



República de Colombia
Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Sección Segunda – Subsección 7
Magistrada: Dra. Patricia Salamanca Gallo

Bogotá D.C., once (11) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Accionante : Martha Patricia Clavijo Jaimes
Demandado : Nación- Ministerio de Defensa Nacional
Expediente : 110013335018201500724-02
Acción : Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación (f. 304 s) presentado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 6 de diciembre de 2018 (f. 294s.) por el Juzgado 18 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, la señora Martha Patricia Clavijo Jaimes a través de apoderado judicial, solicita que se declare la nulidad de los Oficios 52059 y 64909, del 5 de agosto y 18 de septiembre de 2014, respectivamente, mediante los cuales la Entidad demandada negó el ascenso y pago de las diferencias salariales, por considerar que laboró en el cargo de Profesional de Defensa Grado 10.

A título de restablecimiento del derecho, solicita que se declare y reconozca que las funciones desempeñadas por la actora a partir del mes de mayo de 2004 en adelante son las ejercidas por un Profesional de Defensa Grado 10; como consecuencia pide ser ascendida al citado cargo y que se le paguen las diferencias salariales y prestacionales, cesantías, vacaciones, primas, bonificaciones y demás emolumentos dejados de percibir desde el 1 de mayo de 2004 y hasta el 25 de junio de 2010.

Así mismo, solicita reliquidar la pensión de jubilación con base en la asignación básica mensual correspondiente al cargo de Profesional de Defensa Grado 10, desde el 25 de julio de 2010 en adelante; y que los descuentos en salud generados por el reajuste de la mesada pensional se efectúen desde el mes en que el reajuste pensional ingrese en la nómina de pensionados. Finalmente, solicita indexación e intereses moratorios sobre las sumas que le sean reconocidas.

2. Hechos

El apoderado de la parte actora refiere que su representada ingresó al Ministerio de Defensa como empleada civil a partir del 1 de julio de 1998, desempeñándose en varias dependencias de la Entidad hasta que en febrero de 1999, cuando fue asignada al Grupo Prestaciones Sociales de la Dirección de Veteranos y Bienestar Social, donde permaneció hasta su retiro.

Indica que ejerció las funciones de *“sustanciadora, liquidadora de expedientes por anticipos de cesantías, cesantías definitivas y pensiones de jubilación”*; *“sustanciadora, liquidadora y nominadora de procesos de causación de cesantías de la Caja Promotora de Vivienda Militar, del Fondo Nacional del Ahorro, del personal de justicia penal militar de los diferentes fondos de cesantías”*; *“reconocimiento de cesantías definitivas del personal de secretaría General, afiliados al Fondo Nacional del Ahorro y de cesantías del personal de la Justicia Penal Militar”*; y *“sustanciadora de las cuotas partes pensionales de las diferentes entidades del Estado del orden nacional y territorial, en el área de bonos y cuotas partes pensionales”*

Señala que la demandante asumió las funciones de reconocimiento de cuotas partes pensionales que estaban a cargo de los Profesionales Carlos Gerardo Benavides, Elizabeth Colmenares y Martha Nelly Ramírez quienes se retiraron por tener derecho a la pensión. Anota que la Entidad no asignó nuevos profesionales para reemplazarlos; hasta que *“llegó un momento que quedó únicamente el jefe de esa área”*.

Manifiesta que la accionante era Tecnóloga en Administración de Empresas, Gestión Comercial y de Negocios desde el 13 de julio de 2001; y Administradora de Empresas, título profesional que obtuvo el 12 de diciembre

de 2003, cumpliendo con los requisitos para el ejercicio del empleo de profesional.

Indica que la demandante ejerció el cargo de sustanciadora de cuotas partes pensionales del área de bonos y cuotas partes pensionales hasta el 15 de julio de 2008, cumpliendo las funciones de profesional; hasta que asumió el empleo de Analista de Bonos Pensionales que es del nivel profesional. Agrega que la Entidad demandada nombró en provisionalidad en los cargos de profesional y no la tuvo en cuenta, pese a su excelente desempeño.

Manifiesta que se retiró del servicio el 25 de junio de 2010 por tener derecho a la pensión, reconocida mediante la Resolución No. 2563 del 19 de julio de 2010 con el salario del cargo de Técnico de Servicios Grado 17, en el que fue nombrada desde el 31 de agosto de 2007, efectiva a partir del retiro.

Señala que solicitó a la entidad demandada la reliquidación y pago de las prestaciones con fundamento en el salario de un profesional de defensa grado 10, ya que fueron las funciones desempeñados entre mayo de 2004 y junio de 2010. Agrega que la Administración negó lo pedido mediante los actos acusados.

3. Normas Violadas y Concepto de la Violación

Señala como violados los artículos 4, 6, 13, 25, 53, 58 de la Constitución; 3, 9, 31, 42, 74, 75, 79, 80 de la Ley 1437 de 2011; y 1, 4, 5 y 7 Ley 1496 de 2011.

Afirma que la Administración vulneró las normas constitucionales invocadas pues desconoció el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, ya que la demandante fue vinculada para ejercer un cargo y terminó cumpliendo desde el año 2004 hasta el 2010 las funciones de un empleo diferente, profesional, sin recibir la contraprestación correspondiente al desempeño.

Expresa que al no reconocer la Entidad la realidad de las desiguales condiciones de trabajo de la demandante y no acceder a equilibrarlas con las de los funcionarios que ejercían el empleo de profesional, vulneró el derecho a la igualdad salarial y de retribución laboral.

Manifiesta que la jurisprudencia del Consejo de Estado es pacífica en torno a la aplicación de los principios de la realidad sobre las formalidades en cuanto al desempeño de cargos públicos; y de a trabajo igual salario igual, “ cuando se exijan mayores calidades y requisitos, se ejerzan funciones de gran responsabilidad que requieran de mayor experiencia, dedicación y conocimientos que el desempeñado, es decir, las situaciones y condiciones sean diferentes, no se justifica un tratamiento diferenciado y por ende debe darse aplicación al principio de a trabajo igual salario igual” (f. 133), desconocidos por la Entidad demandada.

4. Contestación de la Demanda

La apoderada judicial de la parte accionada contestó la demanda en los siguientes términos (f. 190 s.):

Señala que conforme a los argumentos de la demandada se evidencia que no está demostrada la violación a las normas legales ni constitucionales, por el contrario, la Administración ha dado aplicación al régimen legal vigente.

Indica que conforme el artículo 122 de la Constitución no hay empleo público sin funciones. Anota que “*existen tres clases de vinculaciones con las entidades del Estado que tienen sus propios tipificadores, a saber: a) de los empleados públicos (régimen legal y reglamentario); b) de los trabajadores oficiales (relación contractual laboral) y c) de los contratistas de prestación de servicios (relación contractual estatal).* (f. 191). Formula las excepciones de “*caducidad*” y “*falta de agotamiento requisito de procedibilidad*”

5. La sentencia recurrida

El Juzgado 18 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C. en sentencia de 6 de diciembre de 2018 (fls. 291s) negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en los siguientes argumentos:

Luego de realizar un análisis a las normas que se refieren a las promociones y cambios de nivel de los empleos para personal civil del Ministerio de Defensa regido por el Decreto 1214 de 1990. Anota que la actora prestó sus servicios en la Entidad demandada en los siguientes cargos:

“adjunto cuarto, adjunto primero, especialista sexto, especialista quinto, especialista cuarto y Técnico de servicios 17” hasta el 25 de junio de 2010. (f. 296)

Señala que al momento del retiro la demandante ostentaba un empleo perteneciente al nivel técnico de conformidad con el Decreto 92 de 2007 que dispuso el cambio de nomenclatura de los empleos del Sector Defensa, por ello el cargo de especialista pasó a nivel técnico. Agrega que la accionante durante el servicio no fue promovida ni cambiada de nivel.

Afirma que por sentencia no se puede cambiar la naturaleza del cargo para el cual fue nombrada, más aún cuando ya se encuentra retirada; sin embargo, precisa que la jurisprudencia de lo Contencioso Administrativo ha sostenido que en el caso de ejercerse funciones distintas a las del cargo y de probarse tal circunstancia, el empleado tiene derecho al pago de las diferencia salarial y prestacional a título de compensación o indemnización por la labor desarrollada, pero no los derechos derivados del empleo como el de ascenso o ingreso a un nuevo cargo y al pago de salarios de conformidad con éste, por lo que verifica si se dan los presupuestos para el pago de la diferencia que reclama.

Precisa que, pese a que en la demanda se afirma que la demandante desde el año 2004 en adelante viene ejerciendo las funciones de Profesional de Defensa Grado 10, las pruebas allegadas solo permiten realizar el análisis a partir del año 2008 y hasta el retiro.

El *a quo*, compara las funciones específicas del empleo de Técnico de Servicios 5-1 para el cual se encontraba nombrada la actora; con las del cargo de Analista de Bonos pensionales conforme las actas de entrega que se le hizo a la demandante el 15 de julio de 2008; y las del empleo de profesional de defensa código 3-1 Grado 10 asignado a la dependencia donde labora la demandante; y concluye que las actividades desempeñadas por la accionante cuando se le hizo entrega del cargo de Analista de Bonos Pensionales son idénticas a las específicas del empleo para el cual se encontraba nombrada.

Señala que las funciones del cargo de técnico de servicios no se asemejan a las de profesional de defensa Grado 10, pues las asignadas a la demandante están enfocadas al análisis, verificación, emisión, reconocimiento,

reliquidación solamente de bonos pensionales, mientras que las de profesional efectúa reconocimientos o reajustes de derechos pensionales y prestacionales, cumplimiento de sentencia entre otros.

