



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A**

CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D. C., seis (6) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Radicado: 25000 23 42 000 2016 01550 01 (0729-2019)
Demandante: EDUARDO ALONSO RODRÍGUEZ
Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE RELACIONES
EXTERIORES

Tema: Encargo de funciones consulares.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA- LEY 1437 DE 2011

ASUNTO

La Sala de la Subsección A del Consejo de Estado, decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 5 de julio de 2018 proferida el Tribunal Administrativo de Cundinamarca¹ que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA²

El señor Eduardo Alonso Rodríguez actuando por conducto de apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, demandó a la Nación - Ministerio de Relaciones

¹ Sección Segunda- Subsección "B", magistrado ponente: Luis Gilberto Ortega Ortégón.

² Folios 26-36



Exteriores en procura de obtener el reconocimiento y pago de las siguientes declaraciones y condenas:

1.1. Pretensiones

(i) La nulidad del **Oficio S-DITH- 15-109833 de fecha de noviembre de 2015**, proferido por el director de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores, por medio del cual se negó una petición de pago de diferencia salarial al demandante.

(ii) Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la entidad demandada a reconocer y pagar los salarios que legalmente corresponden a las funciones de “cónsul” de Colombia en Santo Domingo de los Colorados, Ecuador, por el periodo comprendido entre el 10 de mayo de 2004 hasta el 12 de septiembre de 2005.

(iii) Igualmente, pagar todos los factores salariales y prestacionales a que haya lugar tales como cesantías, intereses de cesantías, primas legales y extralegales, vacaciones, viáticos, gastos de representación, sanciones por no pago oportuno de salarios y prestaciones, aportes a la seguridad social y demás derivadas de la relación laboral, en virtud del «encargo» y cumplimiento de funciones como cónsul de Colombia en Santo Domingo de los Colorados, Ecuador, por el periodo comprendido entre el 10 de mayo de 2004 hasta el 12 de septiembre de 2005.

(iv) Reconocer y pagar la sanción por no pago de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

(v) Se condene a la entidad demandada al pago de los gastos, costas y agencias en derecho.



1.2. Fundamentos fácticos.

Como fundamentos fácticos expuso lo siguiente:

(i) Mediante Resolución No. 0123 del 16 de enero de 2002, el demandante fue nombrado en el cargo de auxiliar administrativo 7 PA, en el Consulado de Colombia en Santo Domingo de los Colorados, en la República de Ecuador.

(ii) Indicó que mediante Resolución No. 1491 del 10 de mayo de 2004, el actor fue encargado de las «funciones consulares de Colombia en Santo Domingo de los Colorados, Ecuador».

(iii) El encargo de funciones consulares se prolongó en el tiempo hasta el 12 de septiembre de 2005, siendo suspendido únicamente del 18 de marzo al 12 de abril de 2005, en virtud de lo ordenado en la Resolución No. 0574 del 11 de febrero de 2005.

(iv) Afirmó que durante todo el tiempo en que el actor ejerció funciones consulares, solamente recibió el salario que devengaba correspondiente a auxiliar administrativo 7 PA.

(v) Refirió que la asignación básica mensual para el cargo de «segundo secretario- cónsul de segunda»³ que «corresponde a las funciones ejercidas por el actor» en virtud de la Resolución No. 1491 de 2004, era la suma de US\$3.200.00, lo que significa que dejó de percibir mensualmente US\$1.220.00, con la consecuente incidencia de tal disminución en sus factores salariales y prestacionales.

(vi) Adujo que mediante Resolución No. GNR 141688 del 16 de mayo de 2015, se reconoció al demandante una pensión mensual

³ Hecho séptimo de la demanda.



vitalicia de vejez, por parte de Colpensiones.

(vii) Por Resolución No. 6771 del 28 de octubre de 2015, el señor Eduardo Alonso Rodríguez fue retirado del servicio.

(viii) El demandante dirigió derecho de petición al Ministerio de Relaciones Exteriores el 30 de septiembre de 2015 con el fin de que se le incluyera en la liquidación de sus prestaciones sociales los «valores correspondientes a las funciones consulares encargadas y ejercidas».

(ix) Mediante Oficio No. S-DITH- 15-109833 de fecha 4 de noviembre de 2015 la entidad demandada negó la solicitud presentada por el actor.

1.3. Normas violadas y concepto de violación.

En la demanda se invocaron como disposiciones vulneradas las siguientes:

De orden constitucional: artículos 13, 29, 53, y 122.

De orden legal: artículos 137 y 138 de la Ley 1437 de 2011; 65 y 143 del Código Sustantivo del Trabajo; Decreto 2078 de 2004; artículo 5 parágrafo de la Ley 1071 de 2006 y demás normas concordantes.

Al desarrollar el **concepto de la violación** refiere el demandante que fue vinculado a la planta de personal del Ministerio de Relaciones Exteriores cumpliendo las labores propias del cargo, y otras en encargo «funciones consulares» de Colombia.

Indicó que yerra la entidad demandada al pretender establecer diferencias entre el cargo de cónsul y las funciones consulares,



desconociendo que dichos cargos existen y obedecen al cumplimiento de unas funciones específicas, conforme lo establece el literal k del artículo 2 del Decreto 2078 de 2014.

Es así como la administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados, los cuales, de haberse considerado, habrían producido una decisión sustancialmente diferente «cual era la de reconocer y pagar los emolumentos que corresponden por haber ejercido las funciones consulares en encargo por el tiempo señalado».

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA⁴

EL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, por medio de apoderado contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones del demandante y manifestó que en la carrera diplomática y consular el único cargo que se denomina como “cónsul” es aquel que se designa y nombra como “cónsul general central”, que en el escalafón de los cargos de la carrera diplomática y consular se equipara a un embajador.

Indicó que el 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 administrativo 7 PA, fue encargado de la ejecución de funciones inherentes al personal de apoyo de las misiones en el exterior.

Así mismo, afirmó que “un cónsul no ejerce un cargo, el cónsul ejerce funciones consulares”.

Por otro lado, manifestó que es claro que el demandante no puede ostentar derechos de carrera diplomática, al ser su cargo de libre

⁴ Folios 49-54



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 consultar que prestan sus servicios fuera del territorio, definidos en los artículos 3 y 5 del Decreto Ley 274 de 2000.

Propuso las excepciones de: (i) inexistencia del derecho; (ii) inexistencia de obligaciones a cargo del Ministerio de Relaciones Exteriores y del servicio exterior; (iii) pago; (iv) prescripción del derecho en cabeza del demandante; (v) cumplimiento de un deber legal, buena fe de la administración y aquiescencia del demandante; (vi) improcedencia de la consecuencia jurídica de la solicitud de nulidad de los actos acusados por el actor y (vii) genérica.

3. AUDIENCIA INICIAL ⁵

En audiencia inicial celebrada el 10 de abril de 2018, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca resolvió: (i) declaró saneado el proceso (ii) que no había excepciones previas que resolver, (iii) fijó el litigio, como se transcribe a continuación:

“(...) consiste en determinar si procede el reconocimiento y pago de los salarios correspondientes a las funciones de cónsul de Colombia en Santo Domingo de los Colorados, Ecuador, en el periodo del 10 de mayo de 2004 hasta el 12 de septiembre de 2005, o si el acto demandado goza de la presunción de legalidad”.

De igual forma (iv) declaró fallida la conciliación; (v) decretó las pruebas solicitadas por las partes, y (vi) ordenó correr traslado a la partes para alegar.

⁵ Folios 105-110



4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁶

Mediante sentencia proferida el 05 de julio de 2018, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda con base en los siguientes argumentos:

(i) Aunque los cargos de cónsul no están establecidos dentro de las categorías del escalafón de la carrera diplomática y consular del artículo 10 del Decreto 274 de 2000, las diferentes denominaciones de dichos cargos son equiparadas a los cargos del servicio diplomático

(ii) La Resolución No. 3736 de 2011 que reguló las situaciones administrativas de la entidad demandada, dispuso que se habla de «encargo» cuando se nombra de manera temporal a un empleado del Ministerio de Relaciones Exteriores “para asumir las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular”, y además que se debe pagar la diferencia de la remuneración del empleo en el cual fue encargado de ejercer sus funciones, siempre y cuando el titular no esté devengando remuneración por dicho cargo.

(iii) Conforme a las documentales obrantes dentro del expediente, se determina que el demandante laboró para el Ministerio de Relaciones Exteriores desde el 29 de septiembre de 1995 hasta el 31 de diciembre de 2015, de manera «interrumpida», y tuvo como último empleo el de «auxiliar administrativo 7 PA» al servicio del Consulado de Colombia en Santo Domingo de los Colorados, Ecuador.

(iv) Así mismo, mediante Resolución 1491 de 10 de mayo de 2004 se «encargó» al demandante de las funciones consulares de

⁶ folio 114-126



Colombia en Santo Domingo de los Colorados, Ecuador, a partir del 10 de mayo de 2004 hasta que se nombrara o posesionara el nuevo titular del encargo.

A su vez dicho encargo tuvo las siguientes interrupciones:

- a) Entre el 21 y 22 de septiembre de 2004 conforme la Resolución No. 3537 de 22 de septiembre de 2004.
- b) Entre el 27 al 31 de diciembre de 2004, acorde a lo dispuesto en la Resolución No. 4967 de 17 de diciembre de 2004.
- c) Entre el 18 de marzo al 12 de abril de 2005, de acuerdo con la Resolución No. 0574 del 11 de febrero de 2005.

(v) Como el demandante fue encargado de las funciones consulares en el Consulado de Colombia en Santo Domingo de los Colorados-Ecuador entre el 10 de mayo de 2004 hasta el 12 de septiembre de 2005 y no se allegó prueba por parte de la entidad accionada de que se haya pagado el salario conforme a dicho «encargo», concluyó que el señor Eduardo Alonso Rodríguez tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague las diferencias de sueldo entre lo que se le pagó como auxiliar administrativo 7 PA y lo que se le debió pagar en su momento como «cónsul de segunda» conforme al «encargo de funciones entre el 10 de mayo de 2004 al 12 de septiembre de 2005».

