TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, veintisiete (27) de julio de dos mil diecisiete (2017)

SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: César Enrique Gómez Cárdenas

REFERENCIA:	**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**
M. DE CONTROL:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
PROCESO:	**70-001-33-33-001-2015-00147-01**
DEMANDANTE:	**ERASMO JOSÉ OTERO JARAVA**
DEMANDADO:	**MUNICIPIO DE SAN MARCOS – SUCRE.**

OBJETO DE LA DECISIÓN:

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 28 de noviembre de 2016, por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, la cual resolvió negar las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. LO QUE SE DEMANDA[1]

El señor **ERASMO JOSÉ OTERO JARAVA** por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, formuló demanda, **SOLICITANDO*,*** que se declare la nulidad del acto administrativo notificado el 18 de diciembre de 2014, por medio del cual se le niega el reconocimiento y pago de la nivelación salarial. Como consecuencia de la anterior declaración, se le reconozca y cancele la nivelación salarial, debidamente indexados a la fecha del pago.

[1] Fol. 1- 4 C. Ppal.

Como **fundamentos fácticos,** en la demanda se afirma que el señor Erasmo José Otero Jaraba se desempeña en el cargo de TÉCNICO ADMINISTRATIVO, Código 367, grado 07 del nivel técnico.

El señor LUIS FERNANDO JARAVA VÀSQUEZ, el cual según los Decretos 036 de 25 de abril de 2001, el 077 de 23 de mayo de 2012, por los cuales se establece la planta de personal de la Alcaldía de san Marcos para las vigencias fiscales 2011-2012 respectivamente y según constancias expedidas por la Alcaldía Municipal de Sucre se encuentra laborando en el nivel asistente como Auxiliar Administrativo Código 407 y Grado 09, y se fija como salario base mensual el valor de $2.081.824 y el demandante se encuentra laborando en el nivel técnico, como técnico administrativo, código, 314, grado 07 le fijan como salario básico mensual el valor de $1.430.522.

Refiere que, ha venido siendo objeto de discriminación por parte de la administración de la Alcaldía Municipal de San Marcos, dado que se dejó en manos del señor nominador de dicha entidad la posibilidad de desarrollar criterios subjetivos, amañados y caprichosos para otorgar al Sr. LUIS FERNANDO JARABA VASQUEZ, un salario superior al que se encuentra devengando actualmente el demandante.

Que si bien surgen situaciones fácticas que requieren un trato diferente, este último debe sustentarse en criterios razonables y objetivos que así lo justifiquen, sin que de esta manera se deje el capricho o la voluntad de quien imparte las reglas, a la aplicación de un trato distinto.

En ejercicio del derecho de petición solicitó a la entidad territorial que se reconociera la nivelación salarial y conforme a ello se le liquidaran y cancelaran los valores desprendidos de los mismos; petición que fue negada mediante Oficio de fecha 18 de diciembre de 2014.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN. Se citan como tales, los artículos 25 y 53 de la CP. **Legales:** Decreto Ley 785 de 2005, art.3 y la Ley 909 de 2004.

La parte actora expresó que la entidad demandada está desarrollando criterios subjetivos, amañados y caprichosos para otorgar al señor Jarava Vásquez, un

salario superior al que ella se encuentra devengando, donde si bien surgen situaciones fácticas que requieren un trato diferente, este último debe sustentarse en criterios razonables y objetivos que así lo justifiquen, sin que se deje al capricho o voluntad de la administración municipal, la imposición de reglas al respecto.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL: Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 13 de julio de 2015 (Folio 4 C. Principal).
- Admisión de la demanda: 10 de diciembre de 2015 (Folio 150 C. Principal).
- Notificación a las partes: 11 de diciembre de 2015 (Folios 151- 152 C. Principal).
- Contestación a la demanda: 14 de septiembre de 2016 (Folio 175 C. Principal).
- Acta de audiencia Inicial con Sentencia: 28 de noviembre de 2016 (Folio 191 -198 C. Principal).
- Recurso de apelación: 15 de diciembre de 2016 (Folio 206 a 209 C. Principal).
- Auto que admite el recurso de apelación: 15 de marzo de 2017 (Folio 4 C. Apelación).
- Auto que ordena traslado para alegatos de cierre: 28 de abril de 2017 (Folio 9 C. Apelación).

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA[2].

La entidad demandada en su respuesta a la demanda se opone a las pretensiones formuladas, argumentando que no existe trato discriminatorio de parte de la entidad demandada hacia el demandante frente al caso del señor Luis Fernando Jarava Vásquez en lo referente a asignaciones salariales, pues el salario que devenga ERASMO JOSÈ OTERO JARAVA se encuentra ajustado a las escalas salariales fijadas por el gobierno nacional y parámetros establecidos por el legislador en la Ley general para el nivel técnico de los empleos en entidades territoriales.