Indica que la demandante en su calidad de técnico de servicios al desempeñar el cargo de "Analista de Bonos Pensionales" desde el año 2008, ejercía las funciones inherentes a dicho empleo, las cuales no corresponden a las del cargo de Profesional de Defensa Código 3-1 Grado 10. Anota que si bien la entrega de las funciones del empleo de Analista fue realizada por un Profesional de Defensa 10, esa sola circunstancia no le permite devengar el salario del nivel superior al que pertenece, pues las actividades que desarrolló corresponde a las del empleo al cual se encontraba nombrada; por lo que no procede la aplicación del principio de "primacía de la realidad sobre las formas" y de "trabajo igual salario igual".

6. Recurso de apelación.

Inconforme con la sentencia, la parte demandante sustentó el recurso de apelación de la siguiente manera (fls.304s.):

Argumenta que el *a quo*, desconoció no solo las disposiciones constitucionales sobre los derechos fundamentales de la demandante a la igualdad de trato de parte de las autoridades consagrado en los artículos 13 y 29 de la Constitución, sino también los parámetros formales y de fondo para proferir una sentencia. (art. 187 CPACA). Anota que el Juez de primera instancia hizo un resumen incompleto de la demanda y de su contestación; y que no realizó un análisis crítico de las pruebas "relacionaron dieciocho (18) pruebas documentales y se afirmó en forma genérica, que son hechos probados (...) pero no se hizo explicación razonada de las conclusiones sobre las pruebas... con el fin de ayudar a entender y a desatar la controversia planteada" (f. 304). Indica que no se expuso con claridad y precisión los razonamientos legales de equidad y doctrinas necesarios para fundamentar la conclusión de la sentencia.

Hace un recuento de las actuaciones adelantadas en el trámite del proceso desde la presentación de la demanda hasta que se profirió la sentencia; y resalta las que considera "les quita cualquier vestigio de legalidad" al trámite del proceso hasta llegar a la sentencia ; entre esas, que quien contestó la

demanda y actuó en el proceso en nombre de la Entidad demandada lo hiciera inicialmente sin aportar el respectivo poder; y una vez allegado, tres meses después en la audiencia inicial, el Juez no le reconoció personería para actuar y tuvo en cuenta todas sus actuaciones.

Refiere que en la audiencia inicial celebrada el 29 de marzo de 2017 se declaró probada la excepción de falta de diligencia de conciliación prejudicial, por lo que se dio por terminado el proceso, sin embargo, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante providencia de 21 de julio de ese año revocó la decisión y ordenó que se continuara con la audiencia inicial. Anota que en la continuación de la diligencia la abogada que afirmaba actuar en nombre de la entidad demandada no asistió y dentro del término de los 3 días *“presentó excusa a mano, aduciendo sin probarlo que se encontraba en goce de vacaciones, como si fuera una excusa válida para justificar su inasistencia”* y el Juez le aceptó *“la increíble, inexistente y no probada causal de “encontrarse en vacaciones”* y se abstuvo de imponerle la multa que prevé la norma para estos casos, lo que generó otra irregularidad en el trámite del proceso.

Manifiesta que, para negar las pretensiones de la demandada, el *a quo* *“utiliza una opinión personal suya (...) sobre la base que el Juzgado cree que por encontrarse retirada del servicio, resulta inane la pretensión de la actora de ser ascendida a través de la sentencia apelada”* (f. 309) y en contravía del artículo 187 del CPACA no respalda sus afirmaciones con la norma y pruebas.

Señala que el *a quo* se abstuvo de precisar las razones por las que no considera posible acceder a ordenar el reconocimiento y pago de dichas diferencias salariales y prestacionales.

Afirma que el análisis comparativo que realizó el *a quo* de las funciones no es acertado, pues pese a que manifestó que se encontraba acreditado en el plenario que *“la demandante desempeñó las funciones de un PROFESIONAL DE DEFENSA, CÓDIGO 3-1 GRADO 10, de la Dirección Administrativa – Grupo Prestaciones Sociales desde el quince (15) de Julio del año 2008, fecha en que fue entregado ese cargo”* tuvo en cuenta el *“Formato de Descripción de Funciones Específicas de Empleados, expedido el cuatro (4) de noviembre del año 2009”*, lo que implica que dejó de analizar el período comprendido entre el 15 de julio de 2008 y el 3 de noviembre de 2009.

Señala que el Manual de Funciones y Competencias del empleo de Profesional de Defensa Código 3-1 Grado 10 de la Dirección Administrativa del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa incluido en el comparativo realizado por el *a quo* fue expedido el 28 de octubre de 2016, por lo que no es un parámetro válido para comparar las funciones con las específicas del cargo de Técnico de Servicios Código 5-1 Grado TS 17 vigentes entre julio de 2008 y julio de 2010.

Anota que en la sentencia se indicó *“que no se demostró que el abogado Leonardo Melo que el 25 de junio de 2010 le recibió a MARTHA PATRICIA el cargo de Analista de Bonos Pensionales, perteneciera al Nivel Profesional y que ejercía el empleo de Profesional de Defensa Código 3-1 grado 10, perteneciera al nivel profesional. Al contrario de lo que dice la sentencia apelada, la demandante no tenía la carga de probar que el abogado LEONARDO MELO pertenecía al Nivel Profesional, sino que es a la parte demandada a la que compete acreditar esa circunstancia”*. (f. 311)

II. CONSIDERACIONES

Surtido del trámite legal del proceso ordinario y sin que se observe vicio de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a adoptar la decisión que en derecho corresponda, previo el análisis de los elementos probatorios allegados de la siguiente manera.

1. Cuestión Previa

El apoderado de la parte actora refiere que el *a quo* no cumplió con lo previsto en el artículo 187 del C.P.A.C.A. lo que *“le quita cualquier vestigio de legalidad”* al trámite del proceso como a la sentencia.

Advierte la Sala que contrario a lo indicado por la parte actora, el fallo proferido el 6 de diciembre de 2018 en el proceso de la referencia (fls. 291s) contiene todos los elementos que debe contemplar una sentencia: un breve resumen de la demanda y de su contestación y un análisis de las pruebas y los razonamientos legales, en los cuales se fundamentó el Juez para concluir que al demandante no le asiste derecho al pago de las diferencias salariales y

prestacionales originadas por ejercer labores de un profesional de defensa grado 10 de la planta de personal del Ministerio de Defensa Nacional.

En efecto, el que el fallo de primera instancia no hubiese realizado el análisis en la forma que la parte actora lo pretende no implica que sea ilegal, máxime cuando no se indica el aspecto de la demanda o de la contestación que dejó de tener en cuenta; o las normas que a su juicio debieron ser estudiadas por el *a quo*.

Ahora bien, respecto a los desacuerdos que la parte recurrente expone se produjeron durante el trámite del proceso, como son la carencia de poder de quien actuó en nombre de la Entidad demandada o que no se le impusiera a ésta multa por inasistencia a la audiencia inicial, son decisiones que se encuentran en firme, frente a las cuales debió oponerse en las oportunidades legales, sin que configuren causales de nulidad que invaliden lo actuado.

1. Problema Jurídico

El problema jurídico se contrae a establecer i) si se debe aplicar la prescripción extintiva, ii) si existió una indebida valoración de las 18 pruebas que enlista el *a quo*; iii) si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de diferencias salariales y prestacionales generadas por haber desempeñado un cargo distinto para el cual fue nombrada, iii) en caso afirmativo, si es procedente el reajuste de la pensión de jubilación.

2. Sobre la procedencia de la prescripción extintiva

La Sala advierte que el fenómeno de la prescripción extintiva fue consagrado en atención al deber que tiene cada persona de reclamar sus derechos en un tiempo prudencial fijado en la ley; es decir, si los derechos que se han adquirido no se solicitan en un determinado lapso fijado por una norma, se pierde la oportunidad para ejercerlos ante la ausencia del interés que presume el legislador, por parte de quien ostenta el derecho.

El H. Consejo de Estado se ha pronunciado respecto de la prescripción extintiva en los siguientes términos:

“La jurisprudencia ha definido la prescripción extintiva, como «[...]el deber de cada persona de reclamar sus derechos en un tiempo prudencial que está fijado en la Ley, es decir, que los derechos que se pretenden adquiridos, para ejercerlos se tiene un lapso en el que deben ser solicitados [...]»¹.

(...)

En efecto, la prescripción hace alusión directa a la pretensión, esto es, al derecho, y constituye el término particular para adquirirlo o extinguirlo.² Es decir, es el fenómeno mediante el cual el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el sólo transcurso del tiempo, de acuerdo con las condiciones descritas en las disposiciones que para cada situación se dicten, bien sea en materia adquisitiva o extintiva³.

