiento de dicha Corporación¹:

(P)ara que un particular ostente la calidad de funcionario de hecho deben concurrir los siguientes requisitos: (i) que exista el empleo dentro de la planta de personal de la entidad; (ii) que las funciones sean ejercidas irregularmente y; (iii) que además de ello las cumpla del mismo modo como lo haría un funcionario público.

También puede predicarse la existencia del funcionario de hecho cuando la persona ejerza funciones públicas con la anuencia y permiso de las autoridades encargadas de controlar e impedir esta clase de situaciones².

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

En conclusión: Además de las tres clases de vinculación con el Estado que existen y que se enunciaron en el acápite primero de esta providencia, existe otro tipo de vinculación excepcional y anormal a la que se le ha denominado “funcionario de hecho”.

Para que se dé esta última clase de vinculación es necesario acreditar entonces: (i) la existencia del cargo público; (ii) el ejercicio de las funciones de forma irregular (sin que medie nombramiento o elección según el caso, ni posesión o que estos ya no estén vigentes) y; (iii) que se ejerzan las funciones en las mismas condiciones en las que lo haría un funcionario de planta de la entidad.

Además puede predicarse la existencia del funcionario de hecho cuando la persona ejerza funciones públicas con la anuencia y permiso de las autoridades encargadas de controlar e impedir esta clase de situaciones.

De manera más reciente y en similar sentido al anterior pronunciamiento, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo respecto a la misma figura del funcionario de hecho tuvo la oportunidad de precisar³:

En el caso de los funcionarios de hecho, cabe advertir que cuando se hace mención a funciones ejercidas de manera irregular, ello hace referencia, a que la persona que las cumple no se vinculó al servicio con el lleno de los requisitos para que se cree una relación legal o reglamentaria, o no existe nombramiento ni elección según el tipo de cargo, ni tampoco existe posesión.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ, Bogotá, D. C., abril veintisiete (27) de dos mil dieciséis (2016). SE 038. Radicación número: 05001-23-31-000-2011-01297-01(2272-15).

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sub Sección A. Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Bogotá, D.C., trece (13) de febrero de dos mil catorce (2014). Radicación número: 05001-23-31-000-2003-01050-01(1943-12). Actor: Bertulio de Jesús Pavas Patiño. Demandado: Municipio de La Ceja del Tambo – Antioquia.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, Bogotá D.C., dieciocho (18) de mayo de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 85001-23-31-000-2012-00014-01(1946-14).

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 110013335010-2013-00739-02
Demandante: Blanca Mirian Medina Sánchez
Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores
Asunto: Sentencia de Segunda Instancia

De lo anterior, es dable concluir que para que se configure el funcionario de hecho, es necesario que: i) exista el empleo dentro de la planta de personal de la entidad; ii) que las funciones sean ejercidas irregularmente; y, iii) que las cumpla de la misma forma, como lo haría un funcionario público. Adicionalmente se puede hablar de funcionario de hecho cuando la persona ejerza funciones públicas con la anuencia de las autoridades encargadas de controlar e impedir que se presenten esta clase de situaciones.

Como se puede observar, de acuerdo a los pronunciamientos previamente transcritos, para la figura del funcionario de hecho se parte del presupuesto de estar frente a un particular que ejerce la función pública sin que cuente con el lleno de los requisitos para que cuente con una relación legal y reglamentaria, de ahí que para considerarlo un funcionario de hecho se requiere: i) la existencia del cargo público; ii) el ejercicio de las funciones de forma irregular (sin que medie nombramiento o elección según el caso, ni posesión o que estos ya no estén vigentes) y; iii) que se ejerzan las funciones en las mismas condiciones en las que lo haría un funcionario de planta de la entidad. Todo lo anterior bajo la plena anuencia de la administración.