(vi) Consideró que la entidad demandada debía reconocer y pagar a favor del señor Eduardo Alonso Rodríguez el valor de las prestaciones sociales a que tenía derecho, conforme a la diferencia arrojada entre lo que se le pagó como auxiliar administrativo 7 PA y lo que se le debió pagar en su momento como cónsul de segunda, durante el periodo de encargo entre el 10 de mayo de 2004 y el 12 de septiembre de 2005, teniendo en cuenta las interrupciones mencionadas.



(vii) En cuanto a la prescripción, indicó que mediante Resolución No. 6771 del 28 de octubre de 2015, el demandante fue retirado del servicio a partir del 1 de enero de 2016. Por otro lado, la solicitud de reconocimiento de salarios y prestaciones sociales causadas desde el 10 de mayo de 2004 al 12 de septiembre de 2005 fue radicada el 13 de octubre de 2015, y la demanda se interpuso el 29 de marzo de 2016, por lo que no superó el término de 3 años.

(viii) Respecto al pago de la sanción moratoria solicitada, destacó que las sumas de dinero dejadas de pagar se reconocen de manera indexada, por lo que no se puede hablar de una sanción por mora que no se configuró y de la cual no tenía conocimiento la institución.

5. EL RECURSO DE APELACIÓN⁷

La entidad demandada NACIÓN- MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES apeló la sentencia de primera instancia para que fuera revocada con sustento en los siguientes argumentos:

(i) Reiteró que, el cargo que ostentó el señor Eduardo Alonso Rodríguez fue «auxiliar administrativo 7 PA», en el Consulado de Colombia en Santo Domingo de los Colorados- Ecuador, y por lo tanto siempre ocupó un **cargo de apoyo en el exterior**, donde en ocasiones puntuales se le asignaron funciones específicas, en razón a la necesidad del servicio, entre ellas las funciones consulares, precisamente por el grado de confianza que se tenía en él, pero aclara que el desempeño de aquellas funciones fue temporal, además, el demandante nunca se despojó de su empleo base como auxiliar de apoyo en el exterior, ni le era dado dejar de cumplir las funciones que en dicho cargo le eran obligatorias.

⁷ Folios 141-146



(ii) Conforme al Decreto 274 de 2000 las categorías del escalafón de la Carrera Diplomática y Consular son: embajador, ministro plenipotenciario, ministro consejero, consejero, primer secretario, segundo secretario y tercer secretario.

De lo cual se extrae que el demandante no ostentó ninguno de los cargos expuestos mientras prestó sus servicios en el exterior, pues en ejercicio del cargo de auxiliar administrativo 7 PA fue encargado de la ejecución de funciones inherentes al personal de apoyo de las misiones en el extranjero.

Así mismo, precisó que en la entidad no existe el cargo de cónsul, salvo para el caso de “cónsul general central”, como se observó en la reseña de los cargos de carrera diplomática y consular.

(iii) Por otro lado, resaltó que el demandante fue nombrado en un empleo de libre nombramiento y remoción, bajo los lineamientos de asistencia en las diversas tareas de apoyo al jefe de misión. En consecuencia, al haber sido encargado de funciones consulares, el demandante no desempeñó un cargo denominado cónsul, sino que al detentar el cargo de auxiliar 7PA de misión diplomática, sobre él recayeron funciones consulares como consecuencia de un «encargo de funciones» y no de un cargo.

(iv) Manifestó que el encargo de algunas funciones consulares no significa que ocupara un cargo de carrera diplomática y consular, pues para ello debía cumplir con los requisitos y ser nombrado y posesionado en el mismo.

(v) Por otra parte, sostuvo que el demandante solicitó la reliquidación de sus cesantías para todo el tiempo laborado en la planta externa, frente a lo cual fue celebrado acuerdo conciliatorio ante la Procuraduría 50 Judicial II para Asuntos Administrativos el



08 de agosto de 2013 aprobado por el Juzgado 13 Administrativo de Bogotá, al que se le dio cumplimiento mediante la Resolución No. 2763 del 22 de abril de 2014. Por lo que, no es procedente que el demandante solicite nuevamente la reliquidación de sus prestaciones, sin discriminar taxativamente cuales son, pues dicho acuerdo conciliatorio hizo tránsito a cosa juzgada.

(vi) Afirmó que, el derecho a reclamar la diferencia salarial y prestacional del demandante se hizo exigible para cada periodo mes a mes hasta el momento en que terminó el encargo, esto es el 12 de septiembre de 2005, y desde esta fecha empezaron a correr los tres años de prescripción, que se vencieron el 12 de septiembre de 2008, y al no haberse reclamado dentro de este periodo operó el fenómeno de la prescripción, por tal motivo no puede existir ningún reconocimiento sobre el particular.

Así las cosas, el 13 de octubre de 2015, fecha en la que se radicó el derecho de petición por medio del cual el demandante solicitó la reliquidación de sus salarios y prestaciones, ya habían pasado más de tres años, contados a partir de cada periodo que su derecho se hizo exigible.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. El apoderado de la parte demandada⁸ reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

La parte demandante y el Ministerio Público: guardaron silencio como consta en el informe secretarial en folio 190 del expediente.

⁸ Folios 186-189.



II. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁹, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

Asimismo, conforme a lo dispuesto en el artículo 328¹⁰ del Código General del Proceso, la competencia del juez de segunda instancia está circunscrita a los argumentos expuestos por el apelante. No obstante, en caso de que ambas partes hayan apelado la sentencia, el superior resolverá sin limitaciones.

En el presente caso, la **entidad demandada** es apelante único, razón por la cual la competencia de la Sala de Subsección se encuentra limitada por el objeto mismo del recurso, cuyo marco está definido por el juicio de reproche esbozado por la parte apelante.

2. Problema jurídico

Acorde con los planteamientos del recurso de apelación, le corresponde a la Sala determinar ¿si el señor Eduardo Alonso Rodríguez tiene derecho al pago de la diferencia salarial por haber

⁹ «El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.[...]»

¹⁰ «ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones. En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella. En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.»



desempeñado, mediante «encargo», las funciones consulares del empleo de secretario segundo- cónsul de segunda de Colombia en Santo Domingo de los Colorados- Ecuador, pese a estar nombrado en el cargo de auxiliar administrativo 7 PA, entre el 10 de mayo de 2004 al 12 de septiembre de 2005?

En caso afirmativo, se deberá establecer si ¿operó el fenómeno jurídico de la prescripción?

Para resolver lo anterior, la Sala desarrollará el siguiente orden metodológico: (i) noción de empleo público; (ii) carrera diplomática y consular y (iii) análisis del caso concreto.

3. Aspecto procesal preliminar

La entidad demandada en el escrito de alegatos de conclusión, sostuvo que en el presente caso operó la cosa juzgada frente a «las pretensiones de reliquidación de las cesantías por todo el tiempo laborado en la planta externa», lo anterior, teniendo en cuenta que mediante acuerdo conciliatorio llevado a cabo el 08 de agosto de 2013, aprobado por el Juzgado 13 Administrativo de Oralidad de Bogotá, se conciliaron sus pretensiones y se reliquidó el valor de las cesantías mediante Resolución 2763 del 22 de abril de 2014, configurándose la cosa juzgada.

Revisado el acervo probatorio se encuentra demostrado que mediante Resolución No. 2763 del 22 de abril de 2014¹¹ se dio cumplimiento a una conciliación prejudicial, de la cual se desprende lo siguiente:

«(...)

Que el señor EDUARDO ALONSO RODRÍGUEZ, por intermedio de apoderado judicial el 17 de mayo de 2013, presentó solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación

¹¹ Folios 147-148



convocando a la Nación- Ministerio de Relaciones Exteriores a conciliar la liquidación de cesantías correspondientes al periodo comprendido entre el 30 de abril 2002 y el año 2003, con base en el salario realmente devengado y de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 14 del Decreto 162 de 1969.

(....)

Que el Juzgado Trece (13) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá D.C., Sección Segunda, mediante auto de fecha 25 de noviembre de 2013, resolvió lo siguiente:

“PRIMERO. APROBAR la conciliación extrajudicial, realizada entre el señor EDUARDO ALONSO RODRÍGUEZ y LA NACIÓN-MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, en Actas del 8 de agosto y la aclaración No. 099, celebrada ante la PROCURADURIA CINCUENTA (50) JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS, donde se acordó la reliquidación y pago de unas cesantías al convocante, por un valor de \$28.678.200.00, con base en el salario devengado durante el tiempo que laboró en el exterior. (...)» (Resaltado por la Sala).

De acuerdo con lo anterior, para la Sala de subsección no se encuentra configurada la excepción de cosa juzgada alegada por la entidad demandada, toda vez que, como se desprende del contenido de la Resolución 2763 de 2014, el acuerdo conciliatorio sobre el pago de las cesantías se contrajo al periodo comprendido entre el 30 de abril de 2002 y el año 2003, con base en el salario realmente devengado durante el tiempo que laboró en el exterior, y en el presente caso se discute el pago de las diferencias salariales a favor del demandante con ocasión del «encargo» de las funciones consulares del empleo de secretario segundo- cónsul de segunda de Colombia en Santo Domingo de los Colorados- Ecuador entre el 10 de mayo de 2004 y el 12 de septiembre de 2005, por tal razón, no existe identidad de objeto, ni de causa petendi, presupuestos necesarios de la cosa juzgada.

Así las cosas, no se encuentra probado el medio exceptivo invocado por la entidad demandada en el escrito de alegatos.