Sobre el particular esta Corporación ha señalado, lo siguiente:

«[...] La prescripción extintiva tiene que ver con el deber de cada persona de reclamar sus derechos en un tiempo prudencial el cual está fijado en la Ley, es decir, que los derechos que se pretenden adquiridos, para ejercerlos se tiene un lapso en el que deben ser solicitados so pena de perder dicha administración. La Corte Constitucional frente a la prescripción de derechos, en sentencia C-662 de 2004, Magistrado Ponente (...), estableció los siguientes parámetros: “La prescripción, como institución de manifiesta trascendencia en el ámbito jurídico, ha tenido habitualmente dos implicaciones: de un lado ha significado un modo de adquirir el dominio por el paso del tiempo (adquisitiva), y del otro, se ha constituido en un modo de extinguir la acción (entendida como acceso a la jurisdicción), cuando con el transcurso del tiempo no se ha ejercido oportunamente la actividad procesal que permita hacer exigible un derecho ante los jueces. A este segundo tipo de prescripción es al que hace referencia, la norma acusada. Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido que: “El fin de la prescripción es tener extinguido un derecho que, por no haberse ejercitado, se puede presumir que el titular lo ha abandonado. [...] Por ello en la prescripción se tiene en cuenta la razón subjetiva del no ejercicio, o sea la negligencia real o supuesta del titular;”. De acuerdo con lo anterior se tiene que la norma establece para el ejercicio de los derechos un tiempo determinado dentro del cual se debe solicitar su ejecución, y si transcurre dicho tiempo y no se solicitó, se traduce en la pérdida de interés para

¹ Consejo de Estado - Sección Segunda - Subsección B, Sentencia de 8 de mayo de 2014, radicado N° 080012331000201202445 01 (2725-2012), C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en la cual se reiteró los siguientes pronunciamientos de 26 de enero de 2012, Expediente N° 1608 de 2011, demandante Carlos Dussan Pulecio C.P. Dr. Victor Hernando Alvarado Ardila; y de 23 de septiembre de 2010, expediente N° 1201 de 2008, actores: Marco Fidel Ramírez Yépez y Otros. C.P.: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Consuelo Sarrio Olcos. Bogotá D.C., diez y ocho (18) de octubre de mil novecientos noventa y seis (1996). Radicación número: Radicación número: 7934.

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez (E). Bogotá D.C., cuatro (4) de julio de dos mil trece (2013). Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00301-00(1131-12). Actor: Luz Stella Trujillo Cortés. Demandado: Procuraduría General de La Nación

ejercerlo⁴. [...]»⁵(negrillas fuera de texto).

2.1. De la prescripción de los derechos reclamados.

Se advierte que la demanda persigue el pago de las diferencias salariales y prestacionales, cesantías, vacaciones, primas, bonificaciones y demás emolumentos dejados de percibir entre el 1 de mayo de 2004 y hasta el 25 de junio de 2010, por haber desempeñado funciones diferentes al cargo para el cual fue nombrada en la Entidad demandada, mientras se encontraba en servicio activo.

Con relación a qué se considera una prestación periódica, la Corte Constitucional en la Sentencia C-108 de 1994⁶, MP Dr. Hernando Herrera Vergara, ha dicho:

*“En el régimen laboral colombiano por **“prestaciones sociales”** se entienden los pagos que el empleador hace al trabajador en dinero, especie, servicios u otros beneficios, con el fin de cubrir los riesgos o necesidades de este que se originan durante la relación de trabajo o con motivo de la misma. Se diferencian de los salarios en que no retribuyen directamente los servicios prestados y de las indemnizaciones en que no reparan perjuicios causados por el empleador.*

En cuanto a su origen, las prestaciones pueden ser creadas por ministerio de la ley, o pactadas en convenciones y pactos colectivos o en el contrato de trabajo, o establecidas en los reglamentos de trabajo, en fallos arbitrales, o en cualquier otro acto unilateral del empleador.

La doctrina distingue las prestaciones en dinero, según se concreten en una suma única o en el abono de prestaciones periódicas. Se cita como ejemplo más frecuente el de los sistemas de capital o renta para indemnizar a las víctimas de riesgos o infortunios laborales. Las prestaciones periódicas a su vez pueden ser transitorias o permanentes; por lo general, se denominan subsidios a las indemnizaciones periódicas con corta duración y pensiones cuando se abonan durante bastante

⁴ Ver auto del Consejo de Estado. Sala de Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda - Subsección “A”. Consejera Ponente: Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez (E). Bogotá D.C., siete (07) de septiembre de dos mil quince (2015). Expediente No. 270012333000201300346 01. No. Interno: 0327-2014. Actor: Sandra Patricia Mena Martínez.- Demandada: Departamento Del Chocó - Dasalud.- Ver también sentencia del Consejo de Estado del 26 de marzo de 2009, actor José Luis Acuña Henríquez, radicado 1134-2007.

⁵ Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, 22 de octubre de 2018, Radicación número: 05001-23-33-000-2016-01674-01(4117-17), Actor: GLORIA LUCIA VALENCIA OSSA, Demandado: DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

⁶ Mediante esta sentencia la Corte declara “EXEQUIBLE el inciso tercero del artículo 136 del Decreto Ley 01 de 1984, como fue subrogado por el artículo 23 del Decreto Extraordinario 2304 de 1989 (Código Contencioso Administrativo) en los términos del presente fallo.”

tiempo e incluso con carácter vitalicio.

*Con respecto a su forma, las prestaciones a su vez pueden ser **uniformes o variables**. Las primeras se limitan a garantizar niveles mínimos de subsistencia o de atención, con independencia de los diversos recursos de los beneficiarios. En cambio, las segundas actúan de acuerdo a los ingresos de los asegurados con las contribuciones que ellos mismos efectúan o que por ellos se producen y con el objetivo de mantener un nivel económico determinado.” (Resaltado del texto original)*

Por su parte, en cuanto al alcance y contenido del concepto de prestación periódica, el Consejo de Estado ha señalado que:

“La posibilidad de demandar en cualquier tiempo, apunta a los actos que tienen el carácter de “prestación periódica”, es decir, aquellos actos que reconocen emolumentos que habitualmente percibe el beneficiario.

*En ese sentido, dentro de los actos que reconocen prestaciones periódicas, están comprendidos no sólo las decisiones que reconocen prestaciones sociales, sino también aquellos que reconocen prestaciones salariales que periódicamente sufragan al beneficiario, **siempre y cuando la periodicidad en la retribución se encuentre vigente.**”⁷ (negrilla fuera de texto).*

Así pues, la Alta Corporación aclaró que las prestaciones periódicas son aquellos pagos corrientes que le corresponden al trabajador, originados en una relación laboral o con ocasión de ella, que se reclamen, siempre y cuando no haya culminado el vínculo laboral, **pero una vez finalizado las denominadas prestaciones periódicas dejan de serlo**, salvo las correspondientes a la prestación pensional o una sustitución pensional que pueden ser demandados en cualquier tiempo, aún después de culminado el vínculo laboral.

Por lo tanto, la prescripción de derechos del régimen prestacional del personal civil del Ministerio de Defensa se encuentra regulado en el artículo 129 del Decreto 1214 de 1990, que establece: *“El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en este estatuto prescribe a los cuatro (4) años, que se cuentan desde la fecha en que la respectiva prestación se hace exigible. El reclamo escrito recibido por entidad competente sobre un derecho o prestación determinada interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual”.*

De conformidad con lo expuesto, se advierte que una vez causado un derecho, se cuenta con un lapso de cuatro años para reclamarlo, inicialmente

⁷ Sentencias del 28 de junio de 2012 Consejo de Estado Subsección A, radicado interno 1352-10, CP Dr. Alfonso Vargas Rincón.

ante la Administración y posteriormente en sede judicial; el solo hecho de solicitar ante la entidad, “*interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.*”, lo que significa que nuevamente inicia el conteo de los tres años.

A efectos de determinar si se configura la prescripción extintiva del derecho, conforme los postulados previamente enunciados, se debe observar que:

- La actora reclama las diferencias causadas en el período comprendido entre el 1 de mayo de 2004 y hasta el 25 de junio de 2010.
- La demandante se retiró del servicio el 25 de junio de 2010 (f. 61)
- El **25 de junio de 2014** la demandante solicita el reconocimiento pago de las diferencias salariales y prestacionales, cesantías, vacaciones, primas, bonificaciones y demás emolumentos, por haber desempeñado funciones diferentes al cargo para el cual fue nombrada en la Entidad demandada entre mayo de 2004 al 25 de junio de 2010 (f. 65 s y 70.).
- La petición se resolvió a través de Oficio OFI14-52059 del 55 de agosto de 2014 (f. 71 s). contra la cual interpuso los recursos de reposición y apelación, resuelto mediante el acto Oficio OFI14-64909 del 18 de septiembre de 2014 (f. 79)
- La demanda se presentó el 19 de enero de 2015 (f. 1).

Significa lo anterior, que el análisis del derecho reclamado por la demandante debe realizarse solo por el día 25 de junio de 2010, por prescripción cuatrienal y teniendo en cuenta que solo hasta ese día laboró y que el derecho se pide hasta esa fecha.

3. Del ejercicio del empleo público

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido pacífica en señalar que el ejercicio del empleo público conlleva una serie de requisitos y formalidades de orden constitucional que en ningún momento ni bajo argumento alguno pueden

ser desconocidos,⁸ pues la Carta Política se ha encargado de establecer los requisitos que todo particular debe cumplir para el desempeño de cualquier empleo de la Administración Pública en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

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

“ARTÍCULO 123. (...) Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.”.

En ese mismo sentido, el artículo 125 *ibidem* señala que “...El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes...”, normatividad que permite concluir, en una primera perspectiva, que el ingreso al servicio público está revestido de formalidades, no solamente legales, sino principalmente constitucionales, de forma que para alcanzar la condición de empleado público es necesario que se profiera un acto que ordene la designación, que se tome posesión, que la planta de personal contemple el empleo y que exista disponibilidad presupuestal para atender el servicio. Es decir, que desde un segundo plano, las normas citadas permiten concluir que:

- i) No hay empleo público sin funciones;
- ii) Todo empleo público debe estar contemplado en la respectiva planta de personal;
- iii) Sus emolumentos deben estar previstos en el presupuesto correspondiente⁹;
- iv) La titularidad para ejercer el empleo se adquirirá sólo a partir de la posesión del mismo.