[2] Folios 175-178.

Añadió que es importante realizar que se trata de una confrontación de dos cargos públicos, que solo respecto de sus niveles, técnico y asistencial, comportan salarios diferentes debido a la naturaleza, por lo que resulta improcedente la nivelación solicitada. Por lo anterior, no existe trato discriminatorio ni causa que invalide la actuación del Municipio.

1.4. LA SENTENCIA APELADA[3].

EL Juez de primera instancia en sentencia del 28 de noviembre de 2016 dictada en audiencia inicial, negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante.

Para el efecto, consideró que no era posible extender las particularidades de los cargos para con el señor ERASMO JOSÈ OTERO JARAVA al solicitar nivelación de su cargo de TÉCNICO ADMINISTRATIVO código 367, Grado 07 de la planta central del Municipio de San Marcos Sucre, con relación al de ASISTENTE ADMINISTRATIVO código 497 Grado 09 también de la planta central del Municipio de San Marcos Sucre, ya que del solo estudio del cargo, su denominación y naturaleza, se detentaban diferencias que impiden dar cabida a la pretensión de nivelación salarial, cuando los cargos objeto de tal petición, obedecen a supuestos jurídicos disimiles, lo que justifica el trato diferenciado, más no desigual de los mismos.

Adujo el a quo no existía prueba que acreditara que si bien existe diferenciación en la denominación y clasificación del empleo público, se prediquen las mismas funciones, contando solo con el Manual de funciones que precisa lo contrario, y no se recurre al decreto de algún medio probatorio, testimonios, que constate tal realidad; desestimándose así un juicio de equiparación en el sentido antes señalado, dada la orfandad probatoria que caracteriza el presente plenario, siendo carga de la parte demandante acreditar los supuestos en los que se erige su pretensión.

Por otro lado, se debe tener presente que si la inconformidad se sustentaba a través de una valoración no racional y razonable de los componentes y particularidades de la planta del personal del Municipio de San Marcos Sucre, se debió ejercer la acción Contenciosa administrativa en otros términos, dirigido a la

[3] Folios 191-198 C. Ppal.

concretización de los cargos de la administración municipal, no siendo factible que a través de un juicio de nivelación salarial, se adopten iguales supuestos en la delimitación de empleos públicos, sin contarse con elementos y escenarios de deliberación jurídico- facticos conducentes para tal efecto , sobre todo cuando del acto administrativo acusado, se distingue que del cargo del cual se predica una homologación, se expone una posible inconsistencia o irregularidad, que se dice será saneada con el proceso de modernización institucional.

1.5. El RECURSO DE APELACIÓN[4].

La parte demandante inconforme con la sentencia de primera instancia, formula recurso de apelación solicitando su revocatoria, con fundamento en los siguientes argumentos.

Que el Juzgado Primero Oral Administrativo del Circuito de Sincelejo, al momento de emitir el fallo del presente recurso, no tuvo en cuanta la clasificación jerárquica establecida por el Decreto Ley 785 de 2005 articulo 3º, el cual reza;

"Articulo 3º, Niveles Jerárquicos de los empleos."Según la naturaleza general de sus funciones, las competencias y los requisitos exigidos para su desempeño, los empleos de las entidades territoriales se clasifican en los siguientes niveles jerárquicos: Nivel Directivo, Nivel Asesor, Nivel Profesional, Nivel Técnico y Nivel Asistencial."

Expresa la parte demandante que teniendo en cuenta lo probado dentro del presente asunto, se tiene que el señor ERASMO JOSÈ OTERO JARAVA, se ha venido desempeñando como empleado del Municipio de San Marcos – Sucre, en el cargo de Técnico Administrativo, código 367, grado 07 Nivel Técnico, con una asignación básica mensual de $1.430.522.00 y el señor Luis Fernando Jaraba Vásquez, se ha venido desempeñando como funcionario en el Nivel asistencial, en el cargo de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 09, con una asignación básica mensual de 2.081.824.00

Afirma que, teniendo en cuenta lo probado con el Decreto Nº.099 de 2010, mediante el cual el Municipio de San Marcos – Sucre ajusta el Manual Especifico de funciones y competencias laborales para los empleados de plantas, se observa evidentemente, que no obstante lo manifestado por el despacho en la sentencia

[4] Folios 206-209 C. Ppal.