4. Marco normativo y jurisprudencial

4.1. Empleo público

La Constitución Política en su artículo 125 establece que los empleos de las entidades del Estado son de carrera administrativa, salvo los de elección popular, libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Por su parte, las Leyes 443 de 1998 y 909 de 2004, instituyeron como regla general, que los cargos públicos deben ser provistos por personas que superen los concursos, con lo cual, determinó el mérito y la calidad del aspirante como sistema de selección preferente de servidores públicos, ello para privilegiar el potencial intelectual y la preparación académica y técnica en el acceso a la función pública, con los objetivos de lograr una mejor prestación del servicio a la ciudadanía, aumentar la eficacia de la actividad administrativa y eliminar los efectos nocivos del clientelismo y la burocracia en el Estado.

4.2. Carrera diplomática y consular.

En virtud de los artículos 125¹² y 130¹³ de la Constitución Política, se tiene que el sistema de carrera administrativa es la regla general para el acceso, promoción, permanencia y retiro del empleo público, la cual admite excepciones en virtud del principio de especialidad, como es el caso del Régimen de Carrera Diplomática y Consular, tal como lo avaló la Corte Constitucional desde su Sentencia C-129 de 1994, en la que precisó:

¹² ARTÍCULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. (...)

¹³ ARTÍCULO 130. Habrá una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial.



“La Carrera diplomática y consular tiene un régimen especial y diferenciado respecto de la Carrera administrativa. Por tanto, no pueden aplicarse los mismos principios a las dos carreras, ya que el legislador extraordinario, teniendo en cuenta la naturaleza de las funciones atribuidas al servicio exterior, al Ministerio de Relaciones Exteriores y a las misiones diplomáticas y consulares, dispuso un sistema diferente, adecuado con las funciones propias dirigidas a desarrollar "en forma sistemática y coordinada todas las actividades relativas al estudio y ejecución de la política internacional de Colombia, la representación de los intereses del Estado colombiano y la tutela de los intereses de sus nacionales ante los demás estados, las organizaciones internacionales y la comunidad internacional" (art. 2o. Decreto Ley 10 de 1992)¹⁴." (M.P. Doctor Vladimiro Naranjo Mesa)

Este régimen encuentra entonces su justificación en la naturaleza específica del servicio exterior, entendido como la actividad a cargo de la Cancillería en desarrollo de la política exterior del Estado - dentro y fuera del territorio nacional-, para efectos de representar los intereses estatales y proteger los derechos de los colombianos en otros países (art. 3 del Decreto Ley 274 de 2000), cuya prestación efectiva requiere de personal idóneo, con formación y experiencia en la materia, tal como lo reconoció el legislador extraordinario cuando señaló que «el servicio exterior es un servicio especializado, profesional, jerarquizado y disciplinado, que se funda en el principio del mérito» (artículo 13 *ejusdem*).

El artículo 5 del Decreto 274 de 2000 establece que los cargos en el Ministerio de Relaciones Exteriores serán de libre nombramiento y remoción, de carrera diplomática y consular y de carrera administrativa. El artículo en mención dispuso:

“ARTICULO 5º.- Clasificación de Cargos.- Los cargos en el Ministerio de Relaciones Exteriores serán:

- a. De libre nombramiento y remoción.
- b. De Carrera Diplomática y Consular.
- c. De Carrera Administrativa”.

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-129 del 17 de marzo de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.



Así mismo, el artículo 6º dispone como cargos de libre nombramiento y remoción los siguientes:

“ARTICULO 6º.- Cargos de Libre Nombramiento y Remoción.- Son cargos de libre nombramiento y remoción los siguientes:

- a. Viceministro.
 - b. Secretario General.
 - c. Directores: Técnico, Operativo y Administrativo y Financiero.
 - d. Director de la Academia Diplomática.
 - e. Director del Protocolo.
 - f. Subsecretarios.
 - g. Jefes de Oficina Asesora.
 - h. Empleos de cualquier nivel jerárquico adscritos al Despacho del Ministro o de los Viceministros, cuyo ejercicio implique confianza, y que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo.
 - i. Agregado Comercial.
 - j. Empleos de Apoyo en el exterior adscritos a los despachos de los jefes de misión, de conformidad con la definición contenida en el artículo 7º de este Decreto.
- (...)

Frente al personal de apoyo en el exterior, estableció:

“ARTICULO 7o.- Personal de Apoyo en el Exterior.- Para los efectos de lo establecido en el literal j) del artículo 6 del presente decreto, se entienden como tales, aquellos cargos cuyo ejercicio comporta un grado considerable de confianza y confidencialidad. (destaca la Sala)

Ahora, el Decreto en mención respecto de los cargos de carrera diplomática y consular, y de carrera administrativa, dispuso lo siguiente:

“ARTICULO 8º.- Cargos de Carrera Diplomática y Consular.- Son cargos de Carrera Diplomática y Consular los de categoría igual o superior a la de Tercer Secretario, y sus equivalentes en el servicio interno, con excepción de los cargos previstos en los artículos 6º y 7º de este Decreto.

ARTICULO 9º.- Cargos de Carrera Administrativa.- Son de Carrera Administrativa los cargos de la planta de personal del Ministerio de Relaciones Exteriores con excepción de los mencionados en los artículos 6º, 7º y 8º de este Decreto. Los cargos de Carrera Administrativa se sujetarán a lo previsto en la Ley 443 de 1998 y en las normas que la modifiquen, reglamenten o deroguen, en aquello que no sea contrario a las especiales características que, por virtud de su misión y de sus atribuciones, tiene el Ministerio de



Relaciones Exteriores para el desarrollo de la actividad que le es propia.

PARAGRAFO.- Cuando un funcionario de Carrera Administrativa fuere designado en cualquiera de los cargos de libre nombramiento y remoción, será nombrado en comisión de acuerdo con las reglas generales de la Carrera Administrativa, sin que el cargo pierda su carácter de libre nombramiento y remoción, ni el funcionario sus derechos de Carrera”.

Ahora bien, en relación con las categorías en el escalafón de la carrera diplomática y consular, así como sus equivalencias, señaló:

“ARTICULO 10º.- Categorías en la Carrera Diplomática y Consular.- Son categorías del escalafón de la Carrera Diplomática y Consular las siguientes:

- a) Embajador.
- b) Ministro Plenipotenciario.
- c) Ministro Consejero.
- d) Consejero.
- e) Primer Secretario.
- f) Segundo Secretario.
- g) Tercer Secretario.

ARTICULO 11.- Equivalencias entre el Servicio Diplomático y el Servicio Consular.- Las equivalencias entre el servicio diplomático y el servicio consular son las siguientes:

En el Servicio Diplomático	En el Servicio Consular
Embajador	Cónsul General y Cónsul General Central
Ministro Plenipotenciario	Cónsul General
Ministro Consejero	Cónsul General
Consejero	Cónsul General
Primer Secretario	Cónsul de Primera
Segundo Secretario	Cónsul de Segunda
Tercer Secretario	Vicecónsul

PARAGRAFO.- Los funcionarios escalafonados en la Carrera podrán ser designados indistintamente, tanto en el servicio Diplomático como en el Consular”. (destaca la Sala)

Por otro lado, se advierte que el Decreto 2400 de 1968 en su artículo 23, dispone:

“**ARTÍCULO 23.** Los empleados podrán ser encargados para asumir parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, por ausencia temporal o definitiva del titular. Cuando se trate de ausencia temporal el



encargo podrá conferirse hasta por el término de aquella y en caso de vacante definitiva hasta por un plazo máximo de tres (3) meses. Vencido este término el encargado cesará automáticamente en el ejercicio de tales funciones y el empleo deberá proveerse de acuerdo con los procedimientos normales”.

Así mismo, el Decreto 1950 de 1973¹⁵, vigente para la época del encargo entre el 10 de mayo de 2004 al 12 de septiembre de 2005, determinó que de suscitarse vacantes definitivas el encargo no puede superar los tres (3) meses, pues su artículo 35 establecía:

“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”.

Posteriormente, el Ministerio de Relaciones Exteriores expidió la **Resolución No. 3736 del 3 de agosto de 2011**¹⁶ “Por el cual se reglamentan las situaciones administrativas y se dictan otras disposiciones para la administración del personal en el Ministerio de Relaciones Exteriores”, frente a la figura del encargo dispuso lo siguiente¹⁷:

“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.

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

¹⁵ Derogado por el Decreto 1085 de 2015.

¹⁶ Modificada por la Resolución No. 3888 de 26 de junio de 2013.

¹⁷ La norma en mención no se encontraba vigente para los periodos de pago de diferencia salarial por encargo, que reclama el actor.



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". (destaca la Sala)

5. Análisis del caso concreto

Como **motivo de apelación** la entidad demandada pidió revocar la sentencia que accedió parcialmente a las pretensiones, en tal sentido manifestó que el demandante no fue encargado de un cargo en especial, sino de la «ejecución de funciones consulares», situación diferente, por lo que no hay lugar al pago de diferencias salariales, pues este ostentó durante el encargo las funciones del empleo de auxiliar administrativo 7 PA y «fue encargado de la ejecución de funciones inherentes al personal de apoyo de las misiones en el extranjero».

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda tras considerar que el demandante fue «encargado» de las funciones consulares en el Consulado de Colombia en Santo Domingo de los Colorados-Ecuador entre el 10 de mayo de 2004 y el 12 de septiembre de 2005, y no se allegó prueba por parte de la entidad accionada de que se haya pagado el salario al actor conforme a dicho encargo, razón por la cual ordenó reconocer las diferencias de sueldo entre lo que recibió como auxiliar administrativo 7PA y lo que ha debido recibir en su momento como secretario segundo-cónsul de segunda conforme al encargo de funciones entre el 10 de mayo de 2004 y el 12 de septiembre de 2005.