⁸ VÉASE ENTRE OTRAS: 54001-23-31-000-2003-01070-01(1280-10); 08001-23-31-000-2003-00661-01(0977-07); 70001-23-31-000-1999-01156-01(1982-05); 54001-23-31-000-1999-00851-01(4198-03); 25000-23-25-000-1999-03346-01(5503-03)

⁹ Característica concordante con lo dispuesto en los numerales 14 del artículo 189, 7 del artículo 305, y 7 del artículo 315 de la Constitución Política.

En ese orden de ideas, para el estudio del asunto, debe tenerse en cuenta, que **la relación laboral existente entre servidor público y Estado se encuentra regulada en su totalidad, por la ley**, sin que sea procedente efectuar modificaciones con fundamento en el acuerdo de voluntades.

Es por ello que las funciones de los empleos provienen directamente del ordenamiento legal y no pueden ser determinadas discrecionalmente por un funcionario público y mucho menos por el particular que ingresa al servicio, pues de aceptarse tal situación, *“...se desconocerían las normas que señalan los procedimientos necesarios para establecer las funciones propias de los empleos oficiales y no solo ello, sino también las disposiciones que regulan la creación de cargos en las entidades públicas...”*¹⁰.

Ha recordado el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo que *“...De la consagración del empleo como una de las instituciones sin las cuales no se materializa un Estado participativo, eficiente y democrático, surge la necesidad de la existencia de otros elementos para su estructuración y determinación, como aquellos que hacen relación a la clasificación¹¹ y nomenclatura¹², y a la fijación de las calidades a ser acreditadas por los interesados en su desempeño...”*¹³, de manera que la solemnidad que se implantó desde la Constitución, respecto al empleo público y sus características, no constituyen simples formalismos, sino que regulan la manera como se legaliza la situación del funcionario ante la Entidad, habida cuenta que *“...tratándose del ejercicio de un empleo es necesario que tome posesión del mismo, y para ello el cargo debe estar contemplado en la planta de personal; y, obviamente, para*

¹⁰ **CONSEJO DE ESTADO.** Sección Segunda - Subsección "A". Consejero ponente: Alberto Arango Mantilla. Sentencia de 24 de febrero de 2005. Rad.: 25000-23-25-000-1999-03346-01 (5503-03). Actor: Ruth Mercedes Alzate Ledesma. Demandado: Instituto Nacional de Salud.

¹¹ En sentencia C-1174 de 2005, M. P. Dr. Jaime Córdoba Triviño se hizo referencia a la clasificación del empleo público en los siguientes términos: *“La clasificación hace alusión a la forma de organización de los empleos públicos en diferentes grupos. Dicha clasificación tiene su origen en la Constitución o en la ley. Con fundamento en la Carta, cuya clasificación atiende a la naturaleza del cargo, los empleos son de carrera -la regla general-, de elección popular, de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.*

Una manera de clasificación tradicional que contempla la ley es por niveles jerárquicos que tiene en cuenta la naturaleza de las funciones asignadas, los requisitos exigidos para el empleo y el grado de responsabilidad. Con base en la clasificación se adoptan otras medidas como la determinación del régimen salarial, el sistema de selección y el régimen de competencia y responsabilidades de los servidores públicos.”.

¹² En la misma sentencia, la Corte Constitucional se refirió a la nomenclatura en los siguientes términos: *“La nomenclatura se refiere a los vocablos (denominación) y/o dígitos (código numérico) que se le asignan a un empleo para identificarlo e individualizarlo de los demás.”.*

¹³ **CONSEJO DE ESTADO.** Sección Segunda. Subsección B. Consejero ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Sentencia de 8 de mayo de 2008. Rad.: 25000-23-25-000-2003-03311-01 (8361-05). Actor: Gladys Alarcón De Chinchilla. Demandado: Departamento Administrativo de Bienestar Social.

que el Estado se comprometa al pago del nuevo salario es imprescindible que exista el presupuesto disponible para ello... ”¹⁴.

Acorde con lo expuesto, puede concluirse entonces, que la nivelación de los empleos que conforman las plantas de cargos de las diferentes entidades públicas no puede efectuarse, en ningún caso, sin agotar antes las exigencias fijadas por el ordenamiento jurídico constitucional y legal, pues como lo recordó el Consejo de Estado, “...cualquier movimiento interno debe realizarse por concurso de méritos (ascenso, promoción y provisión) y no por considerar el funcionario que le asiste el derecho a ubicarse en un determinado cargo que figure en la planta de personal...”¹⁵. Al respecto concluyó la citada Corporación en uno de los pronunciamientos previamente citados que “...Siendo el mérito pilar fundamental de la vinculación de personal al Estado en empleos de carrera administrativa **no sería viable**, a pesar de que la accionante acreditara los requisitos exigidos para ejercer el cargo de Profesional Universitario, código 340, grado 09, y se hubiera comprobado que ejercía funciones propias del mismo, **obviar el concurso y ordenar, por vía judicial, la nivelación salarial pretendida...**”¹⁶

En conclusión, debe señalarse que aun cuando se demuestre que el servidor público ha desempeñado funciones propias de un empleo público distinto para el cual fue nombrado y posesionado, **no se puede modificar y/o nivelar su cargo sin que previamente se hubiere agotado el procedimiento legal**, dado que ello vulnera los principios constitucionales sobre los cuales se encuentra estructurada la Función Pública. Así mismo, la mera asignación o ejercicio funciones no permite que el servidor público pueda acceder a un empleo distinto, pues ello iría en contra del mérito como principio constitucional para la provisión de cargos.

4. De la procedencia al reconocimiento de diferencias salariales y prestacionales.

La Sala advierte que en las relaciones laborales de derecho público se presenta la circunstancia alegada por la parte actora, esto es, que la trabajadora

¹⁴ **Ibid.**

¹⁵ **CONSEJO DE ESTADO.** Sección Segunda - Subsección "A". Consejero ponente: Jaime Moreno García. Sentencia de 15 de febrero de dos mil siete 2007. Rad.: 25000-23-25-000-2001-11500-01 (1863-04). Actor: Miguel Antonio Guevara Rodríguez. Demandado: Hospital Militar Central

¹⁶ **CONSEJO DE ESTADO.** Rad.: 25000-23-25-000-2003-03311-01 (8361-05). Óp. Cit.

desempeñe funciones distintas a las del empleo para el cual fue nombrada y posesionada o contratada, tal como lo ha decantado la jurisprudencia.

En torno a si es viable el reconocimiento de las diferencias salariales y prestacionales a favor del funcionario que desarrolló funciones de un empleo distinto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha indicado:

“...La asignación básica mensual señalada en las normas se define en observancia tanto de las funciones y responsabilidades del empleo como de los requisitos exigidos para su ejercicio según las variables denominación, clase y grado. Las normas señalan como variables de clasificación los siguientes: el nivel, que se divide en directivo, asesor, ejecutivo, profesional, técnico, auxiliar y operativo y que lo determina la responsabilidad, los requisitos exigidos para su desempeño y la naturaleza especial de su funciones; la denominación, que es la identificación del cargo por los deberes, atribuciones y responsabilidades; y el grado, que indica la asignación básica mensual del empleado dentro de la escala salarial progresiva según la complejidad y responsabilidad inherentes al ejercicio de las funciones.

En los manuales de funciones se consignan de acuerdo con las necesidades específicas de la entidad, los deberes de carácter legal que tiene cada funcionario en el cumplimiento del objeto de la entidad a la que presta sus servicios. El manual de funciones contiene entonces de forma expresa y específica, el aporte que el empleado debe realizar para el cumplimiento del objeto de la entidad y en este orden, es el parámetro que define específicamente, la función que acepta realizar un funcionario en el momento de someterse a las normas que lo regulan al tomar posesión de su cargo.

No obstante, cuando la administración EXIGE al funcionario el cumplimiento de una función correspondiente a un cargo de grado diferente, la realidad supera la forma, debe primar el acatamiento de principios constitucionales de orden laboral fundamentales como el de igualdad (Negrilla fuera de texto).

En este orden de ideas, con la finalidad de hacer realidad y no un simple enunciado teórico el principio salarial “a trabajo igual salario igual” cuyo desconocimiento revela una abierta discriminación, se expidió el 14 de junio la Ley 22 de 1967: “Por la cual se aprueba el Convenio Internacional del Trabajo, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, adoptado por la Cuadragésima Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (Ginebra 1958)”. A través de ella se dispuso que el término “discriminación” comprende: “a) Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de

oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación...¹⁷
(Subraya del texto original).

Cuando el servidor ejerce funciones de un cargo distinto al que fue nombrado, en aplicación de los principios constitucionales de primacía de la realidad sobre las formas legales e igualdad, es viable compensarlo por haber desarrollado funciones y adquirido responsabilidades superiores a las que juró prestar cuando se posesionó en el empleo público. Al respecto se dijo en pronunciamiento de 21 de octubre de 2010¹⁸:

"...Conforme al panorama antes descrito, la Constitución protege el derecho de los trabajadores a recibir una remuneración acorde con las funciones que realiza, pues ello deviene de la aplicación del principio de la realidad frente a las formas, al igual que el derecho a la igualdad (art. 13 C.P.), la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales (art. 53 ib.), el principio de remuneración proporcional a la cantidad y calidad del trabajo y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966,¹⁹ en cuanto consagra que "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas".

La Sala en aplicación de los principios antes señalados encuentra procedente reconocer el derecho reclamado por la parte demandante de obtener la diferencia salarial y prestacional reclamada.

En el presente asunto es susceptible de la protección al trabajo humano, con respecto al demandante a quien la administración le adscribió funciones no otorgadas en la planta de personal, de manera que la actividad realizada por el actor debe ser compensada.