objeto del recurso, de ser distintas las funciones desempeñadas por el demandante dentro del presente asunto en comparación con las funciones desempeñadas por el demandante dentro del presente asunto en comparación con las funciones desempeñadas con el señor LUIS FERNANDO JARABA VÀSQUEZ; al otear dicho decreto Decreto, se observa evidentemente que las funciones desempeñadas por el señor Erasmo José Otero Jarava, ostentan un grado más alto de complejidad y competitividad, requiriéndose para el ejercicio de las mismas un grado mayor de experiencia y preparación, en comparación con las funciones desempeñadas por el segundo; debiendo por ende en desarrollo de lo normado en nuestro ordenamiento jurídico y a la luz de la línea jurisprudencial desarrollado por el H. Consejo de Estado, existir una remuneración asignada bajo criterios objetivos y razonables, pues mal haría la administración en asignar salarios en desarrollo de criterios subjetivos, amañados y caprichosos, pues bien si existen situaciones fácticas que requieren un trato diferente este último debe sustentarse bajo criterios que lo justifiquen. Pues bien, mal haría la administración en desarrollo de criterios subjetivos establecer un salario para sus trabajadores del nivel asistencial en una suma superior a la establecida por ella misma para los funcionarios de los Niveles Directivo, Asesor, Profesional o Técnico; situaciones estas que están probadas dentro del despacho y que no fueron tenidas en cuenta por el despacho al momento de adoptar la decisión.

Finalmente aduce que, partiendo de lo manifestado en la norma en mención, y acorde con las funciones delimitadas para cada uno de los cargos susodichos, las funciones desempeñadas son funciones que tiene un grado de mayor complejidad y que por tanto bajo el desarrollo de criterios razonables y objetivos, debe asignársele una asignación básica mensual igual o superior a la referida.

1.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

- **Parte demandante[5]:** La parte demandante no presentó alegatos de conclusión.

- Parte Demandada: La entidad demandada expresó que el problema jurídico en este asunto consiste en determinar si es viable declarar la nulidad del acto administrativo demandado y en su lugar conceder un derecho de homologación y nivelación salarial con respecto al cargo que desempeña el demandante, esto es

[5]Folio 18. C. Apelación.

técnico operativo código 367 grado 07 con relación al de asistente administrativo código 407 grado 09 ambos de la planta de personal del municipio demandado.

De igual manera, trajo a colación el artículo 122 de nuestra Carta Política que establece que "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 de personal y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente"

En ese entendido, concluye que el ejercicio de la función pública se nutre del empleo público para precisar el marco de funciones y deberes de los servidores estatales, para ello emergen los elementos que constituyen la base del empleo público los cuales cumplen con el objeto constitucional en mención sobresaliendo los siguientes: La nomenclatura y la clasificación, las funciones asignadas, los requisitos exigidos para desempeñarlo, la autoridad con que se enviste al titular del mismo, para cumplir las funciones del cargo, la remuneración correspondiente y su incorporación en una planta de personal.

La estructuración de los elementos del empleo público, define el espectro de facultades y responsabilidades de todo servidor público definiéndose, así mismo sus derechos de orden laboral, como lo es la estipulación de una remuneración concordante con cada una de las funciones y la prestación de su servicio.

Finalmente entrando al caso concreto, resulta infranqueable analizar tres elementos fundamentales cuales son el estudio del cargo, la denominación del mismo y su naturaleza, se prevé estéril la pretensión de nivelación salarial por cuanto jurídicamente están constituidos por supuestos jurídicos diferentes lo que necesariamente impone que el trato sea diferenciado mas no desigual entre sí.

Lo anterior queda demostrado con el medio de prueba documental que reposa en el expediente cual es el manual de funciones de la planta de personal de la alcaldía del municipio de San Marcos, de donde se pudo tener certeza de que la diferencia que se pudo constatar proviene del cargo, la denominación del mismo y su naturaleza, por lo tanto es inexistente la desigualdad que predica el actor en su demanda.

- Ministerio Público: El Ministerio Público guardó silencio.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1. LA COMPETENCIA.

El Tribunal es competente para conocer de la apelación interpuesta en el presente asunto, según lo establecido en el artículo 153 de LA Ley 1437 de 2011. No se observa causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, por lo que se procede a decidir el fondo de la Litis.

2.2. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO.

Se solicita la nulidad del acto administrativo contenido en el sin número, comunicado el 18 de diciembre de 2014, por medio del cual se le niega el reconocimiento y pago de la nivelación salarial por parte del Municipio de San Marcos al señor ERASMO JOSÉ OTERO JARAVA (folio 11).