Para resolver la controversia, la Sala tendrá en cuenta el acervo probatorio allegado al proceso, cuya presunción de autenticidad no fue desvirtuada por las partes, el cual le permite tener por acreditados los siguientes hechos relevantes:



4.1 Hechos probados

a). **Vinculación del demandante:** El señor Eduardo Alonso Rodríguez tuvo las siguientes vinculaciones en la entidad demandada:

Cargo	Resolución	Tiempo	Folio
Auxiliar administrativo código 5120, grado 11	2569 del 23 de agosto de 1995	29 de septiembre de 1995 al 28 de enero de 1996	Fl. 55
Supernumerario cargo equivalente auxiliar administrativo código 5120 grado 11	0396 del 19 de febrero de 1996	23 de febrero de 1996 al 22 de mayo de 1996	Fl. 55 vto
Auxiliar administrativo código 5120, grado 11	1407 del 22 de mayo de 1996	23 de mayo de 1996 al 22 de septiembre de 1996	Fl. 55 vto
Auxiliar administrativo código 5120, grado 11	0225 del 30 de enero de 1997	06 de febrero de 1997 al 30 de noviembre de 2001	Fl. 55 vto
<u>Auxiliar Administrativo</u> <u>7 PA</u>	0123 del 16 de enero de 2002	30 de abril de 2002 al 31 de diciembre de 2015	Fl. 57

b). **Encargos conferidos:** Durante su trayectoria laboral en la entidad demandada, al señor Eduardo Alonso Rodríguez se le efectuaron los siguientes «encargos», de acuerdo con la certificación expedida por la coordinadora del GIT de Administración de Personal del Ministerio de Relaciones Exteriores, obrante a folios 55 a 61:

Encargo	Resolución	Tiempo
Funciones consulares en Santo Domingo de los Colorados Ecuador	4957 del 26 de noviembre de 2002	21 al 29 de diciembre de 2002
Consulado de Colombia en Santo Domingo de los Colorados	5265 del 18 de diciembre de 2002	30 de diciembre de 2002 hasta el 3 de enero de 2003



Radicado: 25000 23 42 000 2016 01550 01
Número interno: 0729-2019
Demandante: Eduardo Alonso Rodríguez

Encargo de funciones consulares en Santo Domingo de los Colorados	1564 del 14 de mayo de 2003	Durante la ausencia de su titular
Encargo de funciones consulares en Santo Domingo de los Colorados	2358 del 1 de julio de 2003	Durante la ausencia de su titular
Encargo de funciones consulares en Santo Domingo de los Colorados	Resolución No. 4008 del 31 de octubre de 2003	Entre el 29 de diciembre de 2003 al 4 de enero de 2004 durante la ausencia de su titular
Encargo de funciones consulares en Santo Domingo de los Colorados	Resolución No. 1491 del 10 de mayo de 2004 ^[1] [1] La entidad no la relacionó en la certificación.	A partir del 10 de mayo de 2004 mientras se nombra y posesiona el nuevo titular
Encargo de funciones consulares en Santo Domingo de los Colorados	3537 del 22 de septiembre de 2004	Del 21 al 22 de septiembre de 2004 durante el permiso concedido a su titular (f. 64)
Encargo de funciones consulares en Santo Domingo de los Colorados	4967 del 17 de diciembre de 2004	Del 27 al 31 de diciembre de 2004, durante la ausencia de su titular (f. 67)
Encargo de funciones consulares en Santo Domingo de los Colorados	0574 del 11 de febrero de 2005	Del 13 de abril de 2005 mientras se posesionaba su nuevo titular (f. 66)

Así mismo, la mencionada certificación relaciona que el actor, con posterioridad al lapso reclamado en la demanda, se le profirieron nuevas resoluciones de encargo. No obstante, sobre tales periodos no recae la controversia judicial.

Por otra parte, fue allegada la Resolución No. 1491 del 10 de mayo de 2004, mediante la cual se encargó al demandante de las funciones consulares de Colombia en Santo Domingo de los Colorados- Ecuador, a partir del 10 de mayo de 2004 hasta que se nombre o se posesione el nuevo titular del cargo (f. 4).



La anterior resolución tuvo las siguientes modificaciones:

- Resolución No. 3537 del 22 de septiembre de 2004 “por medio de la cual se modifica la Resolución No. 1491 del 10 de mayo de 2004”.
- Resolución No. 4967 del 17 de diciembre de 2004 “por medio de la cual se modifica la Resolución No. 1491 del 10 de mayo de 2004”.

Así mismo, obra la Resolución No. 0574 del 11 de febrero de 2005 por la cual se encargó al demandante para desempeñar las funciones consulares, a partir del 13 de abril de 2005, mientras se designaba y posesionaba el nuevo titular (f. 66).

c) Reclamación administrativa: El demandante presentó petición el 13 de octubre de 2015 a la entidad demandada en la cual solicitó el pago de las diferencias salariales por el «encargo que desempeñó desde el 10 de mayo de 2004 al 12 de septiembre de 2005» (fs. 20-21).

d) Actos administrativos demandados: A través del oficio No S-DITH- 15- 109833 de fecha 4 de noviembre de 2015, el director de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores negó la solicitud del demandante, tras considerar que (i)el señor Eduardo Alonso fue encargado de las «funciones consulares y no del cargo de Cónsul», (ii)el cargo de cónsul de Colombia en Santo Domingo de los Colorados – Ecuador, no existe como tal en la planta de personal del Ministerio de Relaciones Exteriores, (iii) «para la época del encargo en cuestión usted ostentaba el cargo de auxiliar administrativo 7 PA y bajo ese marco jurídico su ejercicio, con los consecuentes efectos fiscales y salariales que de ello se derivan, estaba sujeto a la categoría del servicio que desempeñó y al ser encargado de las «funciones consulares», se está haciendo efectivo



el ejercicio de la normativa consular acorde con las categorías de empleo que hacen parte de la planta de personal de la entidad, tal y como quedó establecido en la Resolución No. 1491 del 10 de mayo de 2004 y que se deriven de la Convención de Viena sobre relaciones consulares», y (iv) la entidad reconoció los salarios y prestaciones del cargo de Auxiliar Administrativo 7 PA del cual es titular (fs. 22- 23).

5.2. Análisis sustancial

De acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial expuesto y del análisis del acervo probatorio, se considera lo siguiente:

(i). El señor Eduardo Alonso Rodríguez solicitó el reconocimiento y pago de la diferencia salarial y prestacional en virtud del encargo frente al cumplimiento de funciones consulares, que, según la demanda, corresponden al «empleo de segundo secretario- cónsul de segunda, desde el 10 de mayo de 2004 hasta el 12 de septiembre de 2005».

(ii). Del acervo probatorio allegado se desprende que el demandante se encuentra vinculado con el Ministerio de Relaciones exteriores desde 1995, y su último nombramiento fue como auxiliar administrativo 7 PA, en el Consulado de Colombia en Santo Domingo de los Colorados- Ecuador, desde el 30 de abril de 2002 hasta el 31 de diciembre de 2015.

(iii). A su vez, se tiene probado que durante su vinculación, en distintas oportunidades, el demandante fue encargado de «funciones consulares» de forma temporal, sobre lo cual debe anotarse que al recaer de manera específica las pretensiones de la demanda respecto del periodo comprendido entre el 10 de mayo de 2004 y el 12 de septiembre de 2005, la Sala únicamente realizará



el análisis correspondiente a la procedencia del reconocimiento y pago de diferencias salariales y prestaciones por dicho lapso.

(iv). Efectuada dicha precisión, se tiene que mediante la **Resolución No. 1491 del 10 de mayo de 2004**, se encargó al demandante de las «funciones consulares» de Colombia en Santo Domingo de los Colorados- Ecuador, a partir del 10 de mayo de 2004 hasta «que se nombre o se posesione el nuevo titular del cargo» (f. 4). El mencionado acto administrativo, dispuso:

“ARTÍCULO 1º ENCARGAR a partir del 10 de mayo de 2004, de las Funciones Consulares de Colombia en Santo Domingo de Los Colorados- Ecuador, a EDUARDO ALONSO RODRÍGUEZ, Auxiliar Administrativo 7 PA, mientras se nombra y posesiona el nuevo titular”.

La anterior resolución tuvo las siguientes modificaciones:

- Resolución No. 3537 del 22 de septiembre de 2004 “por medio de la cual se modifica la Resolución No. 1491 del 10 de mayo de 2004”, dispuso:

“ARTÍCULO 1.- Modificar el artículo 1 de la Resolución No. 1491 del 10 de mayo de 2004, en el sentido de ENCARGAR entre el 21 y 22 de septiembre de 2004, de las funciones consulares de Colombia en Santo Domingo de los Colorados- Ecuador, a FREDDY GERMÁN ROSERO HERNÁNDEZ, Auxiliar Administrativo 1 PA (Local), durante el permiso concedido a EDUARDO ALONSO RODRÍGUEZ”

- Resolución No. 4967 del 17 de diciembre de 2004 “por medio de la cual se modifica la Resolución No. 1491 del 10 de mayo de 2004”, en la cual se indicó:

“ARTÍCULO 1.- MODIFICAR el artículo 1 de la Resolución No. 1491 del 10 de mayo de 2004, el cual quedará así

ARTÍCULO 1º.- ENCARGAR de las Funciones Consulares de Colombia en Santo Domingo de los Colorados- Ecuador, a FREDDY



GERMAN ROSERO HERNÁNDEZ Auxiliar Administrativo 1 PA (Local), entre el 27 y el 31 de diciembre de 2004, durante la ausencia de EDUARDO ALONSO RODRÍGUEZ”.

Así las cosas, se desprende que entre el 21 y el 22 de septiembre de 2004, y entre el 27 y el 31 de diciembre de 2004 las funciones consulares fueron encargadas al señor «Freddy Germán Rosero Hernández» y no al demandante.

(v). Posteriormente, por **Resolución No. 0574 del 11 de febrero de 2005** se encargó al demandante para desempeñar las funciones consulares, a partir del 13 de abril de 2005, mientras se designaba y posesionaba el nuevo titular. Dicho acto estableció:

“ARTÍCULO 1.- ENCARGAR de las funciones consulares de Colombia en Santo Domingo de los Colorados- Ecuador, a FREDDY GERMAN ROSERO HERNÁNDEZ, Auxiliar Administrativo 1 PA (Local), del 18 de marzo al 12 de abril de 2005.

ARTÍCULO 2º.- ENCARGAR de las Funciones Consulares de Colombia en Santo Domingo de los Colorados- Ecuador, a EDUARDO ALONSO RODRÍGUEZ, Auxiliar Administrativo 7 PA, a partir del 13 de abril de 2005, mientras se designa y posesiona nuevo titular”.

(vi). De acuerdo con lo expuesto, se encuentra probado que el «encargo de funciones consulares» del 18 de marzo al 12 de abril de 2005, no fue en cabeza del demandante, sino del señor «Freddy Germán Rosero Hernández», y solo a partir del 13 de abril de 2005 le fueron encargadas las funciones consulares de Colombia en Santo Domingo de los Colorados- Ecuador al señor Eduardo Alonso Rodríguez.

(vii). Ahora bien, denota la Sala de las resoluciones antes mencionadas, que el demandante fue encargado de las «funciones consulares de Colombia en Santo Domingo de los Colorados- Ecuador», sin establecer el encargo en un «empleo en específico»; sin embargo, el demandante adujo que dichas funciones consulares



que le fueron encargadas corresponden al empleo de «secretario segundo- cónsul de segunda».

En lo concerniente al «encargo», el artículo 23 del Decreto 2400 de 1968, dispone:

“ARTÍCULO 23. Los empleados podrán ser encargados para asumir parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, por ausencia temporal o definitiva del titular. Cuando se trate de ausencia temporal el encargo podrá conferirse hasta por el término de aquella y en caso de vacante definitiva hasta por un plazo máximo de tres (3) meses. Vencido este término el encargado cesará automáticamente en el ejercicio de tales funciones y el empleo deberá proveerse de acuerdo con los procedimientos normales”.

Así mismo, el Decreto 1950 de 197318, indicó:

“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.

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.

ARTÍCULO 36.- El encargo no interrumpe el tiempo para efectos de antigüedad en el empleo de que se es titular, ni afecta la situación de funcionario de carrera.

ARTÍCULO 37.- El empleado encargado tendrá derecho al sueldo de ingreso señalado para el empleo que desempeña temporalmente, siempre que no deba ser percibido por su titular.

18 El cual fue derogado por el Decreto 1083 de 2015.



Sobre esta situación administrativa de encargo de funciones, la Corte Constitucional en sentencia C-498 de 1997 precisó lo siguiente:

«En relación con la situación administrativa "por encargo", la ley distingue entre aquel que tiene lugar por falta temporal o el que se presenta por falta definitiva. Sobre el particular, anota la Corte que el encargo aparece definido en el artículo 34 del Decreto 1950 de 1973, reglamentario del Decreto-ley 2400 de 1968, el cual expresa: "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". Por su parte, el artículo 23 del Decreto-ley 2400 de 1968, refiriéndose a la duración del encargo prescribe: "Cuando se trate de ausencia temporal el encargo podrá conferirse hasta por el término de aquella y en caso de vacante definitiva hasta por un plazo máximo de tres (3) meses. Vencido este término el encargado cesará automáticamente en el ejercicio de tales funciones y el empleo deberá proveerse de acuerdo con los procedimientos normales". Y el artículo 37 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973, haciendo mención al sueldo durante el encargo señala: "El empleado encargado tendrá derecho al sueldo de ingreso señalado para el empleo que desempeña temporalmente, siempre que no deba ser percibido por su titular".

Ahora bien, si el encargo opera para un empleado público y tiene por finalidad que éste asuma total o parcialmente las funciones de empleos diferentes de aquel para el cual ha sido nombrado por ausencia temporal o definitiva de su titular, resulta pertinente determinar cuál de estas situaciones se presenta. Si se trata de una ausencia temporal, como la planteada en la norma que se analiza, el encargo se conferirá por el término de la misma; y si se trata de ausencia definitiva, el encargo no podrá exceder de tres meses. En este último caso -ausencia definitiva-, el empleado encargado tiene derecho a recibir el sueldo correspondiente al empleo para el cual ha sido encargado, pues por tratarse de vacancia definitiva de su titular, éste ha dejado de ocupar el cargo y, por tanto, también ha dejado de recibir el sueldo correspondiente.

Tratándose de ausencia temporal, la cual genera el encargo temporal, la misma es por esencia transitoria y, por tanto, el encargo durará, como máximo, el término dispuesto para la ausencia definitiva cual es, según la norma anteriormente citada, de tres (3) meses. Obsérvese, que la ausencia temporal del empleado supone de todas maneras su vinculación en el cargo del cual es titular, aun cuando circunstancias de orden administrativo o de otro orden, no le permitan, transitoriamente, estar al frente del mismo. Por tanto, el hecho de seguir vinculado a su cargo original lo habilita para continuar recibiendo la correspondiente remuneración y las prestaciones sociales a que tenga derecho; de allí que el empleado encargado no pueda recibir la remuneración



del empleo para el cual ha sido asignado provisionalmente, pues ello supondría una doble carga prestacional para la Administración pública por un mismo empleo y, además, una doble remuneración para el encargado, quien, dada la naturaleza excepcional y transitoria del encargo, en ningún momento deja de recibir el salario correspondiente al empleo que originalmente desempeña y al cual regresará luego de cumplido el encargo. En efecto, el empleado público, al variar su situación administrativa en aquella denominada encargo, tendrá derecho a recibir la remuneración del empleo en el cual ha sido encargado, "...siempre que no sea percibido por su titular" (art. 37 D.R. 1950 de 1973)¹⁹. (subrayado fuera de texto)

Conforme a lo anterior, se tiene que el encargo tiene por finalidad que la persona «encargada» asuma total o parcialmente las funciones de empleos diferentes de aquel para el cual ha sido nombrada por ausencia temporal o definitiva de su titular. Así las cosas, si se trata de una ausencia temporal el encargo se conferirá por el término de la misma; y si se trata de ausencia definitiva, el encargo no podrá exceder de tres meses.

La ausencia temporal del empleado supone de todas maneras su vinculación en el cargo del cual es titular, aun cuando circunstancias de orden administrativo o de otro orden, no le permitan, transitoriamente, estar al frente del mismo. Por tanto, el hecho de seguir vinculado a su cargo original lo habilita para continuar recibiendo la correspondiente remuneración y las prestaciones sociales a que tenga derecho; de allí que el empleado encargado no pueda recibir la remuneración del empleo para el cual ha sido asignado provisionalmente, pues ello supondría una doble carga prestacional para la Administración pública por un mismo empleo.

En el mismo sentido, el Consejo de Estado²⁰ ha señalado los presupuestos para la procedencia del encargo:

¹⁹ Cfr. Concepto del Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Septiembre 5 de 1987. Consejero Ponente, doctor Jaime Betancur Cuartas.

²⁰ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda- Subsección "B"- consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila- sentencia del veintiuno (21) de octubre de dos mil diez (2010)- radicación número: 25000-23-25-000-2002-09601-01(0266-08).



(...)

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.

(...)

Posteriormente se reiteró dicho criterio jurisprudencial por la Corporación²¹ :

«De igual manera, en lo que se refiere a los encargos, señaló en su artículo 23 que los empleados podrán ser encargados para asumir parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, por ausencia temporal o definitiva del titular. Así, cuando se trate de ausencia temporal, el encargo podrá conferirse hasta por el término de aquella y en caso de vacante definitiva hasta por un plazo máximo de tres (3) meses. Vencido éste término el encargado cesará automáticamente en el ejercicio de tales funciones y el empleo deberá proveerse de acuerdo con los procedimientos normales. Luego, 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.”, sobre la remuneración de los empleados allí contemplados (...)

En tratándose de encargo para suplir la vacancia de un empleo, hay que distinguir dos eventos, la vacancia definitiva que implica retiro

²¹ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda - Subsección “A”- consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren- sentencia del siete (7) de marzo de dos mil trece (2013), radicación número: 25000-23-25-000-2008-00203-01 (1571-10).



total del servicio, o lo que es lo mismo, que el empleado ha dejado de ocupar el cargo y por ende de recibir el sueldo, evento en el que el empleado encargado tiene derecho a recibir el sueldo correspondiente al empleo para el que ha sido encargado y que ha quedado vacante definitivamente.

Diferente situación se presenta cuando estamos frente a una vacancia temporal, porque ésta supone la continuidad de la vinculación del empleado que se ausenta de manera temporal del cargo del que es titular ante la presencia de uno cualquiera de los eventos contemplados en la norma y que no le permiten asumir por un tiempo determinado las funciones inherentes al cargo desempeñado, pero que no implica que no pueda seguir recibiendo la remuneración correspondiente y las prestaciones sociales a que tenga derecho; pero sí impide que el encargado para suplir esa vacancia temporal perciba la remuneración asignada al empleo que desempeña de manera transitoria.»

Acorde con los derroteros jurisprudenciales, es claro que el encargo presenta un doble carácter, constituye a la vez una situación administrativa y también una modalidad transitoria de provisión de empleos; el encargo puede ser total o parcial, lo que indica que, en el primer caso, el empleado se desliga de las funciones que le son propias y asume todas las del nuevo empleo, para el segundo caso, asume sólo una o algunas de ellas.

Por lo tanto, el «encargo en un empleo» implica un reemplazo del titular del mismo y el desarrollo de manera plena de las funciones del empleo, lo cual involucra que devengue la remuneración que le corresponda a este, mientras que el «encargo de funciones» se asume solo una o algunas funciones, por lo que no daría lugar al pago de la diferencia salarial²².

Ahora bien, en el presente caso, corresponde a la Sala establecer si el demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague la diferencia salarial correspondiente al empleo de «segundo

²² Concepto rad. 20199000361002 del 31 de octubre de 2019 de la función pública.



secretario - cónsul de segunda», por haber sido encargado de «funciones consulares» durante los lapsos indicados en la demanda.

Empero, del contenido de los actos administrativos que encargaron al actor durante el 10 de mayo de 2004 y el 12 de septiembre de 2005, se desprende expresamente que el encargo recayó sobre “funciones consulares” y “mientras se nombra y posesiona el nuevo titular”. En efecto, tales actos no indicaron cuál era el empleo del que se desprendían tales funciones consulares, sin que sea posible para la Sala determinar con base en los mismos, que el demandante quedó investido de todas las funciones del empleo de «segundo secretario- cónsul de segunda» del cual reclama el mismo salario y prestaciones, o si el encargo de dichas funciones corresponde al «ejercicio pleno o parcial de las funciones» de un determinado empleo en el Consulado de Colombia en Santo Domingo.

Además, advierte la Sala que el demandante no se separó ni dejó de desempeñar las funciones del cargo de Auxiliar Administrativo PA 7, respecto del cual fue nombrado, tal y como lo certificó la entidad en la prueba documental aportada a folios 55 a 61 del expediente, las cuales gozan de presunción de autenticidad que no fue controvertida por las partes.

De las pruebas allegadas al expediente no se desprende que el señor Eduardo Alonso Rodríguez haya sido posesionado para dicha época, en virtud del encargo, en otro empleo diferente al de Auxiliar administrativo PA 7, que permita demostrar el derecho a obtener una remuneración salarial y prestacional superior a la que le fue reconocida por la entidad. No obstante, el demandante, en el escrito de demanda manifestó que la “funciones consulares” que le fueron encargadas corresponden al cargo de «secretario segundo- cónsul



de segunda» por lo cual deprecia la remuneración propia de dicho empleo.

Bajo tal entendimiento, teniendo en cuenta que lo pretendido en la demanda es obtener el reconocimiento y pago de una diferencia salarial con fundamento en el ejercicio de un empleo mediante «encargo» de mayor jerarquía respecto del propio, es factible concluir que lo pretendido por el demandante es una nivelación salarial. En lo concerniente al tema, esta Sala de subsección²³ ha precisado lo siguiente:

“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 [...]»²⁴

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, consejero ponente: William Hernández Gómez. Sentencia del veintisiete (27) de octubre dos mil dieciséis (2016), radicación número: 76001-23-31-000-2005-03767-01(3998-14)

²⁴ 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



La sección por su parte ha señalado en casos similares al aquí tratado²⁵:

«[...] 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 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”.

(viii). La jurisprudencia de esta Sección ha precisado que el empleado público que pretenda el reconocimiento de la nivelación salarial debe acreditar que (i) cumplió las mismas funciones asignadas al cargo del cual reclama el salario, (ii) que el empleo tiene idénticas responsabilidades, y además, (iii) que reúne los requisitos que se exigen para ocuparlo. Cumplidos estos presupuestos, es posible aplicar el principio «a trabajo igual, salario

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).

²⁵ 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.



igual» establecido en el artículo 53 de la Constitución Política de 1991²⁶.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional se había pronunciado en la Sentencia T-027 de 1997.

De acuerdo con lo expuesto, se colige que quien pretenda la nivelación salarial porque considera que la función que cumple resulta semejante a la de otro funcionario que se remunera con mayor salario, debe acreditar: a) que cumplía las mismas funciones que este, b) contaba con la misma preparación, y c) que reúne los requisitos que exige el empleo.

A continuación, procede la Sala a verificar si resultan acreditados estos presupuestos en el caso concreto:

(ix) En lo concerniente a las **funciones desempeñadas** por el actor, se tiene demostrado mediante la certificación obrante a folios 55 a 61, que de conformidad con la Resolución No. 2904 del 9 de agosto de 2004²⁷ «*por medio de la cual se establece el Manual Específico de Funciones y requisitos de los diferentes cargos de la planta externa de personal del Ministerio de Relaciones Exteriores*», cumplió las siguientes funciones en el cargo de auxiliar administrativo 7 PA, en el Consulado de Colombia en Santo Domingo de los Colorados, Ecuador:

“1. IDENTIFICACION

DENOMINACION AUXILIAR ADMINISTRATIVO

GRADO OCUPACIONAL 07 PA

NATURALEZA DEL CARGO LN

NUMERO DE EMPLEOS 1

DEPENDENCIA Consulado de Colombia en Santo Domingo de los Colorados-Ecuador.

²⁶ Sentencia del Consejo de Estado, rad. 2012 00286.

²⁷ Resolución vigente para el periodo de las diferencias salariales en virtud del encargo de funciones consulares, que se reclama en el *sub judice*.



SUPERIOR INMEDIATO El Jefe de la Misión.

2. DESCRIPCION DE FUNCIONES

1. Atender al público.
2. Preparar y elaborar los pasaportes y las visas que expida el consulado.
3. Prestar la asistencia necesaria a los colombianos detenidos y a los colombianos en general.
4. Efectuar la inscripción de colombianos y custodiar los registros respectivos.
5. Adelantar la expedición de tarjetas de identidad, cédulas de ciudadanía, libretas militares, certificados judiciales y de policía.
6. Adelantar la realización de las autenticaciones, reconocimientos de firmas y presentaciones personales.
7. Atender las llamadas telefónicas, recibir y transmitir los mensajes.
8. Conceder y establecer las citas.
9. Preparar la correspondencia del Consulado.
10. Informar al superior inmediato sobre las novedades encontradas en el desempeño de sus funciones.
11. Desarrollar las actividades requeridas para dar cumplimiento a las funciones que le sean encomendadas.
12. Las demás que le sean asignadas por el Jefe de Misión que por su naturaleza sean afines con las descritas en este cargo.

En la certificación señalada, la entidad demandada hace alusión a que las funciones consulares son las establecidas en el artículo 5º de la Convención de Viena sobre relaciones consulares²⁸, las cuales consisten en las siguientes:

“ARTÍCULO 5º Las funciones consulares consistirán en:

- a) proteger en el Estado receptor los intereses del Estado que envía y de sus nacionales, sean personas naturales o jurídicas, dentro de los límites permitidos por el derecho internacional;
- b) fomentar el desarrollo de las relaciones comerciales, económicas, culturales y científicas entre el Estado que envía y el Estado receptor, y promover además las relaciones amistosas entre los mismos, de conformidad con las disposiciones de la presente Convención;
- c) informarse por todos los medios lícitos de las condiciones y de la evolución de la vida comercial, económica, cultural y científica del Estado receptor, informar al respecto al gobierno del Estado que envía y proporcionar datos a las personas interesadas;

²⁸ Del 24 de abril de 1963. Entró en vigor el 19 de marzo de 1967.



d) extender pasaportes y documentos de viaje a los nacionales del Estado que envía, y visados o documentos adecuados a las personas que deseen viajar a dicho Estado;

e) prestar ayuda y asistencia a los nacionales del Estado que envía, sean personas naturales o jurídicas;

f) actuar en calidad de notario, en la de funcionario de registro civil, y en funciones similares y ejercitar otras de carácter administrativo, siempre que no se opongan las leyes y reglamentos del Estado receptor;

g) velar, de acuerdo con las leyes y reglamentos del Estado receptor, por los intereses de los nacionales del Estado que envía, sean personas naturales o jurídicas, en los casos de sucesión por causa de muerte que se produzcan en el territorio del Estado receptor;

h) velar, dentro de los límites que impongan las leyes y reglamentos del Estado receptor, por los intereses de los menores y de otras personas que carezcan de capacidad plena y que sean nacionales del Estado que envía, en particular cuando se requiera instituir para ellos una tutela o una curatela;

i) representar a los nacionales del Estado que envía o tomar las medidas convenientes para su representación ante los tribunales y otras autoridades del Estado receptor, de conformidad con la práctica y los procedimientos en vigor en este último, a fin de lograr que, de acuerdo con las leyes y reglamentos del mismo, se adopten las medidas provisionales de preservación de los derechos e intereses de esos nacionales, cuando, por estar ausentes o por cualquier otra causa, no puedan defenderlos oportunamente;

j) comunicar decisiones judiciales y extrajudiciales y diligenciar comisiones rogatorias de conformidad con los acuerdos internacionales en vigor y, a falta de los mismos, de manera que sea compatible con las leyes y reglamentos del Estado receptor;

k) ejercer, de conformidad con las leyes y reglamentos del Estado que envía, los derechos de control o inspección de los buques que tengan la nacionalidad de dicho Estado, y de las aeronaves matriculadas en el mismo y, también, de sus tripulaciones;

l) prestar ayuda a los buques y aeronaves a que se refiere el apartado de este artículo y, también, a sus tripulaciones; recibir declaración sobre el viaje de esos buques, encaminar y refrendar los documentos de a bordo y, sin perjuicio de las facultades de las autoridades del Estado receptor, efectuar encuestas sobre los incidentes ocurridos en la travesía y resolver los litigios de todo orden que se planteen entre el capitán, los oficiales, los marineros, siempre que lo autoricen las leyes y reglamentos del Estado que envía;



m) ejercer las demás funciones confiadas por el Estado que envía a la oficina consular que no estén prohibidas por las leyes y reglamentos del Estado receptor o a las que éste no se oponga, o las que le sean atribuidas por los acuerdos internacionales en vigor entre el Estado que envía y el receptor”.