En el derecho laboral administrativo, la administración puede, para cumplir los cometidos Estatales, como regla general, adscribirle funciones al empleado público, quien debe acatarlas, pero estas deben estar acordes con su perfil y labor que desarrolla, y debe, en todo caso, proteger al trabajador en situaciones como la presentada, donde la administración se beneficia de una labor de dirección, simplemente encargando de las funciones al empleado inscrito en carrera administrativa en un nivel de inferior jerarquía, protección que procede bajo la primacía de la realidad frente a las formas.

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO. Rad.: 25000-23-25-000-1999-03346-01 (5503-03). Óp. Cit.

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Subsección B. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia de 21 de octubre de 2010. Rad.: 73001-23-31-000-2002-01855-01(0942-07). Actor: Eusebio Torres Vásquez. Demandado: Departamento del Tolima

¹⁹ Que entró en vigor el 3 de enero de 1976, aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1.968 y ratificado el 29 de octubre de 1969

Es cierto que la administración tiene un poder de naturaleza pública para realizar los fines del Estado y por ello tiene la potestad de organización; pero, en casos como el presente, la demostración de la realidad debe imperar y es esta última a la que debe dársele un efecto jurídico.

En consecuencia, en el presente asunto debe aplicarse el principio de la primacía de la realidad que impone tener en cuenta lo que verdaderamente sucede y no solamente el tipo de vinculación laboral formal que gobierna al demandante o su inscripción en carrera.

(...)

Conforme a lo antes expuesto, la Sala debe reconocer a favor del demandante la diferencia salarial y prestacional entre lo que devengó en el cargo y lo que debería recibiría recibir (sic) por esa mayor labor.

La diferencia antes aludida se pagará a título de indemnización porque, como ya se indicó, el demandante nunca estuvo bajo la figura del encargo y el sólo hecho de que le adscriban funciones no le otorga ese derecho a percibir la diferencia salarial; lo que ocurre en el presente caso es que la administración le causó un daño antijurídico al demandante al otorgarle funciones por fuera de las funciones propias de su designación...” (Negrilla fuera de texto).

El anterior criterio fue reiterado por el Máximo Tribunal, que al respecto agregó:

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

(...)

A partir de la Constitución, la jurisprudencia ha sido pródiga en resaltar la primacía de la realidad, para desarrollar el principio de igualdad en las relaciones laborales de modo que a trabajo igual corresponda un salario igual. De este modo, aunque los actos de designación y posesión son indispensables para el regular ejercicio de la función, hay casos excepcionales en que no es posible desconocer que el ejercicio de un cargo tuvo cabal desarrollo en la realidad...” (Negrilla fuera de texto).²⁰

Ahora, cabe reiterar que, si bien es cierto, jurídicamente es viable reconocer las diferencias salariales y prestacionales que resulten del ejercicio de las funciones propias del empleo superior, con fundamento en los principios constitucionales citados, como se advirtió en precedencia, “...dicha premisa, no podrá en ningún caso conferirle el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario. El principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, no tiene, el alcance de excusar con la mera prestación efectiva de trabajo la omisión del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales previstos para acceder a la función pública²¹ ...”²².

En cuanto a los elementos o factores que advierten la violación del derecho a la igualdad en materia económica, dijo la Corte en sentencia T-067 de 2001:

“...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 iguales²³ ...” (negrilla fuera de texto.

Así también señaló el Consejo de Estado en providencia de 15 de febrero de 2007, que quien pretenda reclamar las diferencias salariales y prestacionales derivadas del ejercicio de funciones de un cargo distinto y de superior asignación, bajo la aplicación de los principios constitucionales a que se ha hecho referencia, debe demostrar “...que la función que cumple resulta equiparable a la de otro

²⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Subsección "B". Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Sentencia de 21 de octubre de 2010. Rad.: 25000-23-25-000-2002-09601-01(0266-08). Actor: Jesús Alejandro Moreno Bohórquez. Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA.

²¹ En este sentido véase Sentencia C-555 de 1997

²² CONSEJO DE ESTADO. Rad.: 25000-23-25-000-1999-03346-01 (5503-03). Óp. Cit.

²³ Sentencia SU-519 de 1997.

funcionario que se remunera con mayor salario, debe acreditar la identidad de funciones pues sólo la diferencia real en las funciones que la entidad demande o exija del funcionario fundamenta la diferencia salarial... ”²⁴.

En conclusión, ha de señalarse que aun cuando es imposible la nivelación salarial, es viable la compensación del servidor público cuando éste ha ejercido por mandato de la Administración, las funciones propias de un empleo que tiene un grado salarial superior para el que fue nombrado y posesionado, pues se impone la primacía de la realidad sobre las formas legales como principio constitucional. Así mismo, es claro que en aquellos casos que se demuestre que el servidor público desarrolla idéntica labor y se encuentra en iguales condiciones, es posible ordenar, también a título de indemnización, el pago de las diferencias salariales y prestacionales generadas en virtud del principio de igualdad salarial “*a trabajo igual salario igual*”.

5. Caso concreto

Advierte la Sala que para abordar el fondo del asunto partirá, de los cargos expuestos en el recurso de apelación, así: i) Falta de valoración y análisis de las 18 pruebas citadas por el *a quo*; y ii) derecho al reconocimiento de diferencias salariales por desempeñar un cargo distinto a aquel para el cual fue nombrada.

5.1. De la valoración de las pruebas.

Las razones de inconformidad señaladas por la accionante en el recurso de apelación hacen referencia a la falta de valoración individual de las 18 pruebas relacionadas, pues en forma genérica se afirmó que son hechos probados.

La Sala advierte que en la sentencia apelada el Juez de primera instancia, tiene un capítulo denominado “*hechos probados y acervo probatorio*” en el que relaciona las pruebas documentales que obran en el plenario y que “*interesan al debate*” (f. 293 s.). Para el análisis que echa de menos la parte actora, se

²⁴ CONSEJO DE ESTADO. Rad.: 25000-23-25-000-2001-11500-01(1863-04). Óp. Cit.

agruparan las pruebas relacionadas por el *a quo*, respetando la numeración que se le dio en primera instancia, así:

De la documental que no acredita hechos objeto de controversia.

➤ “5.1.1. Oficio No. 02320 del 1 de agosto de 2011, por el cual el Coordinador del Grupo Potencial Humano del Ministerio de Defensa Nacional dio respuesta a la solicitud elevada por la actora, orientada a que sea tenida en cuenta para ocupar alguna de las vacantes provisionales en los cargos técnicos que se presenten en la gestión general, informándole ‘...que se están realizando los estudios de la planta, para verificar en que dependencias hay vacantes disponibles y así proceder a elaborar el respectivo análisis de antecedentes para efectuar los nombramientos correspondientes, conforme lo dispone las normas legales vigentes’ (fl. 29 y 11 C2)” Advierte la Sala que el anterior Oficio, prueba que la demandante para el año 2001 solicitó ser tenida en cuenta para ocupar alguno de los cargos vacantes en el nivel técnico.

➤ “ 5.1.2. Oficio No. 01564 del 27 de mayo de 2002, por el cual el Coordinador Grupo de desarrollo Talento Humano del Ministerio de Defensa Nacional informó a la actora que a partir de la expedición del Decreto 1792 de 2000, que derogó las disposiciones que le son contrarias en especial las del Decreto 1214 de 1990, las promociones que estaban contempladas en aquél actualmente no se pueden surtir; así mismo, que la provisión de las vacantes que se generen en la Planta de la Gestión General debe realizarse mediante la figura del encargo o de la provisionalidad, razón por la cual para la segunda opción será tenida en cuenta, en virtud de la formación académica y la experiencia que posee, con el fin de ser incluida en los estudios que se realicen para seleccionar al personal más idóneo (f.30-12 C-2)”. Este documento responde a la solicitud de promoción realizada por la actora para el año 2002; fecha anterior a los hechos que dieron origen a la presente demanda.

➤ “5.1.3. Copia de los títulos otorgados por la Universidad Nacional Abierta y a Distancia y la Universidad Nueva Granada’ a la señora Martha Patricia Clavijo Jaimes de Administrador de Empresas y Especialista en Control Interno, respectivamente (f. 31 y 47 13 y 29 del C2)”. Prueba que la actora desde el 12 de diciembre de 2003 es Administradora de Empresas y es especialista en Control Interno desde el 2 de abril de 2009.

➤ “5.1.4. *Petición elevada por la actora ante el Secretario General del Ministerio de Defensa Nacional del 15 de mayo de 2006 (sin fecha de radicación), a través de la cual solicitó se estudie la viabilidad de ser nombrada en provisionalidad en un encargo acorde con sus estudios profesionales, la experiencia e idoneidad (fls. 32 a 35 -15 y 17 C-2), la cual fue reiterada el 14 de junio de 2006 (sin fecha de radicación) y el 25 de enero de 2007, ante el Coordinador Grupo de Prestaciones Sociales de la Entidad demandada (Fls. 37 a 40 – 19 a 22 C2)*”. Advierte la Sala que dichos oficios no pueden ser tenidos en cuenta como prueba, como quiera que no tienen recibido por la Entidad demandada, aunado al hecho que con ellos solo se estaría acreditando que la demandante solicitó en varias ocasiones ser encargada en un empleo conforme sus estudios.

➤ “5.1.5. *Petición elevada por la demandante ante la Directora Administrativa del Ministerio de Defensa Nacional (sin fecha de radicación), a través de la cual le solicitó ser tenida en cuenta en los siguientes nombramientos que se presenten, toda vez que cuenta con el nivel profesional y la experiencia, tal como consta en su hoja de vida (f. 41 y 23 C-2)*”. Este documento no puede ser considerado como prueba pues no tiene constancia de haber sido radicado en la Entidad demandada, en gracia de discusión, solo probaría que la demandante solicitó ser nombrada en provisionalidad en un empleo del nivel profesional.