2.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Con fundamento en la reconstrucción de los antecedentes, debe entrar el Tribunal a dilucidar, si ¿*Es jurídicamente procedente la homologación del cargo y nivelación del salario, que ocupa y percibe el sr ERASMO JOSÈ OTERO JARAVA, esto es TÉCNICO ADMINISTRATIVO Código 367, Grado 07 de la planta Central del Municipio de San Marcos Sucre, con relación al de AUXILIAR ADMINISTRATIVO Código 407 Grado 09 también de la planta Central del Municipio de San Marcos Sucre?*

Para resolver el problema jurídico planteado, se abordarán los siguientes temas específicos: **(i)** la función pública y el marco de funciones y deberes de los servidores del Estado, **(ii)** la homologación y nivelación salarial;**(iii)** el caso concreto.

I. LA FUNCIÓN PÚBLICA Y EL MARCO DE FUNCIONES Y DEBERES DE LOS SERVIDORES DEL ESTADO

Sea lo primero advertir lo establecido por la ley 909 de 2004 *"por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.",* que *r*eguló el sistema de empleo público y establecimiento de los principios básicos que deben regular

de la gerencia pública, que en su artículo 19 dispuso:

> "Artículo 19. El empleo público es el núcleo básico de la estructura de la función pública objeto de esta ley. Por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado".

A su vez el artículo 122 de la C.N como forma de materializar la función pública, estableció, que no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la Ley reglamento y que para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta de personal, y previstos los emolumentos en el presupuestos correspondientes, lo anterior tiene concordancia con lo establecido en el artículo 125 *ibídem* , en el sentido que no solo se establece una función del cargo como tal, sino que también resulta que el empleo debe contener los requisitos mínimos que debe cumplir la persona con quien vaya a proveerse, es decir, las condiciones que debe reunir, tales como experiencia y educación. En ciertos eventos es directamente la Constitución la que señala los requisitos para determinados cargos, como ocurre con los de magistrados de las Cortes y del Consejo de Estado (art. 232) o de senador de la República (art. 172), por citar un ejemplo de ello.

Sobre el tema de los elementos esenciales que componen los empleos públicos la H. Corte Constitucional expuso:

> "Dentro de los elementos esenciales del empleo público, que resultan del texto de la Carta Política, están (i) la clasificación y la nomenclatura, (ii) las funciones asignadas; (iii) los requisitos exigidos para desempeñarlo; (iv) la autoridad con que se inviste al titular del mismo para cumplir las funciones del cargo; (v) la remuneración correspondiente, y (vi) su incorporación en una planta de personal.[6]
>
> 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

[6] Ver CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-793 de 2002. M.P. Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

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.

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.

(,,,)

Todo empleo público otorga autoridad a quien lo desempeña, que en realidad es una consecuencia del vínculo entre empleado y empleo.

El artículo 122 C.P. señala que para proveer los empleos de carácter remunerado, se requiere que estén contemplados en la respectiva planta de personal y que se encuentren previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente, pues todo empleo ha de tener asignada la remuneración que perciba su titular, es decir, la retribución por la prestación personal del servicio.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo anterior entra a verificar la Corte si tal como lo afirma el demandante existió o no exceso en el uso de facultades extraordinarias o si, por el contrario, el Presidente desarrolló las conferidas sin desbordar los límites de la ley habilitante.

3.2.3. La actuación del Presidente de la República no excede las facultades conferidas

La Ley 909 de 2004 le dio facultades al Presidente de la República para determinar el sistema general de nomenclatura y clasificación de los empleos de las entidades del orden territorial y para establecer el sistema de funciones y requisitos aplicable a los organismos y entidades de los órdenes nacional y territorial que deban regirse por esa ley, dentro de los cuales están los correspondientes a las empresas sociales del Estado. Empresas que, conviene recordar, fueron creadas con la Ley 100 de 1993 para la prestación de los servicios de salud y que pueden ser de carácter nacional o de carácter territorial.[7]"

Ahora bien, el Decreto 785 de 2005 *"por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004"* dispuso en su artículo 3º lo siguiente:

"Artículo 3°. **Niveles jerárquicos de los empleos**. Según la naturaleza general de sus funciones, las competencias y los requisitos exigidos para su desempeño, los empleos de las entidades territoriales se clasifican en los siguientes niveles jerárquicos: Nivel Directivo, Nivel Asesor, **Nivel Profesional**, Nivel Técnico y Nivel Asistencial." (Destacado de la Sala).

Los artículos 13 y 15 de la norma en cita establecieron:

"Artículo 13. Competencias laborales y requisitos para el ejercicio de los empleos. De acuerdo con la categorización establecida para los Departamentos, Distritos y Municipios y de conformidad con el reglamento que expida el Gobierno Nacional, las autoridades territoriales deberán fijar en los respectivos manuales específicos las competencias laborales y los requisitos, así:

13.1. Las competencias se determinarán con sujeción a los siguientes criterios, entre otros:

[7] SALA PLENA CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1174 de 2005.