Por otro lado, consultada la mencionada **Resolución 2904 del 9 de agosto de 2004** en el sitio web²⁹ del ente demandado, se desprende que frente al cargo de «segundo secretario- cónsul de segunda³⁰» de Santo Domingo de los Colorados- Ecuador, del cual predica el demandante que corresponde a las funciones consulares que le fueron encargadas, estableció las siguientes:

«1. IDENTIFICACION

DENOMINACION Segundo Secretario, Cónsul de Segunda
GRADO 02 EX
NATURALEZA DEL CARGO CD
NUMERO DE EMPLEOS 64

DEPENDENCIA Embajadas de Colombia en Alemania (2), Argentina, Austria (4), Bolivia, Brasil, Costa Rica, Cuba, España, Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, Guatemala, Honduras, Jamaica, Japón (2), Kenia, Malasia, México, Nicaragua, Países Bajos (2), Paraguay, Perú, República Dominicana, Suecia y Suiza (2).

Consulado General Central de Colombia en Miami y Nueva York (6)- Estados Unidos de América.

Consulados de Colombia en Bruselas-Bélgica; Montreal-Canadá; Nueva Loja, Quito y **Santo Domingo de los Colorados-Ecuador**; Chicago, Houston y San Francisco-Estados Unidos; Roma-Italia; Iquitos-Perú; Barinas, Barquisimeto, Caracas, Machiques, Puerto la Cruz, Puerto Ordaz, San Carlos del Zulia-Venezuela.

Misión Permanente de Colombia en la ONU-Nueva York (2) y OEA-Washington (4), Estados Unidos de América; Unesco-París, Francia y ONU-Ginebra, Suiza.

SUPERIOR INMEDIATO El Jefe de la Misión

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.

²⁹https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/resolucion_minrelaciones_2904_2004.htm.

³⁰ Cargo frente al cual solicita el demandante el pago de la diferencia salarial.



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.»

De lo anterior se advierte que las «funciones consulares» se desarrollan dentro del marco de la Ley 17 del 8 de noviembre de 1971, que incorporó a la legislación nacional, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, las cuales tienen desarrollo específico en el artículo 5 y que fueron relacionadas precedentemente.

Ahora bien, es del caso señalar que la embajada es la misión diplomática de mayor categoría y la representación oficial de un país en otros. Por otra parte, un Consulado es otra representación de un país en un territorio de menor rango con el fin de atender las necesidades de los conciudadanos que están viendo en ese país extranjero, como por ejemplo renovar o expedir pasaportes y otros documentos oficiales, ayudar a las personas retenidas, dar información importante, asistir frente a una catástrofe o emergencia, tramitar visas y permisos entre otros, comunicación de decisiones judiciales y extrajudiciales.

De esta manera, se muestra en un primer plano, que las funciones contempladas a través de la Convención de Viena sobre Relaciones



Consulares de 1963 están encaminadas a la «colaboración armónica e intermediación técnica y diplomática entre el Estado receptor y el Estado que envía, junto con la asistencia de los nacionales de este último en la circunscripción y/o territorio del primero³¹».

A su vez, del Decreto 274 de 2000 se desprende que dentro de los cargos de carrera diplomática y consular se encuentra el cargo de embajador respecto del cual su equivalente en el servicio consular es el cargo de «cónsul general central» como se desprende del párrafo primero del artículo 6º ibídem, que dispone:

“PARAGRAFO PRIMERO. El cargo de Embajador será, así mismo, de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República. En consecuencia, para ser Embajador ante un Gobierno o Representante Permanente ante un Organismo Internacional, no será requisito pertenecer a la Carrera Diplomática y Consular. El cargo de Cónsul General Central, que también es de libre nombramiento y remoción, se asimila para los efectos de este Decreto al cargo de Embajador.

La entidad accionada expresó (f. 50) que el cargo de cónsul general central tiene asignadas funciones como: «representar al gobierno nacional ante los gobiernos extranjeros y los organismos internacionales, mantener el control y disciplina necesarios para la marcha de la misión, proteger los intereses de su país y los de sus nacionales, entre otras.»

En ese orden, aunque las funciones consulares están determinadas de manera genérica en la Convención de Viena, las mismas, en el servicio consular, se encuentran, según el Decreto 274 de 2000, en cabeza del cónsul general, de quien se predicaría, principalmente,

³¹ Concepto 3 del 27 de enero de 2012 del Ministerio de Relaciones Exteriores.



el desarrollo de tales funciones conforme a lo anteriormente relacionado.

Así las cosas, las funciones asignadas al «cargo de secretario segundo- cónsul de segunda», respecto del cual se depreca por el actor el reconocimiento de salarios y prestaciones, si bien tienen relación con las «funciones consulares», como se desprende de la Convención de Viena, también hay otras que son netamente administrativas, como el «suministro de información» o la «elaboración de informes», que no necesariamente se relacionan en forma directa con las funciones consulares.

De modo que, el encargo de «funciones consulares», de manera abstracta, tal y como se asignó en los actos acusados, no es suficiente para demostrar cuáles fueron esas funciones consulares que desempeñó concretamente el actor en igualdad de condiciones del empleo de «secretario segundo-cónsul de segunda» del cual predica su desempeño en «encargo», razón por la que no resulta posible efectuar una equivalencia funcional que otorgue el derecho al reconocimiento de los salarios y prestaciones de ese empleo.

Aunado a ello, en lo concerniente a las funciones desempeñadas por el actor, se tiene demostrado mediante la certificación obrante a folios 55 a 61, que de conformidad con la Resolución No. 2904 del 9 de agosto de 2004³², el demandante no ostentó ninguno de los cargos de la carrera diplomática y consular mientras prestó sus servicios en el exterior y que en el ejercicio del cargo de auxiliar administrativo 7 PA, fue encargado de la ejecución de funciones afines al personal de apoyo de las misiones en el exterior.

³² Resolución vigente para el periodo de las diferencias salariales en virtud del encargo de funciones consulares, que se reclama en el *sub judice*.



Acorde con los lineamientos jurisprudenciales esbozados, la parte demandante se encontraba en la obligación de acreditar que efectivamente cumplió en su integridad las funciones de un empleo superior en igualdad de condiciones que éste, para así demostrar 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 del ejercicio pleno del empleo de «secretario segundo- cónsul de segunda».

No obstante, se destaca por la Sala que en el *sub iudice* no obra prueba alguna que acredite que las aludidas funciones del empleo «de segundo secretario- cónsul de segunda» fueron ejercidas plenamente por el demandante, pues aunque este enfatizó durante el curso del proceso que cumplió con las «funciones consulares» que le fueron encargadas por la entidad demandada, no realizó esfuerzo probatorio tendiente a acreditar cuáles fueron esas funciones consulares que de manera específica desempeñó en dicho encargo, así como el ejercicio de las demás funciones que le eran exigibles respecto del empleo sobre el cual pretende el reconocimiento y pago de la diferencia salarial y prestacional.

Por lo anterior, la Sala no tiene certeza de que las «funciones consulares» que fueron «encargadas» al demandante son exclusivas e inherentes al cargo del cual predica la equivalencia salarial y prestacional, o si por el contrario, estas resultaban compatibles con el empleo de auxiliar administrativo 7 PA, ya que dentro de sus funciones estaban las de atender al público, preparar y elaborar los pasaportes y las visas que expida el consulado, prestar la asistencia necesaria a los colombianos detenidos y a los colombianos en general, efectuar la inscripción de colombianos y custodiar los registros respectivos, adelantar la expedición de tarjetas de identidad, cédulas de ciudadanía, libretas militares, certificados judiciales y de policía», circunstancia que



imposibilita efectuar la equivalencia funcional que reclama el demandante.

(x). Frente a la acreditación de **los requisitos para desempeñar el cargo** respecto del cual se pretende la nivelación salarial, se tiene, por una parte, que la Resolución No. 2904 del 9 de agosto de 2004, establece los requisitos del empleo de «auxiliar administrativo 07 PA» y el de «secretario segundo-cónsul de segunda», así:

**“DENOMINACION AUXILIAR ADMINISTRATIVO
GRADO OCUPACIONAL 07 PA**

(...)

3. REQUISITOS

Título de Bachiller o su equivalente de acuerdo con el país y 24 meses de experiencia”:

(...)

DENOMINACION Segundo Secretario, Cónsul de Segunda

(...)

3. REQUISITOS

Pertenecer a la Carrera Diplomática y Consular o cumplir los requisitos establecidos por el artículo 61 del Decreto-ley 274 de 2000 o su Decreto Reglamentario número 337 de 2000.

De otra parte, los requisitos para desempeñar el cargo de segundo secretario – cónsul de segunda, según el artículo 61³³ del Decreto Ley 274 de 2000 « Por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular» son:

“ARTÍCULO 61. Condiciones Básicas. La provisionalidad se regulará por las siguientes reglas:

³³ Se relaciona el artículo 61 del Decreto ley 274 de 2000 y el Decreto 337 de 2000 donde se indican los requisitos que se deben cumplir para desempeñar en provisionalidad cargos de carrera diplomática y consular, los cuales no cumplía el demandante, lo que denota que tampoco podía ser encargado de ese empleo.



a. Para ser designado en provisionalidad, se deberán cumplir los siguientes requisitos:

1.) Ser nacional Colombiano

2.) Poseer título universitario oficialmente reconocido, expedido por establecimiento de Educación Superior, o acreditar experiencia según exija el reglamento.

3) Hablar y escribir, además del español, el idioma inglés o cualquier otro de los idiomas oficiales de Naciones Unidas. No obstante el requisito de estos idiomas, podrá ser reemplazado por el conocimiento del idioma oficial del país de destino.

b. El servicio en el exterior de un funcionario nombrado en provisionalidad no excederá de cuatro años, salvo circunstancia de especial naturaleza calificada en cada caso por la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular.

c. En lo pertinente aplicarán a los funcionarios en provisionalidad los beneficios laborales por traslado contenidos en el Artículo 62 y las condiciones de seguridad social y de liquidación de pagos laborales a las que aluden los Artículos 63 a 68 de este Estatuto.

d. Cuando el funcionario en provisionalidad sea desvinculado del servicio por insubsistencia, tendrá derecho a dos meses de plazo para hacer dejación del cargo y regresar al país.