➤ “5.1.7 *Solicitud elevada por la demandante ante la Coordinadora Grupo Talento Humano del Ministerio de Defensa Nacional el 9 de junio de 2009, a través de la cual adjuntó el acta del Posgrado otorgado por la Universidad Militar Nueva Granada el 2 de abril de 2009, a través del cual adjuntó el acta del Posgrado otorgado por la Universidad Militar Nueva Granada el 2 de abril de 2009, de Especialista en Control Interno, pidiendo ser tenida en cuenta y nombrada en un cargo profesional acorde con las funciones que ha venido desempeñando, con base en su experiencia laboral, conocimiento preparación profesional, responsabilidad, valores y compromiso Institucional (fl. 48 y 30 C2)*. En este oficio se advierte que la demandante solicita una vez más ser nombrada en un cargo de profesional, conforme a su formación experiencia y funciones, sin embargo, no prueba que ejerció el cargo del cual pretende se haga la nivelación salarial.

➤ “5.1.9 *No. OFI09-105910 del 23 de noviembre de 2009, a través del cual la demandante deprecó a la Coordinadora Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional la viabilidad de designación de otra persona de apoyo para el*

desarrollo del proceso de bonos pensionales, teniendo en cuenta la carga laboral por el aumento de las solicitudes de emisión, reconocimiento y pago de las administradoras de pensiones (Fl. 50 y 62 C-2)". Este oficio, solo prueba la necesidad de más personal para desarrollar las funciones asignadas al Grupo de Prestaciones Sociales más no que la demandante ejerció las funciones del cargo de Profesional Universitario Grado 10.

➤ "5.1.16. Copia del Manual Especifico de Funciones y Competencias del empleo denominado Profesional de Defensa Código 3-1, Grado 10 (F. 249 a 265 C2)". Se advierte que las funciones que acredita esa documental para el cargo de Profesional de Defensa Código 3-1, Grado 10, corresponde a las establecidas por la Resolución No. 9566 del 28 de octubre de 2016, por lo tanto, no sirve para demostrar el hecho objeto de controversia, obsérvese que el análisis de la nivelación salarial solo procede para el 25 de junio de 2010, fecha anterior a la expedición del mencionado Manual Especifico de Funciones y Competencias.

➤ "5.1.18. Conciliación Extrajudicial llevada a cabo en la Procuraduría 10 Judicial II para Asuntos Administrativos el 20 de agosto de 2015, declarándose fallida (F 96 y 97 cuaderno2)" Prueba que la actora cumplió con el requisito previo para acudir a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Conforme el análisis de cada una de las documentales antes relacionada, es claro para la Sala que las mismas no sirven para demostrar el hecho objeto de controversia, obsérvese que lo pretendido es la nivelación salarial respecto al cargo Profesional Universitario, por desempeñar un cargo distinto a aquel para el cual fue nombrada; para el 25 de junio de 2010, por prescripción.

De la documental que acreditan hechos objeto de controversia

➤ "5.1.6. Acta del 15 de julio de 2008, por medio de la cual se le realizó la entrega a la señora Martha Patricia Clavijo Jaimes del cargo de Analista de Bonos Pensionales que ejercía el Profesional de Defensa Grado 10, Gilberto Ramírez Ochoa (Fls. 42 a 47- 24 a 28 C-2) Este documento que obra **en forma incompleta**, esto es las hojas 1 a 4 y 7, acredita que, para esa fecha, la demandante recibió de un Profesional Universitario Grado 10, las funciones de Analista de Bonos Pensionales.

➤ “5.1.8. Copia del formato de descripción de funciones específicas de empleo correspondiente a la señora MARTHA PATRICIA CLAVIJO JAIMES en el cargo de Técnico de Servicios Código 5-1 Grado T-S17, de la dependencia de Dirección de Veteranos y Bienestar sectorial del Grupo de Prestaciones Sociales (F.49 y 31 C-2)”

Este documento prueba las funciones designadas al empleo de Técnico de servicios Código 5-1 Grado TS17 desde el año 2009.

➤ “5.1.10 Certificación expedida por la Coordinadora Grupo Talento Humano del Ministerio de Defensa Nacional en la que consta que la actora se desempeñaba como Técnico de Servicios 1 Grado 17 en la Dirección de Veteranos y Bienestar Sectorial, con un tiempo de servicios de 21 años 10 meses y 9 días (Fls. 51 y 33 C-2)” Con esta documental se prueba el cargo para el cual fue nombrada la demandante, mas no que ejerció las funciones del empleo de Profesional Universitario Grado 10.

➤ “5.1.11. Copia del Acta llevada a cabo el 25 de junio de 2010, por medio del cual la actora entregó el cargo de Analista de Bonos Pensionales al abogado Leonardo Melo Melo (fl. 52 A 60 y 34 a 42 C2)”. Advierte la Sala que esta documental por sí sola no prueba que en efecto la demandante ejerció las funciones propias del cargo de Profesional Universitario Grado 10, pues únicamente demuestra que hizo entrega de unas funciones a otra persona que tenía como profesión abogado, mas no que ejercía el cargo de Profesional Universitario Grado 10.

➤ “5.1.12 Resolución No. 2563 del 19 de julio de 2010, proferida por el Ministerio de Defensa Nacional, por medio de la cual se reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual de jubilación de la actora (f. 61 a 64 y 43 a 46)”. Este acto administrativo prueba que la demandante ya tiene reconocida una pensión de jubilación, la cual fue otorgada conforme el salario que devengaba en el empleo para el cual estaba nombrada.

➤ “5.1.13. Petición elevada por la actora el 24 de junio de 2014, por la cual solicitó a la Dirección de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional la reclasificación y el reajuste pensional, la cual fue reiterada el 22 de agosto de 2014 (fls. 71 a 74 y 53 a 56 C2)” Advierte la Sala que el Oficio fue recibido por la entidad demandada el 25 de junio de 2014 (f. 70), con el cual se prueba que la actora agotó la actuación administrativa en esa fecha.

➤ “5.1.14. Oficio No. OFI14-52059 del 5 de agosto de 2014, por el cual el Coordinador del Grupo Talento Humano del Ministerio de Defensa Nacional informó a la actora, los nombramientos que ostentó y las funciones desarrolladas (fls. 71 a 74 y 53 a 56 C2)” Prueba la culminación de la actuación administrativa, así como las razones de la Entidad para no acceder a lo pedido por la actora en la solicitud.

➤ “5.1.15. Certificación laboral expedida por la Coordinadora Grupo Archivo General del Ministerio de Defensa Nacional en la que consta que la actora prestó sus servicios en la Dirección de Veteranos y Bienestar Sectorial de Guarnición Bogotá – Departamento de Cundinamarca y fue retirada de servicio mediante la Resolución No. 2927 de 2010, con novedad fiscal del 25 de junio de 2010 (f. 174 y 178 C2)”. Se prueba que la demandante laboró en la Entidad demandada en el cargo de TS 17 y que la dependencia a la que prestó sus servicios fue Dirección de Veteranos y Bienestar Sectorial de Guarnición Bogotá.

➤ “5.1.17. Antecedentes administrativos de la señora MARÍA PATRICIA CLAVIJO JAIMES (cuaderno 3)”. En este documento, se observan algunas situaciones administrativas de la accionante, actos de nombramiento, reconocimiento de prestaciones y vacaciones, solicitud de permisos.

Con las pruebas que fueron numeradas por el a quo con los números 5.1.8, 5.1.10 y 5.1.15, se acredita que la actora prestó sus servicios a la Entidad demandada como Técnico de Servicios 1 Grado 17 en la Dirección de Veteranos y Bienestar Sectorial, ejerciendo las funciones propias del cargo; y no como Profesional Universitario Grado 10.

Con la prueba 5.1.12 prueba que por haber cumplido con los requisitos de Ley le fue reconocida pensión de jubilación mediante la Resolución No. 2563 del 19 de julio de 2010, prestación liquidada con los factores devengados en el cargo de Técnico de Servicios 1 Grado 17

Advierte la Sala que con la prueba 5.1.11 se acredita que la demandante entregó el 25 de junio de 2010 las mismas funciones que recibió 15 de julio de 2008, al abogado Leonardo Melo, sin embargo, del acta no se evidencia que el mencionado señor ejerciera el cargo de Profesional Universitario Grado 10, pues solo se hace referencia a que se hizo entrega al “Abogado Leonardo Melo Melo Analista de Bonos Pensionales (entrante) (f. 52)”, por el contrario, se observa que las

funciones que se describen corresponde a las asignadas al empleo de Técnico de Servicios 17 código 5-1. En efecto, al realizar un parangón entre las funciones de dicho cargo y el acta de entrega del cargo de 25 de junio de 2010 se observa (prueba 5.1.8):