> 13.1.1 Estudios y experiencia.
> 13.1.2 Responsabilidad por personal a cargo.
> 13.1.3 Habilidades y las aptitudes laborales.
> 13.1.4 Responsabilidad frente al proceso de toma de decisiones.
> 13.1.5 Iniciativa de innovación en la gestión.
> 13.2 Los requisitos de estudios y de experiencia se fijarán con sujeción a los siguientes mínimos y máximos de acuerdo a cada nivel:
> 13.2.3. Nivel Profesional Para los empleos del orden
> Departamental, Distrital y Municipal:
> Mínimo: Título profesional.
> Máximo: Título profesional, título de postgrado y experiencia…
> (…)
>
> Artículo 15. Nomenclatura de empleos. A cada uno de los niveles señalados en el artículo 3º del presente decreto, le corresponde una nomenclatura y clasificación específica de empleo.
>
> Para el manejo del sistema de nomenclatura y clasificación, cada empleo se identifica con un código de tres dígitos. El primero señala el nivel al cual pertenece el empleo y los dos restantes indican la denominación del cargo… (...)"

En virtud de la normas trascritas, se puede colegir, que a cada nivel en el cual se encuentra un empleo determinado, le corresponde una nomenclatura específica y a su vez la asignación mensual está sujeta a la labor encomendada y responsabilidades, así como por los requisitos de conocimientos y experiencia requeridos para su ejercicio según como lo establezca tanto el régimen jurídico como el manual interno de funciones que se expida.

II. LA HOMOLOGACIÓN Y NIVELACIÒN SALARIAL

El derecho fundamental a la igualdad, se predica como uno de los pilares de todo Estado organizado de donde se adquiere por parte de este, la obligación tratar a los individuos, de tal modo que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos, consagrado en nuestro ordenamiento constitucional a través del artículo 13 superior señalando que,

> "todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica".

La igualdad, por ende es un derecho fundamental de orden constitucional, propio del Estado Social de Derecho, que tiene como finalidad garantizar que todas las personas sean iguales ante la Ley[8]. Pero este trato igualitario que pregona la Constitución, solo es exigible en igualdad de condiciones, es decir, solo es viable la

[8] Inciso 1º del artículo 13 de la Constitución Nacional

"*igualdad entre iguales*". Lo anterior, permite concluir que, este derecho solo es vulnerado cuando se presenta un trato discriminatorio frente a idénticas situaciones.

En Sentencia C-022 de 23 de enero de 1996, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz, dijo la Corte Constitucional:

> "El punto de partida del análisis del derecho a la igualdad es la fórmula clásica, de inspiración aristotélica, según la cual **"hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual",** Aristóteles, Política III 9 (1280ª): "por ejemplo, parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales". (Negrilla fuera de texto).

Siendo ello así, ha de entenderse que:

> "Para que se dé la violación del derecho fundamental a la igualdad, debe existir una discriminación entre iguales, frente a situaciones fácticas idénticas, sin que pueda predicarse la vulneración del aludido derecho, por el solo hecho de querer obtener prerrogativas que le fueron concedidas a sujetos que no se encuentran en las mismas condiciones, ya sean profesionales, académicas o de cualquier otro tipo, y a los cuales se les haya exigido ciertos requisitos, sin los cuales no sería posible obtenerlas"[9].

Frente al mismo tema, el H. Consejo de Estado, precisó lo siguiente:

> "No toda desigualdad constituye necesariamente discriminación, puesto que la igualdad solo se viola si el trato desigual carece de justificación objetiva y razonable. El principio de igualdad consagrado en la Carta Política permite establecer fórmulas de apreciación frente a un trato diferenciado, con fundamento en la razonabilidad de la diferenciación y en la proporcionalidad de los medios"[10].

En lo concerniente a la igualdad laboral por las funciones desempeñadas con miras a la homologación salarial, la Honorable Corte Constitucional en Sentencia de 23 de octubre de 2012[11], refirió:

> El principio a trabajo igual, salario igual, responde entonces a un criterio relacional, propio del juicio de igualdad. Por ende, para acreditar su vulneración debe estarse ante dos sujetos que al desempeñar las mismas funciones y estar sometidos al mismo régimen jurídico de exigencias de cualificación para el empleo, son comparables y, no obstante ello, reciben una remuneración diferente. Se insiste entonces en que la discriminación salarial injustificada debe basarse en la inexistencia de un parámetro objetivo, discernible y razonable, que justifique la diferenciación. Así, la jurisprudencia constitucional ha catalogado como razones admisibles de diferenciación salarial, entre otras (i) la aplicación de criterios objetivos de evaluación y desempeño; (ii) las diferencias de la estructura institucional de las dependencias públicas en que se desempeñan cargos que se muestran prima facie análogos; y (iii) la distinta clasificación de los empleos públicos, a partir de la cual se generan diferentes escalas salariales, que responden a cualificaciones igualmente disímiles para el acceso a dichos empleos. De