PARÁGRAFO. Las condiciones básicas contenidas en este Artículo se sustentan en la Especialidad del servicio exterior. Por lo tanto, no confieren derechos de Carrera”.

Y el Decreto Reglamentario No. 337 de 2000, dispuso:

“Artículo 1º. Condiciones. Las personas designadas en provisionalidad, deberán cumplir las condiciones contempladas en el artículo 61 del Decreto-ley 274 de 2000.

Artículo 2º. Experiencia. Cuando la persona designada en provisionalidad debiere acreditar el requisito de la experiencia, consagrado en el artículo 61, literal a), numeral 2 del Decreto-ley 274 de 2000, se tendrán en cuenta las siguientes exigencias:

- a) Para ocupar cargos correspondientes a la categoría de Ministro Plenipotenciario: 7 años de experiencia;
- b) Para ocupar cargos correspondientes a las categorías de Ministro Consejero o Consejero: 6 años de experiencia;
- c) Para ocupar cargos correspondientes a la categoría de Primer Secretario: 5 años de experiencia;
- d) Para ocupar cargos correspondientes a la categoría de Segundo Secretario: 4 años de experiencia;



e) Para ocupar cargos correspondientes a la categoría de Tercer Secretario: 3 años de experiencia.
(...)”.

Al respecto, revisado el acervo probatorio, se encuentra que no fue allegada la hoja de vida del demandante, circunstancia que impide establecer con grado de certeza, si este cumplía o no con los requisitos para desempeñar el cargo de «secretario segundo-cónsul de segunda».

(xi). La Sala reitera que, para pretender la remuneración salarial y prestacional de un empleo superior, el interesado debe acreditar el ejercicio de la plenitud de las funciones de otro cargo distinto al cual fue nombrado, es decir, que era obligación del demandante demostrar el cumplimiento de las mismas funciones del empleo del cual pretende la equivalencia salarial, y que los quehaceres corresponden a un nivel superior a los asignados al empleo al que se encuentra nombrado.

(xii). En ese sentido, a las partes dentro del proceso judicial, se les impone una carga procesal consistente en la obligación de presentar las pruebas demostrativas de los hechos señalados en la demanda o de las excepciones que se aleguen en la contestación. Lo anterior, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso:

«[...] ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.
[...]»

No cumplir con lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso, trae consecuencias desfavorables para la parte que omitió la carga procesal que se le impuso, toda vez que al no probar los supuestos de hecho que alega, se somete a que la decisión se



profiera en su contra, ya sea con fundamento en lo probado por la otra parte o por la ausencia de pruebas que avalen sus alegatos. Sobre el particular la jurisprudencia ha precisado³⁴ lo siguiente:

«[...]

Ahora, aunque la carga procesal estatuida en el artículo 177 del CPC (hoy artículo 167 del CGP) tiene la finalidad explicada, la jurisprudencia ha dicho que esta es potestativa de las partes. Quiere decir ello, que no es posible que el juez obligue a las mismas a cumplirla, en tanto su ejercicio conlleva un interés propio del sujeto procesal y es este quien debe soportar las consecuencias negativas que se produzcan en su contra ante la falta de actividad probatoria. Al respecto se dijo³⁵:

[...]

De esta manera, la carga procesal que el legislador impuso a las partes dentro del proceso judicial de probar los supuestos de hecho que alegan, busca que las mismas sean activas y que no se limiten a que únicamente sea el juez quien se preocupe por encontrar la verdad, no obstante, es facultativa de la parte, quien se arriesga, en caso de no cumplirla, a que la decisión emitida vaya en contra de su interés. [...]

(xiii). En el presente caso no se demostró que al señor Eduardo Alonso Rodríguez le fueron asignadas la totalidad de los compromisos de labor como «**secretario segundo- cónsul de segunda**», ni que ejecutó idénticas funciones del empleo sobre el cual pretende el pago de la nivelación salarial, como tampoco, si tenía las mismas responsabilidades de este.

(xiv). Ahora bien, aunque no se desconoce que al demandante le fueron encargadas «funciones consulares», tal y como se desprende de las Resoluciones 1491 del 10 de mayo de 2004 (con algunas interrupciones) y 0617 del 3 de febrero de 2006, esa sola circunstancia no resulta suficiente para que pueda considerarse que el señor Eduardo Alonso Rodríguez también cumplió las demás

³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de mayo de 2010. Expediente 23001-31-10-002-1998-00467-01.

³⁵ Corte Constitucional, sentencia C-086 de 2016. Ver también las sentencias C-1512 de 2000, C-1104 de 2001, C-662 de 2004, C-275 de 2006, C-227 de 2009 y C-279 de 2013, entre otras.



labores que le eran exigibles al cargo de segundo secretario, puesto que, según se puede observar de las funciones previamente transcritas, no existe certeza de cuáles fueron las que desempeñó el actor, además que algunas funciones son administrativas y no propiamente consulares. En esa medida, al no corroborarse que el demandante realizaba en su integridad las funciones asignadas al empleo cuya remuneración salarial pretende, no es posible efectuar la comparación funcional que daría lugar a la nivelación salarial solicitada en la demanda.

(xv). Así mismo, enfatiza la Sala en que el hecho de desempeñar una o algunas de las funciones de un cargo de nivel superior dentro de la planta de personal de una entidad pública no genera *per se* para el empleado, el derecho a «acceder a la nivelación salarial», toda vez que el perfil del cargo se perfecciona con el compendio y cumplimiento completo de las actividades que en conjunto satisfacen la misión encomendada al trabajador y que adaptan el perfil del rol a determinada jerarquía.

(xvi). En tal sentido, el interesado debe acreditar que cumplió las mismas funciones asignadas al cargo del cual reclama el salario, que el empleo tiene idénticas responsabilidades y categoría y además, que reúne los requisitos que se exigen para ocuparlo. Cumplidos estos presupuestos, es posible aplicar el principio «a trabajo igual, salario igual» establecido en el artículo 53 de la Constitución Política de 1991, circunstancias que no lograron ser demostradas por el señor Eduardo Alonso Rodríguez.

Conclusión. Bajo el anterior contexto, la Sala advierte que el demandante no logró probar el desarrollo de las funciones del empleo de «secretario segundo- cónsul de segunda», respecto del cual deprecia la nivelación salarial y que presuntamente desempeñó mientras estuvo nombrado en el cargo de «auxiliar administrativo 7 PA».



Adicionalmente, el demandante no se desprendió del cargo del cual era titular como «auxiliar administrativo 7 PA», por lo tanto, no se demostró que hubiera realizado en su integridad las funciones asignadas a otro empleo de mayor jerarquía.

Las funciones consulares que le fueron «encargadas» además de ser «abstractas», fueron transitorias, sin que el demandante fuera separado de su empleo titular como auxiliar administrativo 7 de apoyo en el exterior, cargo que como lo indicaba el artículo 7 del Decreto 274 de 2000, comportaba un grado considerable de confianza y confidencialidad; por tal razón, en el presente caso, el solo encargo de funciones no le otorgaba al actor el derecho a la equiparación salarial y prestacional respecto de otro cargo de superior categoría perteneciente a la carrera diplomática y consular, pues para ello debía demostrar los requisitos, ser nombrado y posesionado en el mismo, y el cumplimiento a plenitud de la funciones de este, según los lineamientos jurisprudenciales expuestos en precedencia.

Acorde con lo expuesto, en el asunto se aplicará el principio *actore non probante, reus absolvitur*³⁶, según el cual, ante la carencia de contundencia de los medios de prueba para fundamentar las razones de la demanda se impone la postura negativa a las pretensiones de la parte demandante.

Por lo expuesto, se revocará la sentencia de primera instancia que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, toda vez prosperaron los argumentos del recurso de apelación.

³⁶ El término *actore non probante, reus absolvitur*, señala que el demandado debe ser absuelto de los cargos si el demandante no logra probar los hechos fundamento de su acción.



6. Condena en costas de segunda instancia

Esta Sección³⁷ ha precisado que el concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos o expensas del proceso llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación, pólizas, copias, etc.

En el presente caso, al tenor del numeral ordinal 4.º del artículo 365 del CGP, se condenará en costas a la parte demandante, en la medida que resultó vencida en el proceso y se demostró su causación por cuanto la entidad demandada intervino en esta instancia.

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

F A L L A:

PRIMERO. REVOCAR la sentencia 5 de julio de 2018, proferida el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. En su lugar,

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 2 de junio de 2018, C.P. William Hernández Gómez, número de radicado: 13-001-23-33-000-2013-00100-01 (3515-2015)



Radicado: 25000 23 42 000 2016 01550 01
Número interno: 0729-2019
Demandante: Eduardo Alonso Rodríguez

SEGUNDO. NEGAR las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por el señor EDUARDO ALONSO RODRÍGUEZ contra la NACIÓN- MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, con fundamento en las razones expuestas.

TERCERO. CONDENAR en costas en segunda instancia a la parte demandante, las cuales se liquidarán por el a quo.

CUARTO. En firme esta decisión devuélvase el expediente al Tribunal de origen y efectúense las anotaciones en el programa SAMAI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
Firmado electrónicamente

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
Firmado electrónicamente

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
Firmado electrónicamente

Esta providencia fue firmada electrónicamente. La autenticidad e integridad de su contenido pueden ser validadas escaneando con su celular el código QR que aparece a la derecha, o ingresando a la dirección <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080> , en donde debe colocarse el código alfanumérico que aparece en el acto de notificación o comunicación.