Funciones específicas del Empleo TS17 código 5-1 (f. 49)	Acta de entrega de funciones del 25 de junio de 2010 (f. 52 a 60) funciones Analista Bonos Pensionales (f. 59)
1. Analizar y verificar que las solicitudes de emisión y pago de bonos pensionales efectuadas por la Administradoras de Pensiones y emisores de bonos pensionales, cumplan con los requisitos de forma y fondo establecidos en la normatividad vigente 2. Solicitar los documentos soporte que avalen el reconocimiento y emisión de bonos pensionales ante el Archivo General del Ministerio, Administradora de pensiones y Entidades emisoras cuando no se hubieran aportado en la solicitud inicial. 3. Efectuar el Cálculo de Bono pensional Tipo A, B y C cuando se hayan cumplido las condiciones de redención normal y causales de redención anticipada (fallecimiento y/o invalidez y devolución de saldos) 4. Solicitar al Área de reconocimientos la radicación de expedientes con el fin de que se verifiquen los antecedentes prestacionales. 5. Proyectar los actos administrativos para el reconocimiento y pago de bonos pensionales 6. Elaboración de la nómina de bonos pensionales 7. Estudiar y analizar la viabilidad de reliquidación de bonos pensionales 8. Llevar el control de la apropiación presupuestal del rubro de bonos pensionales 9. Responder acorde con los términos de Ley, las peticiones que sean asignadas en cumplimiento de sus funciones 10. Aplicar la cultura de auto control interno de acuerdo con las normas y el reglamento vigente 11. Las demás funciones que le sean asignadas de acuerdo con el nivel y naturaleza del cargo.	1. Analizar y verificar que las solicitudes de emisión y pago de bonos pensionales efectuadas por la Administradoras de Pensiones y emisores de bonos pensionales, cumplan con los requisitos de forma y fondo establecidos en la normatividad vigente 2. Solicitar los documentos soporte que avalen el reconocimiento y emisión de bonos pensionales ante el Archivo General del Ministerio, Administradora de pensiones y Entidades emisoras cuando no se hubieran aportado en la solicitud inicial 3. Efectuar el Cálculo de Bono pensional Tipo A, B y C cuando se hayan cumplido las condiciones de redención normal y causales de redención anticipada (fallecimiento y/o invalidez y devolución de saldos) 4. Solicitar al Área de reconocimientos la radicación de expedientes con el fin de que se verifiquen los antecedentes prestacionales. 5. Proyectar los actos administrativos para el reconocimiento y pago de bonos pensionales 6. Elaboración de la nómina de bonos pensionales 7. Estudiar y analizar la viabilidad de reliquidación de bonos pensionales 8. Llevar el control de la apropiación presupuestal del rubro de bonos pensionales 9. Responder acorde con los términos de Ley, las peticiones que sean asignadas en cumplimiento de sus funciones 10. Aplicar la cultura de auto control interno de acuerdo con las normas y el reglamento vigente 11. Las demás funciones que le sean asignadas de acuerdo con el nivel y naturaleza del cargo

La prueba 5.1.6 acredita que el 15 de julio de 2008 un Profesional Universitario Grado 10, le entregó su cargo de Analista de Bonos Pensionales a la demandante; sin embargo al expediente no se allegó el manual de funciones del cargo de Profesional Universitario Grado 10 para ese año y las funciones que se observan en la hoja 7 de la mencionada acta son las indicadas en los numerales 3 a 11 transcritas con anterioridad, pues como se mencionó previamente en el plenario **no obran las hojas 5 y 6** de la mencionada acta.

Así las cosas, para la Sala es claro que las anteriores pruebas, solo acreditan que la demandante durante su permanencia en la Entidad ejerció las funciones

propias del cargo para el cual se encontraba nombrada, esto es, Técnico de Servicios 1 Grado 10, sin que se pueda, de ese recaudo probatorio, establecer como lo pretende que ejerció funciones del empleo de Profesional Universitario Grado 10.

5.2. De la nivelación salarial.

En este caso, la parte demandante señala que la accionante, aunque se vinculó como Especialista Cuarto y Técnico de Servicios 17, en realidad realizó las funciones propias del empleo público denominado Profesional de Defensa Grado 10, por lo que tiene derecho a percibir la diferencia entre lo pagado conforme al empleo para el que fue designada formalmente y lo correspondiente al cargo que realmente ejerció.

Según se observa, la accionante ingresó como personal civil al servicio a través Orden Administrativa No. 26 del 1 de julio de 1988, en el cargo de Adjunto cuarto; y según la hoja de servicios, se desempeñó hasta el 25 de junio de 2010 (f. 178) los siguientes cargos:

Cargo	disposición	tiempo	
		desde	hasta
Adjunto cuarto	Orden No. 26 01/07/1988	01/07/1988	04/09/1989
Adjunto primero	Orden No. 36 08/09/1989	05/09/1989	31/05/1992
Especialista sexto	Orden No. 25 19/06/1992	01/06/1992	31/07/1995
Especialista quinto	Orden No. 31 28/07/1995	01/08/1995	31/07/1998
Especialista cuarto	Orden No. 30 31/07/1998	01/08/1998	30/08/2007
Técnico de servicios 17	Res-MDN 3426 38/09/2007	31/08/2007	25/06/2010

Advierte la Sala que en el presente caso no se puede establecer si la actora en realidad desarrolló las funciones propias del empleo público denominado Profesional de Defensa Grado 10 en la Unidad de prestaciones sociales de la Dirección de Veteranos y Bienestar Sectorial para el 25 junio de 2010, en atención a que no allegó los elementos de prueba que permita establecer cuáles eran las funciones asignadas a los empleos de Ayudante de especialista cuarto, técnico de servicios 17 y Profesional Universitario grado 10; y tampoco logró demostrar que se reunieron los presupuestos señalados por la jurisprudencia, la cual según se vio, ha decantado que es procedente el reconocimiento y pago de las diferencias salariales con fundamento en los principios de primacía de la realidad e igualdad material, siempre que se demuestre que el trabajador ejerció, i) por mandato de la Administración y ii)

en forma directa, las funciones propias del empleo frente al que se solicita la mayor diferencia, requisitos que como se verá, no se cumplen en el sub lite.

En lo que respecta al primero de los requisitos, ha de precisarse que el desempeño de labores distintas a las propias del empleo para el cual ha sido nombrado el servidor público, **debe ser el resultado de un mandato directo de la Administración,**²⁵ fenómeno denominado por la jurisprudencia como asignación de funciones, que consiste en que un funcionario de manera expresa es encargado informalmente, esto es, en forma irregular, para el desarrollo de labores propias de otro cargo público. Sin embargo, revisada la documental, no se advierte elemento alguno que permita inferir que se hubiere asignado a la demandante a cumplir las funciones del cargo de Profesional Universitario Grado 10.

Frente al segundo requisito, encuentra la Sala que no está demostrado que la actora hubiere ejercido las funciones propias del empleo de Profesional Universitario Grado 10, pues no allegó siquiera copia de los manuales de funciones de tal empleo para el día 25 de junio de 2010, elemento conducente para demostrar la identidad funcional, pues éstos “...consagran, de acuerdo con las necesidades específicas de la entidad, los deberes de carácter legal que tiene cada funcionario en el cumplimiento del objeto de la entidad a la que presta sus servicios...”²⁶, pues solo así se podrán diferenciar las labores propias del servidor, de aquellas que fueron impuestas por la Administración y que no corresponden al empleo al que se encontraba vinculada, pues tal como lo afirma la parte actora en su recurso de apelación el Manual de Funciones y Competencias del empleo de Profesional de Defensa Código 3-1 Grado 10 de la Dirección Administrativa del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa allegado al proceso fue expedido el 28 de octubre de 2016 (f. 249).

Es oportuno reiterar como se indicó en el acápite de análisis de pruebas, las funciones que ejerció la demandante eran las propias del empleo de Técnico de Servicios 1 Grado 17, lo que se advirtió luego de comparar las actividades que

²⁵ Frente a los hechos a probar en este tipo de casos señaló el **CONSEJO DE ESTADO** en sentencia de 24 de febrero de 2005. Rad.: 25000-23-25-000-1999-03346-01 (5503-03). Óp. Cit. “...No obstante, las pruebas del expediente no son suficientes para acreditar con certeza las dos situaciones de hecho necesarias para que se pueda predicar la igualdad deprecada: El cumplimiento de las funciones específicas correspondientes al cargo de Profesional Universitario Código 3020 Grado 06, y que dichas funciones le hayan sido encomendadas expresamente por la entidad....”.

²⁶ *Ibíd.*

recibió el 15 de julio de 2008 (f. 42 s), las entregadas por ella el 25 de junio de 2010 (f. 52 s.) con la descripción de las funciones específicas del cargo en el que fue nombrada (f. 49). Así las cosas, la falta de elementos de prueba, impiden demostrar la identidad funcional entre las responsabilidades propias de cargo de la demandante y las del empleo de Profesional Universitario Grado 10; y por ende, el derecho a obtener la diferencia salarial reclamada.

La Sala advierte que, ante la carencia del manual de funciones, efectuará un comparativo teniendo en cuenta la clasificación y las competencias asignadas a cada uno de los niveles Técnico y Profesional, en las normas de carácter general. El Decreto Ley 092 de 2007 en torno a la naturaleza de las funciones de cada uno de los niveles antes mencionados señaló:

Nivel Técnico, numeral 2 art. 9 D. 92 de 2007	Nivel Profesional, art. 7 D. 092 de 2007
<i>La categoría técnica para apoyo de seguridad y defensa: Agrupa los empleos cuya naturaleza demanda el desarrollo de procesos y procedimientos en labores técnicas transversales y de apoyo, de orden administrativo del sector defensa, así como las relacionadas con la aplicación de la ciencia y la tecnología”.</i>	Comprende los empleos cuya naturaleza demanda la ejecución y aplicación de los conocimientos propios de cualquier carrera profesional, diferente a la técnica profesional y tecnológica, reconocida por la ley y que según su complejidad y competencias exigidas, les pueda corresponder funciones de coordinación, supervisión y control de áreas internas encargadas de ejecutar los planes, programas y proyectos institucionales.