[9] Corte Constitucional – Sentencia T-011/99
[10] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. M.P. Jaime Moreno García. Sentencia del 15 de febrero de 2007. Radicación número: 25000-23-25-000-2001-11500-01 (1863-04).
[11] Corte Constitucional. Sentencia T-833 de 2012. M.P.Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

> acuerdo con lo expuesto, se encuentra que la protección constitucional del principio de a trabajo igual, salario igual, tiene sustento en la eficacia de los principios mínimos del trabajo, tanto de remuneración acorde con la cantidad y calidad de la labor, como de, especialmente, la primacía de la realidad sobre las formas dentro de la relación laboral. Con todo, esa consagración constitucional no genera la procedencia general de la acción de tutela para lograr la satisfacción de esas posiciones jurídicas. En contrario, la admisibilidad del amparo es excepcional y depende que en el caso concreto se compruebe la ausencia de idoneidad de los mecanismos judiciales ordinarios, los cuales conservan la competencia general para asumir problemas jurídicos de esta índole.

Ahora bien, al predicar sobre la nivelación salarial el Consejo de Estado ha hecho énfasis en reiterar que:[12]

> "Quien pretenda la nivelación salarial atendiendo a que la función que cumple resulta equiparable a la de otro 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. Por eso en los manuales de funciones se 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.
>
> El manual de funciones debe contener de manera expresa y específica, el aporte que el empleado debe realizar para el cumplimiento de tal objetivo, siendo este el parámetro que define concretamente las funciones que el empleado debe realizar. Por ello, no puede existir empleo público que carezca de funciones específicas y tampoco puede la administración exigir el cumplimiento de funciones diferentes a las señaladas en las normas reglamentarias de carácter funcional".

De igual forma, en sentencia del 29 de abril de 2004 el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección "A", C.P. Ana Margarita Olaya Herrera, Radicado No: 25000-23-25-000-1999-6078-01(2006-03), precisó

> "(…) Para orientar el debate de acuerdo con la impugnación planteada por el demandante, quien pretende la nivelación salarial atendiendo a que la función que cumple resulta equiparable a la de otro funcionario que se remunera con un mayor salario, es pertinente manifestar que en igualdad de otras condiciones, una diferencia salarial solo encuentra justificación cuando existe una diferencia real en las funciones que la entidad demande o exija del funcionario. Dicha situación debe examinarse teniendo en cuenta los siguientes parámetros:
>
> **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.**
>
> Para el cumplimiento de las funciones que la constitución y la ley ordenan, las entidades del Estado adoptan plantas de personal con el número preciso de cargos

[12] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 15 de febrero de 2007. Consejero Ponente: Jaime Moreno García. Radicación: 2500023250002001-011487-01.

> en los niveles y con los grados requeridos para el eficiente desarrollo de sus actividades de acuerdo con la planificación estratégica de su desarrollo. Por tal virtud, 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.
>
> Por lo anterior, así como no puede existir empleo público que carezca de funciones específicas, tampoco puede la administración EXIGIR el cumplimiento de funciones diferentes a las señaladas en las normas reglamentarias de carácter funcional porque a diferencia del trabajador oficial, -que celebra un acuerdo con la administración-, el empleado público se somete a una condición laboral reglada en las normas"

Cabe precisar entonces, que la homologación salarial no es procedente en el entendido de que los cargos que sean objeto de nivelación, presenten funciones disimiles en el manual de funciones establecido, ya que al tratarse de empleados públicos estos se ven sometidos a unas condiciones laborales preexistentes para la ejecución de un determinado cargo; hecho que justifica un trato diferencial pero que no conlleva per se a desigualdad o discriminación alguna.

Al efecto, el H. Consejo de Estado de manera conclusiva ha expresado, que para que sea viable entre uno y otro empleo de la planta de personal de una entidad la "nivelación salarial" es necesario que quien lo pretenda, demuestre probatoriamente, que los empleos posean idénticas condiciones, en cuanto a la nomenclatura, nivel, código y grado, así lo señaló el alto Tribunal en el siguiente pronunciamiento:

> "Quien pretenda la nivelación salarial atendiendo a que la función que cumple resulta equiparable a la de otro funcionario que se remunera con mayor salario, **debe acreditar la identidad de funciones,**[13] pues, sólo la diferencia real en las funciones que la entidad demande o exija del funcionario fundamenta la diferencia salarial. Por eso en los manuales de funciones se 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.
>
> El manual de funciones debe contener de manera expresa y específica, el aporte que el empleado debe realizar para el cumplimiento de tal objetivo, siendo este el parámetro que define concretamente las funciones que el empleado debe realizar. Por ello, no puede existir empleo público que carezca de funciones específicas y tampoco puede la administración exigir el cumplimiento de funciones diferentes a las señaladas en las normas reglamentarias de carácter funcional[14]". (Destacado de

[13]Ver CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN "A". Consejero ponente: JAIME MORENO GARCÍA. Sentencia del 15 de febrero de 2017. Radicación número: 2500023250002001 11487 01-(4842-04).
[14]CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN "A". Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCÓN. Sentencia del 11 de noviembre de 2011. Radicación número: 25000-23-25-000-2001-11578-01(0607-09).

la Sala).