Así las cosas, conforme a lo previamente expuesto, se encuentra que en el presente asunto no es factible sostener la existencia de un funcionario de hecho toda vez que, en primer lugar, la demandante no se trataba de un particular, sino que en todo momento ostentó la calidad de empleada pública, esto es, Técnico Administrativo 8 PA (fl. 103) y Auxiliar de Misión Diplomática Código 4850 Grado 23 (fl. 104); y, en segundo lugar, respecto al requisito de ejercer las funciones de forma irregular, la Sala debe señalar que en el *sub lite* no se presenta dicha situación, debido a que el ejercicio de la demandante de un cargo distinto al que le correspondía y respecto del cual se reclama su remuneración, se produjo no por una circunstancia de hecho sino en virtud de la figura administrativa del encargo; todo lo cual desvirtúa la posibilidad de la figura del funcionario de hecho.

Por estos motivos, al determinarse que el asunto bajo análisis, contrario a lo planteado por el demandante y la *a quo* en el fallo apelado, no puede abordarse desde la figura del funcionario de hecho, la Sala considera que en consideración a que lo pretendido en la demanda busca el pago de una diferencia salarial por motivo del ejercicio de un empleo de mayor jerarquía en encargo respecto del propio, es factible concluir que las súplicas del libelo introductorio propenden por una nivelación salarial.

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 110013335010-2013-00739-02
Demandante: Blanca Mirian Medina Sánchez
Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores
Asunto: Sentencia de Segunda Instancia

Al respecto, es pertinente destacar que la Constitución Política ya desde su artículo 25⁴ establece el derecho a que toda persona trabaje en condiciones justas, siendo este un presupuesto que sustenta la validez del principio laboral correspondiente “*a trabajo igual salario igual*”, puesto que, en principio, no resulta equitativo que dos personas que desarrollen las mismas labores (una en propiedad y la otra en encargo) sean retribuidos de manera distinta.

Así mismo, es pertinente resaltar que la Constitución Política en su artículo 53⁵ enunció una serie de principios laborales que debían ser considerados por el Congreso de la República al momento que dictare el correspondiente estatuto o código laboral, mismos principios que orientan la aplicación e interpretación de las normas laborales y entre los cuales figuran los de una “*remuneración proporcional a la cantidad y calidad de trabajo*” y la “*primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales*”, sobre los cuales debe advertirse que también encuentra sustento el ya aludido principio de “*a trabajo igual salario igual*”, toda vez que de no percibirse una retribución salarial proporcional a la misma cantidad y calidad de labores desarrolladas por otra persona que ejerza idénticas actividades, so pretexto de aspectos formales sobre la vinculación del afectado con ese trato discriminatorio, como lo sería el encargo, indefectiblemente se afecta el aludido principio de la igualdad laboral en comento.

En consecuencia, de encontrarse asuntos en que dos personas desarrollan las mismas laborales pero obtienen distinta remuneración, debe propenderse por ajustar esa desigualdad laboral a fin de que quien se vea afectado con un salario menor al que percibe su par laboral, aquél obtenga la misma retribución de sus labores, para lo cual resulta indispensable acreditar los siguientes requisitos: **1)** Cumplir las mismas funciones o ejercer el mismo cargo sobre quien se pretende la nivelación salarial; **2)** tener las mismas responsabilidades y categoría del empleo a nivelar; y **3)** reunir los requisitos para el desempeño de ese cargo. Al respecto, es importante destacar que el Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de señalar⁶:

⁴ **Artículo 25.** El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.

⁵ **Artículo 53.** El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

(R)emuneración (...) proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; (...)

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ. Bogotá, D. C., veintisiete (27) de octubre dos mil dieciséis (2016). SE: 113. Radicación número: 76001-23-31-000-2005-03767-01(3998-14).

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
 Radicación: 110013335010-2013-00739-02
 Demandante: Blanca Mirian Medina Sánchez
 Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores
 Asunto: Sentencia de Segunda Instancia

De tiempo atrás la jurisprudencia ha señalado que el empleado público que pretenda el reconocimiento de la nivelación salarial, debe acreditar que cumplió las mismas funciones asignadas al cargo del cual reclama el salario, que tiene idénticas responsabilidades y categoría del empleo y además, que reúne los requisitos que se exigen para ocuparlo. Cumplidos estos presupuestos, es posible emplear el principio de «*a trabajo igual, salario igual*» establecido en el artículo 53 de la Constitución Política de 1991.

Respecto a la aplicación de este precepto, la Corte Constitucional se pronunció de la siguiente manera:

«[...] En estas condiciones, “el patrono no puede fijar de manera arbitraria los salarios de sus empleados, preferir o discriminar a algunos de ellos, hallándose todos en igualdad de condiciones”. Sin embargo, es preciso advertir que la igualdad predicada obedece a criterios objetivos y no meramente formales, aceptando entonces homogeneidad entre los iguales, pero admitiendo también diferenciación ante situaciones desiguales...”

(...)

7.- Respecto del tema específico de la igualdad en materia salarial, ya la Corte se pronunció para determinar los eventos en los cuales ella debe ser igual entre dos trabajadores. Esto ocurre cuando se reúnen los siguientes presupuestos fácticos: **i) ejecutan la misma labor, ii) tienen la misma categoría, iii) cuentan con la misma preparación, iv) coinciden en el horario y, finalmente, cuando (v) las responsabilidades son iguales** [...]»⁷

La sección por su parte ha señalado en casos similares al aquí tratado⁸:

*«[...] En este orden de ideas, para obtener el reconocimiento del salario de Médico Especialista Grado 40, le correspondía al demandante **acreditar fehacientemente que ejecutaba la misma labor, tenía la misma categoría, contaba con la misma preparación y tenía las mismas responsabilidades de un empleado vinculado a dicho cargo, lo cual no aparece acreditado dentro del proceso.***

(...)

Recalca la Sala que **las exigencias para ocupar ambos cargos varían en cuanto la experiencia profesional requerida, siendo que es la misma norma la que trae una distinción particular dentro de estos perfiles, siendo esta razón más que suficiente para justificar un trato desigual en las asignaciones salariales para uno y otro, puesto que no se trata de dos cargos que están en igualdad de**

⁷ Sentencias T- 027 de 1997, SU-111 de 1997 y T-272 de 1997 Corte Constitucional. Esta corporación también señaló al respecto en la sentencia del 19 de julio de 2007 radicado 454 A-2007 con ponencia del doctor Humberto Sierra Porto lo siguiente: «[...] Al respecto, se ha afirmado que "en materia salarial, **si dos o más trabajadores ejecutan la misma labor, tienen la misma categoría, igual preparación, los mismos horarios e idénticas responsabilidades, deben ser remunerados en la misma forma y cuantía**, sin que la predilección o animadversión del patrono hacia uno o varios de ellos pueda interferir el ejercicio del derecho al equilibrio en el **salario**, garantizado por la Carta Política en relación con la cantidad y calidad de **trabajo**" Sentencia SU-519 de 1997[...]» (Subraya y negrilla de la Sala).

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Bogotá D.C. 13 de febrero de 2014. Radicación 05001-23-31-000-2006-02895-01(0042-12). Actor: Efraín Alberto Cruz Cena. Demandado: Instituto De Seguros Sociales. Ver también la siguiente sentencia Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Bogotá D.C., veintiuno (21) de febrero de dos mil trece (2013). Expediente: 050012331000200303588 01. Número Interno: 2343-2012. Autoridades departamentales. Actor: Luis Enrique Henao Tobón.

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 110013335010-2013-00739-02
Demandante: Blanca Mirian Medina Sánchez
Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores
Asunto: Sentencia de Segunda Instancia

características, puesto que uno tiene exigencias más gravosas que el otro, por lo tanto, la escala salarial de uno no será igual al de otro [...].».

Conforme a lo expuesto, debe concluirse que quien pretenda la nivelación salarial porque considera que la función que cumple resulta equiparable a la de otro funcionario que se remunera con mayor salario, debe acreditar que cumplía las mismas funciones que este y que contaba con la misma preparación, además de acreditar los requisitos que exige el empleo.

En similar sentido, la Corte Constitucional, en relación a la nivelación salarial, ha establecido⁹:

6. El principio “a trabajo igual, salario igual” – Reiteración jurisprudencial

Independientemente de si la relación laboral se desarrolla en el sector público o privado, debe ser justa y digna por orden expresa de la Constitución, que en su artículo 25 dispone: “*El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas*”.

Del segundo de estos requisitos –justicia– se desprende el principio “a trabajo igual, salario igual”. Éste corresponde a la **obligación para el empleador de proporcionarles a sus trabajadores una remuneración acorde con las condiciones reales del trabajo**. Es decir, una que provenga de la observación de elementos objetivos y no de consideraciones subjetivas, caprichosas o arbitrarias. Así pues, **quienes ocupan el mismo cargo, desarrollan las mismas funciones y demuestran tener las mismas competencias o habilidades para cumplir con la tarea que se les ha encomendado, deben percibir la misma remuneración, toda vez que no existen, en principio, razones válidas para tratarlos de forma distinta**.

No obstante lo anterior, **no toda desigualdad salarial entre sujetos que ostentan las mismas características constituye una vulneración de la Constitución, pues un trato diferente sólo se convierte en discriminatorio y, en esta medida, es reprochado cuando no obedece a causas objetivas y/o razonables**. El trato desigual que está fundamentado en criterios constitucionalmente válidos es conforme a la Carta y, por ende, está permitido.

Teniendo esto en cuenta, la Corte ha sostenido que para acreditar la vulneración del principio “a trabajo igual, salario igual”, primero debe estarse ante dos (2) o más sujetos que **al desempeñar las mismas funciones y estar sometidos al mismo régimen jurídico de exigencias de cualificación para el empleo, son comparables y, no obstante ello, reciben una remuneración diferente**.

Seguidamente, el Tribunal ha indicado que se deben analizar las razones por las cuales existe la desigualdad, a efectos de determinar si ellas cuentan con un respaldo constitucional y si son lo suficientemente poderosas como para limitar el derecho fundamental a la igualdad.

Respecto a los **criterios válidos que pueden justificar una diferenciación salarial, la jurisprudencia constitucional ha permitido, entre otros, los siguientes: (i) criterios objetivos de evaluación y desempeño; (ii) diferencias de la estructura institucional de las dependencias públicas en**

⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-369/16. Magistrada ponente: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA. Bogotá D.C., doce (12) de julio de dos mil dieciséis (2016).

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
 Radicación: 110013335010-2013-00739-02
 Demandante: Blanca Mirian Medina Sánchez
 Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores
 Asunto: Sentencia de Segunda Instancia

que se desempeñan cargos que se muestran *prima facie* análogos; y (iii) distinta clasificación de los empleos públicos, a partir de la cual se generan diferentes escalas salariales, que responden a cualificaciones igualmente disímiles para acceder a dichos empleos. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Con sustento en el anterior pronunciamiento, es factible sostener que aquellos trabajadores que ocupan un mismo cargo, y adicionalmente desarrollan las mismas funciones y cuentan con las mismas calidades para el desarrollo de esa labor indefectiblemente deben recibir una misma remuneración. No obstante, pueden suscitarse criterios objetivos y/o razonables que validan esa diferenciación salarial siempre que: 1) Recaigan sobre la evaluación y desempeño del empleado; 2) existan diferencias en la estructura institucional de las dependencias públicas en que se desempeñan cargos que se muestran *prima facie* análogos; y 3) se presente distinta clasificación de los empleos públicos, a partir de la cual se generan diferentes escalas salariales, que responden a cualificaciones igualmente disímiles para acceder a dichos empleos.

Así las cosas, para cada caso concreto, el interesado en obtener la nivelación salarial, en razón de verse afectado en su remuneración, por la afectación del principio de “*a trabajo igual salario igual*”, deberá acreditar que cumplió las mismas funciones, se encontraba sometido a idénticas responsabilidades y, adicionalmente, contaba con los requisitos para el ejercicio del cargo sobre el cual pretende sea nivelado su salario. Sin embargo, de presentarse motivos razonables que justifiquen esa discriminación, como los enunciados en el párrafo anterior, no resultará procedente la aludida nivelación.

3. Fundamento fáctico. Al expediente se allegaron como pruebas relevantes las siguientes:

- Oficio N° S-GNPS-13-015444 del 6 de mayo de 2013, proferido por el MRE, mediante el cual negó a la demandante una solicitud tendiente al reconocimiento y pago de una diferencia salarial (fls. 2-3).
- Escrito de derecho de petición planteado por la parte demandante ante la entidad demandada el 13 de marzo de 2013, a través del cual solicitó el reconocimiento y pago de una diferencia salarial entre lo percibido como Técnico Administrativo 8PA y lo que le correspondía por los encargos como servidora pública con funciones consulares en la Embajada de Colombia en Kenia (fls. 4-7).

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 110013335010-2013-00739-02
Demandante: Blanca Mirian Medina Sánchez
Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores
Asunto: Sentencia de Segunda Instancia

- Copia de Resolución Nº 825 del 28 de febrero de 2005, mediante la cual el MRE nombró a la demandante en el cargo de Técnico Administrativo 8 PA (fl. 8).
- Copia de la Resolución Nº 4993 del 23 de diciembre de 2009, mediante la cual el MRE, entre otras disposiciones, incorpora a la demandante en la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Kenia (fls. 9-12).
- Copia de la Resolución Nº 498 del 2 de febrero de 2009, a través del cual el MRE encargó de funciones consulares a la demandante por el término de tres (3) meses y/o mientras se designa y poseciona el nuevo titular (fls. 13 y 103).
- Copia de la Resolución Nº 332 del 21 de enero de 2009, mediante la cual, por motivo de unas vacaciones, se encarga a la demandante de los archivos de la Embajada de Colombia en Kenia (fl. 14).
- Copia de la Resolución Nº 336 del 28 de enero de 2011, mediante la cual se encargó de funciones consulares a la demandante a partir del 1 de febrero de 2011 mientras se designa y poseiciona el nuevo titular (fls. 15 y 104).
- Copias de memorial suscrito por la demandante y dirigido al Director de Talento Humano del MRE, con fecha de 6 de marzo de 2012, a través del cual pone al tanto de las circunstancias relacionadas con el ejercicio de las funciones consulares que le fueron encargadas, así como la consecuencial necesidad de ser nombrada como Segundo Secretario de Relaciones Exteriores (fls. 16-18), así como el acuse de recibo del aludido memorial (fl. 19).
- Constancia laboral proferida por el MRE el 14 de febrero de 2013, en relación a las funciones ejercidas por la demandante (fls. 20-21).
- Copia de memorial suscrito por la demandante y dirigido a la Embajadora en Kenia, con fecha de 3 de julio de 2009, a través del cual pone al tanto de las circunstancias relacionadas con el ejercicio de las funciones consulares que le fueron encargadas (fls. 24-25).
- Copia de Cédula de Ciudadanía de la demandante (fl. 26).
- Copia de la Resolución Nº 3273 del 2 de agosto de 2010, mediante la cual, por motivo de unas vacaciones, se encarga a la demandante de las funciones consulares de la Embajada de Colombia en Kenia (fl. 105).
- Copia de la Resolución Nº 2449 del 21 de junio de 2010, mediante la cual, por motivo de una comisión, se encarga a la demandante de las funciones consulares de la Embajada de Colombia en Kenia (fl. 106).
- Certificación laboral proferida por el MRE el 28 de mayo de 2015, mediante la cual se da constancia de los nombramientos y las funciones ejercidas por la demandante al servicio de esa entidad (fls. 109-110).

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 110013335010-2013-00739-02
Demandante: Blanca Mirian Medina Sánchez
Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores
Asunto: Sentencia de Segunda Instancia

- Copia de los antecedentes administrativos de la demandante al servicio de la entidad demandada (Cuaderno de Pruebas).

4. Caso concreto. Del material probatorio recaudado dentro del presente proceso, se acreditó que la demandante ingresó al servicio de la entidad demandada en el cargo de Auxiliar Administrativo 7PA, laborando en el mismo del 28 de enero de 1994 al 1º de julio de 1996, posteriormente se desempeñó como Técnico Administrativo 8 PA a partir del 30 de mayo de 2005, para posteriormente desempeñarse como Auxiliar de Misión Diplomática Código 4850 Grado 23; con la precisión que todos los cargos previamente aludidos fueron al servicio de la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Kenia (fls. 109-110).

Ahora bien, debe destacarse que la demandante durante el desempeño de los cargos previamente aludidos, fue encargada por la entidad demandada, en distintas oportunidades, de funciones propias de otros empleos, mismos que en su oportunidad se encontraban vacantes, ya sea en forma definitiva o temporal; siendo esa una situación sobre la cual debe anotarse que al recaer expresamente las pretensiones de la demanda respecto a dos períodos en los cuales se aduce que la demandante cubrió en encargo unas vacantes, estos son, los comprendidos entre el 2 de febrero de 2009 y el 1º de enero de 2010, y el 1º de febrero de 2011 y el 1º de abril de 2013 (fl. 28), la Sala únicamente realizará el análisis de nivelación salarial correspondiente frente a dichos períodos.

Así las cosas, se encuentra que efectivamente, tal y como se plantea en la demanda, a través de la Resolución Nº 498 del 2 de febrero de 2009, el MRE **encargó** a la demandante, en su calidad de Técnico Administrativo 8 PA, **de las funciones consulares** de Colombia en Nairobi (fl. 103), siendo ese un encargo que, de acuerdo a lo expuesto en el hecho 6 la demanda, se extendió hasta el 4 de enero de 2010 (fl. 29). Así mismo, se encuentra que, en virtud de la Resolución Nº 336 del 28 de enero de 2011, la demandante, en su condición de Auxiliar de Misión Diplomática Código 4850 Grado 23, **fue encargada nuevamente de las funciones consulares** de Colombia en Nairobi a partir del 1º de febrero de 2011 (fl. 104), lo cual se extendió hasta el 2 de abril de 2013, de acuerdo a lo narrado en el hecho 11 de la demanda (fl. 29).

En ese estado de cosas, una vez relacionados los períodos sobre los cuales se aduce en el libelo introductorio que la demandante no sólo ejerció el encargo de

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 11001335010-2013-00739-02
Demandante: Blanca Mirian Medina Sánchez
Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores
Asunto: Sentencia de Segunda Instancia

funciones consulares sino que se trató de un encargo para desempeñar el empleo de Segundo Secretario de Relaciones Exteriores Código 2114 Grado 15, y con base en lo cual se reclama en la demanda el derecho a la remuneración por el ejercicio del último empleo en comento, resulta pertinente resaltar que para la procedencia de esa nivelación salarial debe acreditarse el cumplimiento de los requisitos de ejercer el mismo cargo o el desarrollo de las mismas funciones del empleo sobre el cual se pretende la nivelación, así como encontrarse sujeto a las mismas responsabilidades y cumplir adicionalmente los requisitos para ejercer el aludido empleo.

En consecuencia, en este estado resulta pertinente relacionar las funciones del empleo sobre el cual se busca la nivelación salarial y sobre las cuales la demandante debe acreditar su cumplimiento. Para esos efectos debe señalarse que de conformidad con lo dispuesto en la Resolución 5697 de 2006, proferida por el MRE, “*por medio de la cual se establece el Manual Específico de Funciones y Requisitos de los diferentes cargos en la planta externa de personal del Ministerio de Relaciones Exteriores*”, las funciones que corresponden al aludido cargo, esto es, Segundo Secretario, son las siguientes:

2. DESCRIPCION DE FUNCIONES:

1. Colaborar en el desarrollo de las acciones que deban adoptarse para el logro de los objetivos y las metas propuestas.
2. Realizar estudios e investigaciones tendientes al logro de los objetivos, planes y programas de la Misión y preparar los informes respectivos, de acuerdo con las instrucciones recibidas.
3. Participar en la elaboración y ejecución de los programas y proyectos, requeridos por la Misión para la ejecución normal de las funciones.
4. Mantener actualizada y organizada la documentación relativa a los temas de la Misión e informar oportunamente sobre su contenido al Jefe Inmediato.
5. Colaborar en la recopilación de la información requerida para la atención de las solicitudes formuladas a la Misión.
6. Colaborar en el suministro de la información que le sea solicitada por el Jefe Inmediato.
7. Elaborar los informes que le sean solicitados acerca de la gestión de la Misión.
8. Las demás que le sean asignadas o que por su naturaleza sean afines con las descritas para este cargo.