Comparando las anteriores definiciones con las funciones que desempeñó la demandante transcritas en el acápite *“De la documental que acreditan hechos objeto de controversia”* es claro para la Sala que las actividades que desarrolló la demandante no corresponde al Nivel Profesional, pues no ejerció como *“coordinadora, supervisora y control de áreas internas”* sino que le correspondía entre otras cosas *“Analizar y verificar que las solicitudes de emisión y pago de bonos pensionales (...), cumplan con los requisitos de forma y fondo establecidos en la normatividad vigente, Solicitar los documentos soporte que avalen el reconocimiento y emisión de bonos pensionales”* las que se pueden clasificar como de procesos y procedimientos de apoyo.

Ahora en cuanto a las competencias que debe tener los servidores del Sector Defensa en los niveles Técnico y Profesional para el ejercicio de sus

empleos, el Decreto 1666 de 2007, en los numerales 8.3. y 8.5 del artículo 8, dispuso:

“8.3. Nivel profesional

Competencia	Definición de la competencia	Conductas asociadas
Aptitud cognoscitiva propia de la formación profesional.	Poseer conocimientos académicos, herramientas, y metodologías propias de la formación profesional.	• Conoce teorías, metodologías, y cuerpos científicos necesarios para el desarrollo de procesos, procedimientos y actividades requeridos por el sector defensa. • Propone alternativas de acción de acuerdo con su formación profesional. • Apoya la ejecución de planes, programas y proyectos propios del sector defensa. • Se actualiza sobre el desarrollo de teorías y nuevas tecnologías requeridas para el desarrollo de la organización
Trabajo en equipo e interdisciplinario.	Contribuir al desarrollo laboral y de la sinergia de los equipos de trabajo, para el cumplimiento de metas institucionales.	• Aporta, comparte y comunica sus conocimientos, para el desarrollo de tareas conjuntas de forma interdisciplinaria. • Crea relaciones de trabajo efectivas. • Permite el desarrollo de un clima laboral adecuado para el desarrollo eficiente de los equipos de trabajo. • Analiza, compara y facilita el desarrollo de metodologías, procesos y productos derivados del accionar de los equipos de trabajo.

(...)

8.5 Nivel Técnico

Competencia	Definición de la competencia	Conductas asociadas
(...)		
Habilidad técnica administrativa y de apoyo.	Apoyar a través de conocimientos y aplicación de tecnologías, la gestión administrativa requerida por el Sector Defensa.	• Presta una asistencia laboral administrativa al desarrollo del Sector Defensa. • Cumple las instrucciones dadas, para la realización de actividades de apoyo administrativo propias de su quehacer laboral. • Asume y acata el control de los funcionarios responsables, de las actividades asignadas.

Advierte la Sala que las competencias asignadas al Nivel técnico son inherentes a las funciones que desarrolló la demandante cuando prestó sus servicios en la Entidad demandada como Técnico de Servicios 1 Grado 17 en la Dirección de Veteranos y Bienestar Sectorial, ya que están relacionadas directamente a la asistencia a labores administrativa; y no a la aplicación de los conocimientos propios de cualquier carrera profesional, diferente a la técnica.

En este punto, ha de señalarse que la parte actora no cumplió con la obligación de traer al proceso los elementos de prueba necesarios para demostrar los hechos en que se fundó la demanda, pues pese a que solicitó que se allegara el manual de funciones, guardó silencio una vez fue puesto en

conocimiento la documental aportada por la Entidad demandada (fl 267), lo que conllevó a su incorporación y al cierre del debate probatorio (f. 269). Es oportuno advertir que el artículo 177 del CGP dispone que *“el texto de normas jurídicas que no tengan alcance nacional y el de las leyes extranjeras, se aducirá en copia al proceso, de oficio o a solicitud de parte”*. Así mismo señala que *“estas reglas se aplicarán a las resoluciones, circulares y conceptos de las autoridades administrativas. Sin embargo, no será necesaria su presentación cuando estén publicadas en la página web de la entidad pública correspondiente”*. Excepción que no se presenta en esta oportunidad, pues verificada la página web de la Policía Nacional no se encontró la Resolución que corresponde al manual de funciones del personal no uniformado para el año 2010, por lo que el mismo debió ser aportado al proceso para su valoración.

Frente a la carga de la prueba el artículo 167 del CGP, señala que *“...Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen...”*, disposición frente a la cual ha enfatizado el Consejo de Estado que *“...la carga probatoria de los supuestos de hecho está radicada en cabeza de la parte que pretende derivar de ellos determinadas consecuencias jurídicas, lo cual implica que, con fundamento en el deber de lealtad procesal que debe inspirar las distintas actuaciones procesales de las partes, éstas, tanto en la demanda como en su contestación, expondrán los hechos en los cuales fundamentan sus pretensiones o su defensa y las pruebas que al efecto pretenden hacer valer...”*²⁷ (Resalta la Sala).

En torno a las consecuencias de no asumir la carga de la prueba en debida forma, se pronunció el Consejo de Estado²⁸, así:

“...la parte que desee obtener un resultado favorable a sus pretensiones necesitará probar y alegar todo aquello que sea útil y pertinente para la defensa de su posición.

²⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Consejero Ponente (E): Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia de 28 de abril de 2010. Rad.: 76001-23-25-000-1997-04474-01(20087) A. Actor: Saúl Saavedra Gutiérrez y otros. Demandado: Instituto de Seguros Sociales-Seccional Valle del Cauca. Referencia: Acción de Reparación Directa

²⁸ CONSEJO DE ESTADO, 04 de febrero de 2010, Exp. No. 70001-23-31-000-1995-05072-01(17720), Actor: ULISES MANUEL JULIO FRANCO Y OTROS

En otros términos, 'no existe un deber de probar, pero el no probar significa en la mayoría de los casos la derrota'²⁹; las reglas de la carga de la prueba sirven para establecer cuál de las partes tendrá que soportar el resultado desfavorable derivado de una actividad probatoria o de la falta de alegación o de una alegación incompleta³⁰, pues aunque el juez no disponga de todos los hechos cuyo conocimiento hubiera resultado necesario para fallar en uno u otro sentido, la prohibición de «non liquet» le obliga a resolver, en todo caso...” (Negrilla fuera de texto).

La Sala concluye entonces, que el argumento de la demanda no tiene la vocación de prosperidad habida cuenta que la ausencia del material probatorio, en el caso de autos, comporta una situación imputable a la parte demandante, circunstancia que lleva a la Sala a denegar las pretensiones de la demanda.

En suma, quedó probada la excepción de prescripción extintiva de los derechos anteriores al 25 de junio de 2010; frente al día que fue objeto de análisis no prospera ninguno de los cargos de violación, se denegarán las pretensiones de la demanda, por lo que se modificará el fallo en cuenta a declarar probada la prescripción y se confirmará en todo lo demás.

6. Costas

En relación a la condena en costas, la Sala advierte que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone:

“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.”

La condena en costas fue consagrada como una forma de sancionar a la parte que resulta vencida en el litigio y consiste en el reconocimiento a favor de la parte contraria de los gastos en que incurrió para impulsar el proceso (expensas) y de los honorarios de abogado (agencias en derecho).

²⁹ MUÑOZ SABATÉ, Luis, *Técnica probatoria. Estudio sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, Praxis, Barcelona, 1967, pp. 48-49.

³⁰ GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil, I., cit., p. 318.*

A efectos de determinar si procede la condena en costas, la Sala acoge la tesis expuesta por las Subsecciones A y B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, según la cual, para determinar las costas se debe adoptar un criterio objetivo valorativo. En efecto, la subsección A indicó que: *“no hay lugar a condena en costas por cuanto la actividad de las partes se ciñó a los parámetros de buena fe y lealtad procesales, sin que por lo mismo se observe actuación temeraria ni maniobras dilatorias del proceso”*³¹. Posición que concuerda con la expuesta por la subsección B al señalar que su procedencia resulta *“de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del Código General del Proceso antes mencionado; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas”*³².

En el caso de autos, igual que sucedió en el analizado por la jurisprudencia citada, no se advirtió el cumplimiento de los presupuestos establecidos en la norma que implique la imposición de costas en esta instancia, por ello no procede esta condena, pues no obra prueba alguna que evidencie la causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte actora quien hizo uso mesurado de su derecho al acceso a la administración de justicia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

³¹ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda- Subsección “A”. CP: Gabriel Valbuena Hernández. 12 de agosto de 2019, Radicación número: 76001-23-31-000-2010-01357-00(0933-17),

³² Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda- Subsección “B”. CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez. 8 de agosto de 2019, Radicación número: 760012331000201101517 01 (4192-17).

PRIMERO: MODIFICASE la sentencia proferida el 6 de diciembre de 2018, por el Juzgado 18 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, en cuanto:

DECLARAR probada de oficio la excepción de prescripción extintiva de los derechos reclamados de mayo de 2004 a 24 de junio de 2010

SEGUNDO: En todo los demás **CONFÍRMASE** el fallo apelado.

TERCERO: ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia.

CUARTO: En firme esta sentencia, por Secretaría envíese el proceso al *a quo*, previas las anotaciones de rigor.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Patricia Salamanca Gallo

PATRICIA SALAMANCA GALLO
Magistrada

Beatriz Escobar Rojas

BEATRIZ HELENA ESCOBAR ROJAS
Magistrada

Luis Alfredo Zamora Acosta

LUIS ALFREDO ZAMORA ACOSTA
Magistrado



República de Colombia
Rama Judicial del Poder público
Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Sección Segunda - Subsección F

NOTIFICACIÓN POR ESTADO Sentencia

El auto anterior se notifica a las partes por Estado

Nº. 02 11 FEB. 2021 JP6C

Oficial Mayo *[Signature]*

FEB 5 '21 PM 4:44

[Faint, illegible text or markings]