Se puede concluir entonces, dentro del *sub examine,* para predicar la nivelación salarial, habrá que probar que hay identidad de funciones, porque éstas determinan la denominación del cargo, que está sucinta dentro del código o nomenclatura.

III. CASO CONCRETO

En el presente asunto la parte actora solicitó la nulidad del acto administrativo notificado el 18 de diciembre de 2014 por medio del cual se le niega el reconocimiento y pago de la nivelación salarial en relación con el cargo ocupado por el señor LUIS FERNANDO JARAVA VÁSQUEZ.

En primera instancia, el *A quo* dispuso negar las pretensiones de la demanda, ante la ausencia de elementos que soportaran las mismas.

Inconforme con lo anterior, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, en el que solicita la revocatoria de la sentencia de primera instancia, resaltando lo relacionado con las funciones de los cargos objeto de homologación.

De las pruebas aportadas al plenario se encuentra acreditado que el Señor ERASMO JOSÉ OTERO JARAVA, solicitó la equiparación de su cargo de TÉCNICO ADMINISTRATIVO Código 367, Grado 07 de la Planta Central del Municipio de San Marcos – Sucre, con relación al de AUXILIAR ADMINISTRATIVO Código 407 Grado 09 también de la Planta Central del Municipio de San Marcos – Sucre.

El manual de requisitos y funciones de la Planta de Empleos del Municipio de San Marcos, contenido en el Decreto No. 099 de 2010[15], describe los cargos en cuestión así:

- **Cargo técnico Administrativo, Nivel Central, Código 367, Grado 07.**

  El cargo es del nivel central.
  Dependencia: Tesorería Oficina de catastro

[15] Obrante a folios 16 y siguientes del cuaderno de primera instancia

Descripción de funciones esenciales.

1. Manejar el Software de todos los Recaudos del Municipio de San marcos.
2. Alimentar diariamente el Software de Taquilla.
3. Ingresar al Software las facturas canceladas del impuesto predial y expedir el paz y salvo Catastral.
4. Asentar las facturas de impuesto predial unificado y llevar un consecutivo de Recibo de Caja por Asentar Facturables.
5. Llevar consecutivo de Recibo de Caja por lo demás impuestos del Municipio de San Marcos Sucre.
6. Manejar el libro de Caja de los impuestos en el Software.
7. Presentar informes cuando los requiera el Tesorero Municipal de los ingresos por meses.
8. Fotocopiar todas las consignaciones que los usuarios entregan por la cancelación de los impuestos y entregarlas a Tesorería para el informe de los Entes de Control.
9. Manejar el Software de Industria y Comercio.
10. liquidar y facturar impuestos de Industria y Comercio a todos los contribuyentes.
11. Ingresar al Software los Negocios nuevos en el Municipio de San Marcos Sucre.
12. Proponer sistemas de procedimientos para la prevención de la evasión de impuestos de Industria y Comercio.
13. Atender en primera instancia los reclamos que presenten los usuarios del Predial Unificado por las liquidaciones de sus predios.
14. Controlar y verificar el pago de los gravamen correspondientes a espectáculos públicos, rifas, sorteos que se celebren ene le Municipio de San Marcos y demás conceptos contemplados en el presupuesto de rentas.
15. Enviar a tesorería la relación de los usuarios morosos con su respectiva liquidación, para que se efectúen los cobros de acuerdo a trámites correspondientes.
16. Elaborar e interpretar cuadros, informes estadísticas y datos concernientes a la programación de equipos de procesamiento; presentar los resultados y proponer los mecanismos orientadores a la ejecución de los diversos programas o proyectos.
17. Preparar el material y el equipo requerido para el desarrollo y la elaboración de experimentos, ensayos, cálculos y pruebas con el fin de ejecutar las labores propias de la programación de los equipos de procesamientos.
18. Preparar y presentar los informes sobre las actividades desarrolladas, con la oportunidad y la periodicidad requeridas.
19. Desempeñar las demás funciones asignadas por la autoridad competente, de acuerdo al nivel, la naturaleza y el área de desempeño, y con la formación y adiestramiento del titular del cargo.
20. Tener sentido de pertenencia con la Institución y comportamiento laboral.