Anterior relación de funciones que la parte demandante se encontraba en la obligación de acreditar que efectivamente fueron cumplidas en su integridad, para

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 110013335010-2013-00739-02
Demandante: Blanca Mirian Medina Sánchez
Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores
Asunto: Sentencia de Segunda Instancia

así demostrar con uno de los presupuestos para la procedencia del reconocimiento y pago de la diferencia salarial reclamada, en el sentido de acreditar que no se trató un simple encargo de funciones sino el ejercicio pleno del empleo. No obstante lo anterior, es importante destacar que en el *sub iudice* no se solicitó, decretó ni practicó prueba alguna que acredite que las aludidas funciones del cargo de Segundo Secretario fueron ejercidas plenamente por la demandante, pues en lo que se enfatizó en el decurso del proceso fue simplemente en que la demandante cumplió con las funciones consulares que le fueron encargadas por la demandada, más no se realizó mayor esfuerzo jurídico ni probatorio tendiente a acreditar el ejercicio de las demás funciones que le eran exigibles respecto del cargo sobre el cual se pretende el pago de la diferencia salarial.

Sin perjuicio de lo anterior, debe anotarse que si bien no se desconoce que la demandante ejerció las funciones consulares durante los períodos en que se presentó el encargo de dichas labores, tal y como se determinó en las Resoluciones Nº 498 del 2 de febrero de 2009 y 336 del 28 de enero de 2011, esa sola circunstancia no resulta suficiente para que pueda considerarse que aquélla también cumplió las demás labores que le eran exigibles en torno al cargo de Segundo Secretario, puesto que, como se puede observar de las funciones previamente transcritas, la mayoría de ellas refieren más a funciones administrativas que propiamente consulares.

En consecuencia, se evidencia que al no demostrarse que la demandante ejerció las mismas funciones que desempeñaba la persona que ejercía el cargo respecto del cual se pretende la nivelación salarial y, así mismo, por no encontrarse sujeta al mismo régimen de responsabilidades que le era exigible, se arrima a la conclusión que a la demandante no le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la diferencia salarial que reclama en su demanda.

5. Conclusión. Las anteriores consideraciones son suficientes para concluir que en el presente asunto no fue desvirtuada la presunción de legalidad del acto administrativo demandado, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de la diferencia salarial reclamada por la demandante en relación al cargo de Segundo Secretario de Relaciones Exteriores Código 2114 Grado 15 de la planta de personal de la entidad demandada, motivo por el cual se confirmará la sentencia de primera instancia, a través de la cual se negaron las súplicas de la demanda, pero por las razones expuestas en esta providencia, puesto que el

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 110013335010-2013-00739-02
Demandante: Blanca Mirian Medina Sánchez
Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores
Asunto: Sentencia de Segunda Instancia

análisis del sub lite no puede abordarse desde la figura del funcionario de hecho, tal y como se analizó en el fundamento normativo de esta providencia.

6. Condena en costas. No se condenará en costas de segunda instancia, en virtud a la posición mayoritaria de esta Sala de no hacerlo, cuando no se verifique conducta dilatoria, temeraria o de mala fe del recurrente, advirtiendo que el Magistrado Ponente es de la posición de condena en costas frente al recurrente cuando la sentencia de primera instancia se confirma en todas sus partes, en los términos de los artículos 188 del CPACA y 365 numeral 3 del C. G. del P.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “A”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VII. FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida en escrito el 25 de julio de 2017 por el Juzgado Cuarenta y Ocho Administrativo del Circuito de Bogotá, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho adelantado por la señora Blanca Mirian Medina Sánchez contra el Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda, pero por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas, por lo antes expuesto.

TERCERO: Por Secretaría, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y déjense las constancias de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Aprobado en sesión realizada en la fecha.

NÉSTOR JAVIER CALVO CHAVES
Magistrado

CARMEN ALICIA RENGIRO SANGUINO JOSE MARÍA ARMENTA FUENTES
Magistrada Magistrado