- **Cargo Auxiliar Administrativo- Nivel Central Código 407, Grado 09.**

  Dependencia: Secretaria de Educación

  Descripción de las Funciones Esenciales.

  a) Llevar el libro de control sobre las ejecuciones de ingresos y gastos de conformidad con las normas técnicas y procedimientos presupuestales y contables.
  b) Elaborar mensualmente las ejecuciones en coordinación con el Jefe de Oficina de Presupuesto y Contabilidad, las adiciones, traslados y modificaciones que se presenten en la vigencia que se ejecute.
  c) Elaborar los diferentes informes que se le soliciten además de los que deben presentarse acerca de la marcha del trabajo en la oficina de presupuesto y contabilidad.
  d) Desempeñar las demás funciones designadas por la autoridad competente, de acuerdo con el nivel, la naturaleza y el área de desempeño del empleo, con la formación y adiestramiento del titular del cargo.
  e) Elaborar los Certificados de Disponibilidad Presupuestal
  f) Tener sentido de pertenencia con la Institución y comportamiento laboral.

Con base a lo anterior, se advierte que existen diferencias establecidas en el Manual de Funciones y Competencias laborales para los empleos de la planta de personal de la Alcaldía de San Marcos Sucre; en lo concerniente a los cargos que el accionante refiere para homologación salarial, siendo entonces las funciones que se ejercen disimiles.

Al no existir identidad de funciones en las labores desempeñadas por el señor ERASMO JOSÈ OTERO JARAVA en el Cargo de TÉCNICO ADMINISTRATIVO, Código 367, Grado 07 del Nivel Técnico en relación a el cargo de AUXILIAR ADMINISTRATIVO Código 407, Grado 09 ostentado por el señor LUIS FERNANDO JARABA VÀSQUEZ de la Planta de Personal de la alcaldía de San Marcos Sucre; no es viable reconocer la homologación y nivelar el salario, debido a que el principio de "trabajo igual" "salario igual" no se ha transgredido.

En el presente caso, la discrepancia salarial que existe entre las remuneraciones devengadas, está justificada en la diferencia real en las funciones descritas en el *"Manual de Funciones y requisitos por cargo"* que el Municipio de San Marcos ha fijado y exige a cada uno de sus funcionarios. Y al existir una notable diferencia en las funciones asignadas al cargo al cual pretende equiparse el actor, la diferencia

salarial existente entre los cargos no viola en modo alguno el principio constitucional *"a trabajo igual salario igual"*, pues *"(…), entre las razones que a juicio de la jurisprudencia constitucional justifican las diferencias salariales la primera es el ejercicio de funciones o labores diferentes entre quienes alegan la discriminación salarial y el tercero que supuestamente recibe un trato favorable. En otras palabras el requisito indispensable para que exista una vulneración del principio en comento es precisamente la identidad de funciones entre quien alega la discriminación y quien supuestamente resulta beneficiado de la misma, además por supuesto de la existencia de una diferencia en la remuneración"*[16].

En virtud de tales consideraciones, mal se haría en predicar un trato desigual respecto a las asignaciones mensuales devengadas por cada uno, cuando está demostrado que cada uno sostiene un margen de aplicación en el ámbito laboral definido, en cuanto a la ejecución, responsabilidad y fines del cargo dentro de la planta del personal del Municipio, y es precisamente lo que la jurisprudencia ha dicho sobre este tema en particular, como quiera que es claro que ambos empleos no ejecutan la misma labor.

Es oportuno resaltar, que si el inconformismo deriva de la forma como se estableció la escala salarial por niveles en la planta de personal del municipio de San Marcos, la Sala no puede emitir pronunciamiento acerca de la legalidad o no del mismo, como quiera que los actos administrativos a través de los cuales se estableció la misma no fue objeto de reproche de nulidad alguna en el presente medio de control.

Por lo anterior, la Sala de Decisión, sin ahondar en mayores disquisiciones, **CONFIRMARÁ** la sentencia objeto de alzada.

IV. CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA en concordancia con los artículos 365 y 366 del CGP y por la prosperidad del recurso, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante, y a favor de la entidad demandada. En firme la presente providencia, realícese por el *A quo*, la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

[16] Corte Constitucional, reiteración de jurisprudencia, T-1075-00, T-601-95, T-1048-08, T-466-96, T-097-06, entre otras.

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **SALA TERCERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SINCELEJO, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 28 de noviembre de 2016 por el **JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO**, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas de primera y segunda instancia a la parte demandante y a favor de la entidad demandada.

TERCERO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al Despacho de origen, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta N 126.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA