



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA N° 29

Santiago de Cali, 19 de abril de dos mil diecisiete (2017)

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Proferir sentencia dentro del medio de control denominado Nulidad y Restablecimiento del Derecho de carácter laboral instaurado por el señor JORGE ENRIQUE QUESADA OSORIO, identificado con cédula de ciudadanía No. 14.985.183, en contra del Municipio de Santiago de Cali.

I. LA DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

Solicita el demandante se declare que se configuró el silencio administrativo negativo ante la no respuesta a la petición que presentó el 3 de abril de 2012 a través de la cual pidió se reconocieran y pagaran los valores correspondientes a la homologación y nivelación salarial a la que indica tiene derecho al haber sido nombrado a través de Decreto No. 500 del 21 de octubre de 2003 en el ente territorial Municipio de Santiago de Cali.

A título de restablecimiento del derecho solicita se ordene a la entidad demandada a pagar la diferencia salarial y prestacional correspondiente a la homologación y nivelación salarial a la que aduce tiene derecho en aplicación del principio de igualdad, teniendo en cuenta la prescripción sobre los emolumentos que se reconozcan.

Que las sumas que resulten de la diferencia salarial y prestacional reclamada sean canceladas debidamente indexadas.

Se cumpla la sentencia en los términos previstos en el artículo 187 del código de Procedimiento Contencioso Administrativo.

Se condene en costas a la entidad demandada.

1.2. HECHOS

Indica el actor que el Municipio de Santiago de Cali a través de la Resolución No. 2749 del 3 de diciembre de 2002 fue certificado para prestar los servicios en materia de Educación y lo vinculó a su planta de personal a través del Decreto No. 500 de 2003, época en la cual prestaba sus servicios a la Institución Educativa Diez de Mayo, además el ente territorial nombró en su planta de cargos a los docentes nacionales o nacionalizados regidos por el Decreto 2277 de 1979 y el Decreto 1278 de 2002.

Señala que no ha sido beneficiado salarialmente de los Acuerdos 0216 de 1991 y 1321 de 1993, por haber sido incorporado mediante la municipalización de la educación pública, normatividad la cual solo favorece a los docentes denominados "territoriales" vinculados a la planta de cargos del ente territorial, pese a desarrollar las mismas labores en los establecimientos educativos del Municipio, generándose una desigualdad salarial.

Dice que por haber sido vinculado a la planta de personal del ente territorial debe pagársele el salario en igualdad de condiciones que a los docentes denominados territoriales que se benefician del Acuerdo 0216 de 1991, para tal efecto debió el Municipio verificar la clasificación de cargos, funciones, requisitos y responsabilidades contenidos en su planta de personal con el fin de efectuar la nivelación salarial entre los docentes que ya se encontraban vinculados con nombramiento territorial y los docentes nombrados en cumplimiento de lo consagrado en la Ley 715 de 2001, garantizando por tanto la administración municipal iguales o equivalentes condiciones salariales.

Compara la asignación salarial de los años 2008 al 2011 de los docentes territoriales o nombrados antes del año 2003 (Decretos Municipales 411.0.20.0317 de 2008, 411.0.20.0297 de 2009, 411.0.20.0265 de 2010, 411.0.20.0244 de 2011) respecto de los docentes municipalizados en virtud de la ley 715 de 2001 a los cuales se les fija la misma teniendo en cuenta el Decreto No. 2277 de 1979 (Decretos 626 de 2008, 700 de 2009, 1369 de 2010 y 1055 de 2011), entre estas, las que corresponden al grado 13 del Escalafón Docente, observándose un incrementó en un mayor porcentaje para los docentes denominados territoriales.

Aduce que tiene derecho a recibir su salario en igualdad de condiciones a los educadores adscritos al Municipio de Santiago de Cali cobijados por los Acuerdos Municipales números 0216 de 1991 y 1321 de 1993.

1.3. FUNDAMENTOS DE DERECHO Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como normas violadas en la demanda el actor señaló las siguientes:

- Constitución Política, artículos 1, 2, 13, 25, 29, 53 y 58

Dice que la homologación es un procedimiento que se realiza mediante la comparación de funciones y requisitos de un empleo existente en determinada planta de personal, en procura de encontrar un equivalente a éste en la planta de cargos receptora de ese empleo como resultado del proceso de descentralización del servicio educativo, para lo cual se debe tener en cuenta los parámetros constitucionales, legales, y reglamentarios establecidos para el efecto, así como las particularidades propias que puedan presentarse en cada entidad territorial receptora del cargo.

Señala que el acto administrativo ficto que negó la solicitud de nivelación y homologación salarial a que tiene derecho en esa materia desconoce el principio a igual trabajo, igual salario, además que la existencia de una diferencia salarial entre empleados que se encuentran en similares condiciones, debe estar fundamentada en una justificación objetiva y razonable, lo cual no ocurre en el presente caso, en razón a que tanto los docentes territoriales como los demás educadores que conforman la planta de cargos de la administración central del Municipio de Santiago de Cali, financiados con recursos del sistema general de participaciones – SGP-, cumplen con las mismas funciones y realizan igual trabajo, no obstante, los empleados “territoriales” – nombrados por el ente territorial antes del año 2003 – reciben salarios superiores respecto de los demás docentes, debido a que reciben un incremento salarial anual mayor mediante actos administrativos de orden municipal, por tanto se vulnera el derecho fundamental a la igualdad del accionante.

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada de la parte actora se ratificó en los hechos y argumentos expuestos en el libelo introductor, además afirmó que se encuentra acreditado que el

demandante tiene el mismo nominador, desempeña el mismo cargo, desarrolla las mismas funciones dentro del horario de trabajo que sus compañeros de labor, se rige por el mismo marco jurídico establecido en el Estatuto Docente - Decreto 2277 de septiembre 14 de 1979 y la Ley 715 de 2001 y se le paga con recursos provenientes del sistema general de participaciones, por tanto se encuentra en iguales condiciones laborales que aquellos docentes que tienen el mismo grado de escalafón - 13 – quienes devengan más al estar amparados por el Acuerdo 0216 de 1991.

Realiza la comparación entre la asignación salarial que se fija por Decreto Nacional del grado 13 para el Escalafón Nacional Docente frente a la asignación salarial que se paga a otro docente municipal grado 13 llamado territorial y la diferencia que arrojan estas escalas salariales para los años 2009 a 2015.

Concluye que con su vinculación a la planta de cargos del Municipio de Santiago de Cali en el año 2003 se colocó en igualdad de condiciones laborales respecto de quienes desempeñaban el cargo o empleo de docente territorial al cual solicita se realice la respectiva homologación y nivelación salarial.

II. DEFENSA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

2.1. MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI

2.1.1. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad accionada dentro del término legal no contestó la demanda.

2.1.2. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Señaló que el régimen prestacional y salarial aplicable al personal docente es el contemplado en la Ley 91 de 1981, antes y con posterioridad a la expedición de la Ley 60 de 1993 y en la actualidad la Ley 715 de 2001, la cual mantiene el régimen contemplado en la Ley 91 de 1989 para los docentes que se incorporaron sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones a la planta docente del Municipio de Santiago de Cali, esto es, conservando las mismas condiciones salariales y prestacionales que venían disfrutando al momento de la incorporación a la entidad territorial.

Dijo que el ente territorial no puede homologar y nivelar el salario a los docentes incorporados provenientes del Departamento del Valle del Cauca toda vez que la certificación que le fue conferida en materia educativa y la administración de la planta del personal docente no la facultan para modificar las condiciones laborales o el escalafón docente que regulan su remuneración salarial, pues se infringirían los objetivos y criterios señalados en el artículo 10 de la Ley 4ª de 1992, máxime cuando se trata de recursos que corresponden al Sistema General de Participaciones girados por la Nación, además es el Gobierno Nacional que por competencia atribuida por la Constitución Política expide anualmente la tabla de remuneración salarial para el personal docente regido por los Decreto 2277 de 1979 y 1278 de 2002, en las cuales se estipula el salario conforme al grado de escalafón.

Indica que el artículo 115 de la Ley 115 de 1994 establece que el ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por dicha norma, además que el régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la Ley 60 de 1993 y en esta norma.

Argumenta que mediante la Ley 4ª de 1992 se autorizó al Gobierno Nacional a fijar el régimen salarial y prestacional de todos los empleados públicos del País, razón por la cual ningún ente territorial puede abrogarse la faculta de fijar salarios o prestaciones sociales para los empleados del nivel departamental o municipal y en especial del personal docente.

Cita jurisprudencia del Consejo de Estado en la cual se indica que el legislador fija los principios y parámetros que el Gobierno ha de tener en cuenta para establecer la escala de remuneración como los demás elementos propios del régimen salarial y prestacional.

Concluye que si se cancela a favor de los docentes la homologación y nivelación salarial solicitada se desconoce la categorización piramidal de las normas legales y la presunción de legalidad de la que están investidas estas leyes, en razón a que no existe norma expresa que disponga que las entidades territoriales puedan efectuar nivelaciones salariales y/o homologaciones al personal docente.

Pide se nieguen las pretensiones de la demanda.

III. CONSIDERACIONES PARA RESOLVER

3.1. PROBLEMA JURÍDICO

El medio de control denominado Nulidad y Restablecido del Derecho se encuentra consagrado en el artículo 138 del CPACA, a través de él toda persona que considere que con la expedición de un acto administrativo se le ha lesionado en un derecho amparado en una norma jurídica, puede pedir que se declare su nulidad y se le restablezca en su derecho, e incluso solicitar que se le repare el daño.

De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta lo pretendido en el asunto, el litigio se fijó en los siguientes términos:

¿Es viable la nulidad de los actos acusados y en consecuencia hay lugar a ordenar la homologación y consecuente nivelación salarial y prestacional a favor del demandante en calidad de docente vinculado al ente territorial con ocasión del proceso de municipalización del servicio de educación que se surtió en el Municipio de Santiago de Cali?

3.2. RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO

Para dar respuesta al problema planteado el despacho analizará los siguientes tópicos: i) Descentralización del servicio público de educación, ii) Fundamento legal de la incorporación del personal docente establecido en la Ley 715 de 2001, iii) Precedente jurisprudencial del Consejo de Estado sobre la incorporación del personal del sector educativo a las plantas de cargos de las entidades territoriales, y iv) caso concreto.

3.2.1. TÓPICOS DE ANÁLISIS

i) DESCENTRALIZACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE EDUCACIÓN

En primer término se debe indicar que por mandato de la Ley 43 de 1975 se nacionalizó la educación primaria y secundaria que oficialmente venían prestando los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los Municipios, las Intendencias y Comisarias, definiéndose como un servicio público a cargo de la Nación, cuyos gastos para sufragar el servicio estarían a su cargo. Finalizado éste proceso, el personal docente incorporado o vinculado a las plantas de personal del servicio educativo estatal, adquirió el carácter de empleado público del orden nacional.

Posteriormente se expidió el Decreto Ley 2277 de 1979 – Estatuto Docente - el cual estableció en su artículo 26 que la carrera docente es un régimen de orden legal que regula las condiciones de inscripción, ascenso y permanencia dentro del mismo, siempre y cuando quien aspire se encuentre inscrito en el Escalafón Nacional Docente, frente a este último determinó la norma en comento que es un sistema de clasificación de los educadores de acuerdo con su preparación académica, experiencia y méritos reconocidos, y que la inscripción del docente en el mismo lo habilita para ejercer cargos de carrera docente, además que éste se constituye por catorce grados en orden ascendente.

El Estatuto Docente estableció en su artículo 44 los deberes de los docentes, así: cumplir la constitución y las leyes de Colombia; Inculcar en los educandos el amor a los valores históricos y culturales de la Nación y el respeto a los símbolos patrios, desempeñar con solicitud y eficiencia las funciones de su cargo, cumplir las órdenes inherentes a sus cargos que les impartan sus superiores jerárquicos, dar un trato cortés a sus compañeros y a sus subordinados y compartir sus tareas con espíritu de solidaridad y unidad de propósitos, cumplir la jornada laboral y dedicar la totalidad del tiempo reglamentario a las funciones propias de su cargo, velar por la conservación de documentos, útiles, equipos, muebles y bienes que le sean confiados, observar una conducta pública acorde con el decoro y la dignidad del cargo, así como las demás que para el personal docente, determinen las leyes y los reglamentos ejecutivos.

Con la Ley 91 de 1989 se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, encargado del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y las prestaciones sociales relacionadas en dicha norma, la cual clasificó los docentes en nacionales, nacionalizados y territoriales, según la fecha de vinculación al servicio educativo y la autoridad que hubiera expedido en cada caso el acto de nombramiento.

Posteriormente el proceso de descentralización del servicio público educativo que inició por mandato de la Constitución Política de 1991, en especial de su artículo 356 que ordenó fijar los servicios a cargo de la Nación y de las entidades territoriales, así como redistribuir los recursos del situado fiscal en aplicación de las reglas en él establecidas.

En desarrollo de ese mandato constitucional se expidió la Ley 60 de 1993¹, hoy derogada, que distribuyó competencias y recursos entre la Nación y las entidades territoriales, en el sector educación, entre otros.

El artículo 2º, numeral 1, el artículo 3º, numeral 5 y el artículo 4º, de la Ley 60 de 1993, asignó a los municipios, departamentos y distritos las funciones de prestar y administrar los servicios educativos estatales, y determinaron que los establecimientos educativos y la planta de personal tendrían carácter municipal, departamental o distrital.

Ahora bien, la Ley 60 en cita, en el artículo 5º dejó a cargo de la Nación las funciones de formulación de políticas públicas educativas, establecimiento de normas técnicas y curriculares, administración de fondos y créditos, entre otros.

El artículo 6º ibídem señaló las condiciones laborales del personal docente y administrativo vinculado al servicio educativo oficial, en los siguientes términos:

“Artículo 6º.- Administración del personal. Corresponde a la ley y a sus reglamentos, señalar los criterios, régimen y reglas para la organización de plantas de personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales.

Ningún departamento, distrito o municipio podrá vincular docentes y administrativos sin el lleno de los requisitos del estatuto docente y la carrera administrativa, respectivamente, ni por fuera de las plantas de personal que cada entidad territorial adopte.

Todo nombramiento o vinculación que no llene los requisitos a que se refiere este artículo, serán ilegales y constituyen causal de mala conducta, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal para quien lo ejecute.

El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

Las sumas por concepto de provisiones y aportes para la atención del pago de las prestaciones del personal docente del orden territorial a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán giradas al mismo por las entidades territoriales, de conformidad con las disposiciones de la presente Ley. El valor actuarial del pasivo prestacional de las entidades territoriales, que deban trasladar al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, se determinará, para estos

¹ Ley 60 de 1993 (agosto 12) “por la cual se dictan normas orgánicas sobre distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones” – Norma derogada por el artículo 113 de la Ley 715 de 2001.

efectos, con base en la liquidación que se realice con cada una de ellas, y será financiado con sus propios recursos.

El régimen de remuneración y las escalas salariales de todos los docentes de los servicios educativos estatales, que en adelante tendrán carácter de servidores públicos de régimen especial de los órdenes departamental, distrital o municipal, se regirá por el Decreto-ley 2277 de 1979 y demás normas que lo modifiquen y adicionen. Igualmente, sus reajustes salariales serán definidos de conformidad con la Ley 4a. de 1992. (Subrayado fuera del texto)

Así las cosas, se conservaron las disposiciones legales en materia de salarios, prestaciones y carrera docente respecto de los docentes que se vincularían a las plantas de personal de los departamentos, distritos y municipios en virtud del proceso de descentralización de la educación y su carácter de servidores públicos de régimen especial de los órdenes departamental, distrital o municipal.

Con la expedición de la Ley 115 de 1994 - Ley General de Educación se reguló el Servicio Público de la Educación y se estableció que el mismo estaba constituido por: (i) la educación formal en los niveles de preescolar, básica – primaria y secundaria -, y media; (ii) la educación no formal y (iii) la educación informal.

De otra parte la mentada norma en su artículo 115 determinó que el régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la Ley 60 de 1993 y en la presente Ley, además no se podían desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores.

Por su parte el artículo 175 ibídem señaló que el pago de salarios y prestaciones sociales del personal docente, directivo docente y administrativo de la educación estatal en sus niveles de educación preescolar, básica (primaria y secundaria) y media del servicio educativo estatal se realizaría con cargo al situado fiscal y las demás rentas que determinara la Ley, así mismo estableció que el régimen salarial de los educadores de los servicios educativos estatales de los órdenes departamental, distrital o municipal se regía por el Decreto Ley 2277 de 1.979, la Ley 4 de 1992 y demás normas que lo modifiquen y adicionen.

Con la promulgación del Acto Legislativo No. 1 de 2001 se sustituyó el denominado situado fiscal por el Sistema General de Participaciones (artículo 2).

Al respecto se transcriben apartes del artículo 2º del Acto Legislativo en cita que permiten observar la sustitución realizada:

“ARTÍCULO 2°. El artículo 356 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 356. Salvo lo dispuesto por la Constitución, la ley, a iniciativa del Gobierno, fijará los servicios a cargo de la Nación y de los Departamentos, Distritos, y Municipios. Para efecto de atender los servicios a cargo de éstos y a proveer los recursos para financiar adecuadamente su prestación, se crea el Sistema General de Participaciones de los Departamentos, Distritos y Municipios.

...

Los recursos del Sistema General de Participaciones de los departamentos, distritos y municipios se destinarán a la financiación de los servicios a su cargo, dándole prioridad al servicio de salud y los servicios de educación preescolar, primaria, secundaria y media, garantizando la prestación de los servicios y la ampliación de cobertura.

...

La ley reglamentará los criterios de distribución del Sistema General de Participaciones de los Departamentos, Distritos, y Municipios, de acuerdo con las competencias que le asigne a cada una de estas entidades; y contendrá las disposiciones necesarias para poner en operación el Sistema General de Participaciones de estas, incorporando principios sobre distribución que tengan en cuenta los siguientes criterios: (...)”

Con fundamento en la reforma constitucional aludida se expidió la Ley 715 de 2001², norma que descentralizó el servicio de la educación no solo en los departamentos y distritos como se había hecho anteriormente – Ley 60 de 1993-, sino que ahora desplazó dicha función también a los municipios, correspondiendo la prestación del servicio a las entidades territoriales – Distritos, Municipios certificados y Departamentos - respecto de la educación preescolar, básica (primaria y secundaria), además derogó la Ley 60 de 1993.

En ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 111 de la Ley 715 de 2001, se expidió el Decreto No. 1278 del 19 de junio de 2002 – Estatuto de Profesionalización Docente -, el cual definió que la carrera docente es el régimen legal que ampara el ejercicio de la profesión docente en el sector estatal, el cual se funda en el carácter profesional de los educadores; depende de la idoneidad en el desempeño de su gestión y de las competencias demostradas, garantiza la igualdad en las posibilidades de acceso a la función para todos los ciudadanos aptos para el efecto, y considera el mérito como fundamento principal para el ingreso, la permanencia, la promoción en el servicio y el ascenso en el escalafón (art.16), dicha normatividad también estableció que el escalafón docente es el sistema de clasificación de los docentes y directivos docentes estatales de acuerdo con su formación académica, experiencia, responsabilidad, desempeño y

² Ley 715 de 2001 (Diciembre 21), “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.”

competencias, constituyendo los distintos grados y niveles que pueden ir alcanzando durante su vida laboral y que garantizan la permanencia en la carrera docente con base en la idoneidad demostrada en su labor y permitiendo asignar el correspondiente salario profesional (art. 19), además determinó que el mismo está conformado por tres (3) grados que se establecen teniendo en cuenta la formación académica y cada uno está compuesto por cuatro (4) niveles salariales (A-B-C-D) (art. 20), además que dicha normatividad aplicaría a quienes se vinculen a partir de su vigencia para desempeñar cargos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica (primaria y secundaria) o media, y a quienes sean asimilados de conformidad con lo dispuesto en esta norma (art. 2º).

Por su parte el Artículo 46 ibídem señaló que el Gobierno Nacional en desarrollo de la Ley 4ª de 1992, establecería la escala única nacional de salarios y el régimen prestacional para los docentes escalafonados, de acuerdo con el grado y nivel que acrediten en el escalafón docente, además indicó que el salario de ingreso a la carrera docente debe ser superior al que devengan actualmente los educadores regidos por el Decreto-ley 2277 de 1979.

Así pues, del marco legal expuesto se tiene que la descentralización de la educación primaria y secundaria oficial, en virtud del mandato contenido en el artículo 356 de la Carta Política, consistió en un proceso administrativo en el cual se agotaron varias etapas, y que determinó que la competencia de administrar el servicio educativo en forma integral corresponde a los entes territoriales departamentales, distritales y municipales.

ii) FUNDAMENTO LEGAL DE LA INCORPORACIÓN DEL PERSONAL DOCENTE ESTABLECIDO EN LA LEY 715 DE 2001.

Ley 715 de 2001 *"por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones"*, dispuso que los recursos de la participación para educación del sistema general de participaciones - SGP se destinarán a financiar la prestación del servicio educativo, y entre otras actividades, el pago del personal docente y administrativo de las instituciones educativas públicas, las contribuciones inherentes a la nómina y sus prestaciones sociales (artículo 15 numeral 150.1).

Por su parte el artículo 7º ibídem determinó la competencia de los distritos y municipios certificados, para lo cual deben las entidades territoriales dirigir, planificar y prestar el servicio educativo en los niveles de preescolar, básica y media, en condiciones de equidad, eficiencia y calidad, entre otros.

La norma en comento además determinó como se adelantaría el proceso de incorporación del personal docente a las plantas de cargos de las entidades territoriales en los artículos 34 a 38, así:

“Artículo 34. Incorporación a las plantas. Durante el último año de que trata el artículo 37 de esta ley, se establecerán las plantas de cargos docentes, directivos y administrativos de los planteles educativos, de los departamentos, distritos y municipios.

Establecidas las plantas, los docentes, directivos docentes y administrativos de los planteles educativos, que fueron nombrados con el lleno de los requisitos, mantendrán su vinculación sin solución de continuidad.

...

CAPITULO VI

Disposiciones transitorias en educación

Artículo 35. *Del período de transición. El período de transición de la presente Ley será de hasta dos (2) años, contados desde la vigencia de la misma.*

Artículo 36. *Incorporación de costos al Sistema General de Participaciones para Educación. La incorporación de los costos al Sistema General de Participaciones a que se refiere el inciso dos del parágrafo 1º del artículo 357 de la Constitución, se realizará el 1º de enero del año 2002.*

Para determinar el costo de la prestación del servicio, se tomará como base el costo de los docentes y personal administrativo y directivo de los planteles educativos a 1º de noviembre del año 2000, financiado con los recursos de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, el situado fiscal, los recursos adicionales del situado fiscal y los recursos propios de departamentos y municipios, sin que la participación para educación exceda el 58.5% del total de los recursos del Sistema General de Participaciones.

Artículo 37. *Organización de plantas. Las plantas de cargos docentes y de los administrativos de las instituciones educativas serán organizadas conjuntamente por la Nación, departamentos, distritos y municipios, en un período máximo de dos años, teniendo en cuenta los criterios establecidos en la presente ley.*

Artículo 38. *Incorporación de docentes, directivos docentes y administrativos a los cargos de las plantas. La provisión de cargos en las plantas financiadas con recursos del Sistema General de Participaciones, se realizará por parte de la respectiva entidad territorial, dando prioridad al personal actualmente vinculado y que cumpla los requisitos para el ejercicio del cargo.*

Los docentes, directivos docentes y administrativos de los planteles educativos vinculados a la carrera docente a la expedición de la presente ley, no requieren

nueva vinculación o nuevo concurso para continuar en el ejercicio del cargo, sin perjuicio del derecho de la administración al traslado del mismo.

A los docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos de los planteles educativos que se financien con recursos del Sistema General de Participaciones, sólo se les podrá reconocer el régimen salarial y prestacional establecido por ley o de acuerdo con esta. (Subrayado y resaltado fuera del texto)

El Gobierno Nacional posteriormente expidió el 10 de diciembre de 2002 el Decreto 3020 “*Por el cual se establecen los criterios y procedimientos para organizar las plantas de personal docente y administrativo del servicio educativo estatal que prestan las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones*”, este estableció criterios para organizar las plantas de personal docente de las entidades territoriales certificadas financiadas con cargo al Sistema General de Participaciones, para lo cual debía el ente territorial mediante acto administrativo y previo estudio técnico determinar los cargos de docentes por niveles o ciclos conforme con lo establecido en la Ley 715 de 2001, planta la cual sería global y debía contener el número de docentes necesarios para la prestación del servicio educativo.

De conformidad con lo anterior se puede señalar que la incorporación de los docentes a las plantas de personal de las entidades territoriales financiadas con recursos del sistema general de participaciones se adelantaría por la entidad territorial, previo estudio técnico, para lo cual se debían organizar las plantas de cargos docentes conjuntamente entre el Municipio y la Nación en un plazo de hasta dos años, y en el caso de los docentes vinculados a la carrera docente no se requería nueva vinculación o nuevo concurso para continuar en el ejercicio del cargo, personal al cual se les podía reconocer el régimen salarial y prestacional determinado por la Ley o el establecido de acuerdo con esta.

iii) PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE LA INCORPORACIÓN DEL PERSONAL DEL SECTOR EDUCACIÓN A LAS PLANTAS DE CARGOS DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES

El Alto Tribunal de la Jurisdicción Contencioso Administrativa³ indicó frente al proceso de incorporación, lo siguiente:

³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, consulta del 9 de diciembre de 2004, Consejero Ponente Flavio Augusto Rodríguez, radicación 1607.

“De esta forma quedó claramente establecido que el personal administrativo del sector educativo que venía prestando sus servicios a la Nación por mandato legal debía entregarse al respectivo departamento o distrito, cumplido lo cual mediante incorporación entraban a formar parte de las plantas de personal de carácter departamental o distrital, respectivamente.

El traspaso o entrega de tales servidores, conforme al régimen de administración de personal, debía producirse indefectiblemente mediante un proceso de incorporación, el que para su perfeccionamiento requería de la homologación de cargos (comparación de los requisitos, funciones, clasificación, etc. previstos en la planta de la Nación con los exigidos para desempeñar los de la planta de personal de los departamentos), procedimiento que en el caso del personal administrativo revestía características particulares, pues era el producto de la descentralización del servicio educativo hacia un ente territorial.(...)

Dentro del referido proceso las siguientes hipótesis fueron posibles:

a) Incorporación sin costo adicional: el personal al servicio de la Nación se incorporó de forma horizontal al departamento, por tratarse de cargos iguales o equivalentes, esto es, con la misma o similar clasificación, funciones, requisitos, responsabilidades y remuneración, caso en el cual el servicio no tenía mayor valor y su pago se asumía con cargo al situado fiscal - art. 3º ley 60 de 1993.

b) Incorporación con mayores costos: ante la imposibilidad de incorporar de manera horizontal, lo cual implicaba ubicar el personal en un nivel salarial superior, asunto que se analiza en el aparte 2.

Es evidente, pues, que de la homologación y consiguiente incorporación, se hiciera preciso nivelar salarios en los eventos en que no procediera la incorporación horizontal, siempre bajo el supuesto de la no desmejora, en modo alguno, de las condiciones laboral, salarial y prestacional. En consecuencia, los departamentos atendiendo sus necesidades, debían reajustar la estructura orgánica y funcional para continuar prestando el servicio educativo, se repite, tomando en cuenta no sólo el aspecto formal de los empleos, como su nomenclatura y grado –que podían diferir -, sino de manera primordial su clasificación, la naturaleza de las funciones, el grado de responsabilidad y los requisitos para su ejercicio, con sujeción a los manuales específicos respectivos, para de esta manera determinar la remuneración.”

1.2. Conforme a la ley 715 de 2001.

Con la ley 715 se da un proceso similar al generado por la ley 60 de 1993, pues con ella se pretende municipalizar el servicio educativo que había quedado departamentalizado con ésta. En efecto, mediante la ley 715 se dictaron normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 de la Constitución Política, reformada por el Acto Legislativo No.1 de 2001, que creó el Sistema General de Participaciones – SGP.

Específicamente en lo que toca con la materia que interesa a este acápite, se dispuso que los departamentos certificaran a los municipios que cumplieran determinados requisitos, de manera que la asunción de la administración autónoma de los recursos del Sistema General de Participaciones - arts. 5º y 6º -, aparejaba la obligación de recibir el respectivo personal entregado por los departamentos, sujetándose a las plantas de cargos adoptadas de conformidad con la ley - arts. 7.3 y 21 -, esto es, conjuntamente por la Nación con los departamentos, distritos o municipios, en un período máximo de dos años, teniendo en cuenta los criterios establecidos en la ley - art. 37 - La provisión de cargos en las plantas financiadas con recursos del SGP, se realiza por parte de la respectiva entidad territorial, dando prioridad al personal vinculado que cumpla los requisitos para el ejercicio del cargo– art. 38 –.

Por su parte los departamentos, frente a los municipios no certificados, continúan administrando el personal docente y administrativo de los planteles educativos, sujetándose a la planta de cargos adoptada de conformidad con la ley y distribuyendo las plantas departamentales de personal docente, directivo y empleados administrativos, con base en los criterios de población atendida y por atender en condiciones de eficiencia, en los términos de la regulación nacional sobre la materia⁴- arts. 5º y 6º -. A los distritos y municipios certificados, se les otorgaron similares funciones a las conferidas a los departamentos con respecto a los municipios no certificados - artículo 7º -.

La ley 715, a diferencia de la ley 60, se refirió expresamente a la incorporación de personal administrativo en sus artículos 34 y 38. Tales normas dispusieron:

...

Como corolario de lo anterior y para dar respuesta a la primera pregunta, considera la Sala que como consecuencia del proceso de descentralización del sector educativo las entidades territoriales debían y deben recibir el personal administrativo contemplado en las respectivas plantas de personal adoptadas conforme a la ley, mediante el procedimiento de la incorporación, previa homologación de los cargos.”

Así las cosas, tenemos de manera general que el proceso de incorporación del personal del sector educación en virtud de la descentralización del servicio público de educación que tuvo origen en la Constitución Política y que fue desarrollada primero por la Ley 60 de 1993 – ya derogada - y posteriormente por la Ley 715 de 2001 presupone una homologación en la que se deben comparar los requisitos, funciones del cargo y clasificación que exige la planta de personal a la que se vinculara dicho personal, tomando para ello en cuenta además del aspecto formal de los empleos, su clasificación, la naturaleza de las funciones y los requisitos para su ejercicio de conformidad con los manuales respectivos, además ésta implica que la inclusión del personal de dicho sector a las plantas receptoras debe ajustarse a las condiciones de tipo nominal, funcional y remunerativo previstas para los empleados territoriales, y en caso de que se presente una diferencia salarial en cargos equivalentes por no proceder la incorporación horizontal se debe realizar la respectiva nivelación salarial, siempre y cuando no existan razones objetivas y fundadas que justifiquen un tratamiento diferenciado entre servidores que desempeñan unas mismas funciones y tienen las mismas responsabilidades a la hora de prestar el servicio.

iv) CASO EN CONCRETO

DE LO PROBADO

Del análisis de la documentación obrante tenemos como probado que:

⁴ Ver sentencia C-618 de 2002

El señor Jorge Enrique Quesada Osorio fue nombrado primero en propiedad en el cargo de maestro por el Departamento del Valle del Cauca a través del Decreto No. 0921 del 14 de junio de 1971⁵, empleo el cual desempeñó desde el 14 de septiembre de 1971 hasta el 3 de diciembre de 2003 y posteriormente se nombró en propiedad en el cargo de Docente de Aula, código – 900, por el Municipio de Santiago de Cali mediante Decreto No. 500 del 21 de octubre de 2003 el cual viene ejerciendo desde el 4 de diciembre de 2003 hasta la actualidad, como se desprende de la certificación de experiencia expedida por el Municipio de Santiago de Cali (Fl. 126 - 127 c.ú.), durante el periodo de tiempo anteriormente señalado el demandante prestó sus servicios de manera continua, cabe aclarar que en la certificación en cita se indica que en la actualidad está en el grado 13 del Escalafón Docente.

El demandante para los años 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016 devengó asignaciones salariales por los montos de \$2.023.854, \$2.064.332, \$2.129.772, \$2.236.261, \$2.313.189, \$2.381.197, \$2.517.083 y 2.739.788 respectivamente, además se le cancelaron para dichas anualidades diferentes primas, esto es, primas de navidad, académica, vacaciones, antigüedad y servicios, así como bonificación mensual durante los años 2014 y 2015 y horas extras durante el periodo comprendido entre los años 2009 a 2015, en la certificación de salarios además se indicó que el actor se encontraba escalafonado en el grado 13 del Escalafón Docente (Fl. 3 y 169 a 178 y c.ú.).

El demandante presentó junto con otros docentes el día 3 de abril de 2012⁶ solicitud en la que pidió se reconociera la deuda que se estableciera por efecto de la homologación de cargos y la nivelación salarial como consecuencia de la descentralización del servicio público educativo efectuada a partir del año 2003 (Fls. 5 - 7 c. ú), petición la cual no fue resuelta por la entidad, configurándose el silencio administrativo negativo.

A través de los Decretos Municipales números 411.0.20.0297 del 16 de julio de 2009, 411.0.20.0265 del 11 de mayo de 2010, 411.0.20.0244 del mes de mayo de 2011, 411.0.20.393 del 19 de junio de 2012, 411.0.20.0492 de 9 de julio de 2013 y 411.0.20.0315 del 13 de mayo de 2014, se ajustó para las anualidades de los años 2009, 2010, 2011, 2012, 2013 y 2014 el salario de los empleados públicos

⁵ Fl. 85 y 126 c.ú.

⁶ Fls. 5 c. ú.

territoriales del régimen especial docente regidos por los Decretos municipales números 0216 de 1991 y 1321 de 1993, en porcentajes del 7.67%, 2%, 3.17%, 5%, 3.44% y 2.94%, respectivamente. (Fls. 124 CD páginas 113 a 134, 239 – 241, 284 – 286, 327 -329 c.ú.)

Mediante Resolución No. 4143.0.21.9377 del 27 de noviembre de 2013 (Fl. 90 – 92 c. ú.) se ordenó pagar la prima de antigüedad y la prima de servicios establecida en el Decreto Municipal No. 0216 de 1991 al accionante correspondiente a los años 2007 a 2011.

El Municipio de Santiago de Cali allegó mediante oficio la escala salarial que se aplica a los docentes denominados territoriales para los años 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014 y 2015 (Fls. 187 – 228 c. ú.) de lo cual se desprende que los docentes territoriales vinculados antes y después del año 1995 y que se encuentran escalafonados en el grado 13 perciben una asignación salarial mayor a la establecida a través de Decretos por el Gobierno Nacional para el personal docente regido por el Decreto 2277 de 1978 que se encuentran ubicados en el mentado grado de Escalafón Docente.

Se allegó el Decreto No. 0216 del 18 de febrero de 1991, con el cual se fijaron prestaciones sociales y otros beneficios para los empleados públicos de la administración central del Municipio de Santiago de Cali, entre ellas primas extralegales (Fl. 124 – CD, páginas 31 - 52)

A folios 132 a 163 del cuaderno único se allegaron por parte de la entidad demandada los Decretos Nacionales número 700 del 6 de marzo de 2009, 1369 del 26 de abril de 2010, 1055 del 4 de abril de 2011, 0827 del 25 de abril de 2012, 1002 del 21 de mayo de 2013, 172 del 7 de febrero de 2014, 1092 del 26 de mayo de 2015 y 122 del 26 de enero de 2016 los cuales fijaron las asignaciones básicas mensuales máximas de los distintos grados de escalafón nacional docente correspondientes a los empleos docentes y directivos docentes al servicio del Estado que se rigen por el Decreto Ley 2277 de 1979 para los años 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016.

El Municipio de Santiago de Cali expidió certificación el 29 de junio de 2016 (Fl. 180 y 181 del c. ú.) en la que se indicaron las funciones del cargo que desempeñaba el actor, así:

DENOMINACIÓN DEL EMPLEO	DOCENTE DE AULA
MANUAL DE FUNCIONES	Ley 715 de 2001 Art. 10, Ley 115 Art 128. Decreto 2277 de 1994 Art. 32 y 33 y Decreto 1278 de junio 19 de 2012
<p>Funciones:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La realización directa de los procesos sistemáticos de enseñanza – aprendizaje, lo cual incluye el diagnóstico, la planificación, la ejecución y evaluación de los mismos procesos y sus resultados, y de otras actividades educativas dentro del marco del proyecto educativo institucional de los establecimientos educativos. 2. Asignación académica. 3. Actividades curriculares no lectivas. 4. El servicio de orientación estudiantil. 5. La atención a la comunidad, en especial de los padres de familia de los educandos. 6. Las actividades de actualización y perfeccionamiento pedagógico. 7. Las actividades de planeación y evaluación institucional. 8. Otras actividades formativas, culturales y deportivas, contempladas en el proyecto educativo institucional, y 9. Las actividades de dirección, planeación, coordinación (sic). 	

ANÁLISIS DEL CASO

Lo primero a indicar es que si bien en la demanda se habla de homologación de cargos, al analizar la misma se logra concluir que en efecto el desacuerdo de la parte actora radica en el hecho de que su asignación básica es reajustada anualmente en un porcentaje inferior al que le es aplicado a los docentes por ella llamados municipales, esto es, los que hacían parte de la planta de cargos de la entidad territorial desde antes del proceso de descentralización de la educación ordenado por la Ley 715 de 2001.

De lo anterior se infiere por esta instancia judicial que el proceso de homologación propiamente dicho que se realizó en el año 2003 y del cual fue beneficiario, estuvo

enmarcado dentro de la legalidad, en cuanto al estudio que debía practicarse con asistencia de la Nación y en virtud del cual el demandante fue vinculado al municipio demandado, quedando entonces a gusto con el escalafón en el cual fue nombrado y la asignación básica que resultó fijada en virtud de éste, recuérdese que el salario de los docentes estatales depende del grado de escalafón en el que se encuentren y del régimen jurídico que los gobierna.

Así pues, la incorporación a la planta de cargos del Municipio de Santiago de Cali conforme lo dispuesto en la Ley 715 de 2001, debió realizarse por la entidad territorial conjuntamente con la Nación en el término de 2 años⁷, siendo importante manifestar en este punto que tal procedimiento debía llevarse a cabo previo estudio técnico, para determinar con certeza la planta de cargos necesaria para cumplir los fines de la prestación del servicio; así lo dispuso el Decreto 3020 de 2002⁸:

Artículo 1°. Ámbito de aplicación. El presente decreto se aplica a las entidades territoriales certificadas que financian el servicio educativo estatal con cargo al Sistema General de Participaciones y que deben organizar sus plantas de personal docente, directivo docente y administrativo.

Artículo 2°. Planta de personal. Mediante acto administrativo, la entidad territorial adoptará la planta de personal, previo estudio técnico, en el que determinen los cargos de directivos docentes, docentes por niveles o ciclos, y administrativos, de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley 715 de 2001 y en este decreto. La planta de personal será fijada en forma global y debe contener el número de docentes, directivos docentes y administrativos de cada departamento, distrito o municipio certificado, necesarios para la prestación del servicio educativo.

El mismo decreto fijó un límite para los Municipios para llevar a cabo la organización de las plantas de personal, siempre atendiendo los recursos del Sistema General de participaciones disponibles para la entidad territorial, dado que la municipalización bien podría generar la creación, supresión o la conversión de cargos:

“Artículo 6°. Conversión de cargos. La conversión consiste en el cambio de un cargo por otro o la unión de dos o más cargos vacantes, para dar origen a uno nuevo de igual, menor o superior categoría, en razón de la naturaleza y complejidad de sus funciones, necesario para ampliar o mejorar la prestación del servicio educativo estatal.

⁷ Artículo 40. Competencias transitorias de la Nación. Durante el período de transición la Nación tendrá como competencias especiales:

40.1. Fijar procedimientos y límites para la elaboración de las plantas de cargos docentes y administrativos por municipio y distrito, en forma tal que todos los distritos y municipios cuenten con una equitativa distribución de plantas de cargos docentes y administrativos de los planteles educativos, atendiendo las distintas tipologías.

⁸ "por el cual se establecen los criterios y procedimientos para organizar las plantas de personal docente y administrativo del servicio educativo estatal que prestan las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones.

Si la conversión implica un mayor costo, se debe contar con la respectiva disponibilidad presupuestal. En ningún caso se podrán generar costos superiores al monto de los recursos del Sistema General de Participaciones de la entidad territorial.”

Establecido lo anterior, considera el despacho pertinente traer al asunto el análisis realizado por el Máximo Órgano de esta Jurisdicción en cuanto el tema de la homologación y nivelación de cargos del personal administrativo con ocasión al proceso de descentralización iniciado con la Ley 60 de 1993 y culminado con la ley 715 de 2001:

(...) “De esta manera la fijación de plantas de personal administrativo en las entidades territoriales se sujetó a las restricciones presupuestales y a los parámetros financieros y técnicos señalados, amén de que deberían ser organizadas conjuntamente por la Nación, departamentos, distritos y municipios teniendo en cuenta los criterios establecidos en la ley y, específicamente, la racionalización, las implicaciones de la asunción del servicio y el cálculo de costos - arts. Citados y 37 y 40.2 ibídem -, lo que las actas de entrega han de reflejar concretamente.

Por tanto, toda homologación de cargos y nivelación salarial que se efectúe como consecuencia de la incorporación de personal administrativo en atención al proceso de descentralización educativa ordenada por la ley 715, debe buscar la igualdad o equivalencia en las condiciones que se detallaron en el acápite correspondiente a los alcances de la ley 60 en relación con el mismo tema, de manera que si el respectivo municipio opta de modo autónomo por asignar un mayor grado de remuneración, contrariando los límites fijados en la ley 715, la carga económica correrá por su cuenta.

Ahora, si de forma excepcional, en cumplimiento de la ley el proceso de incorporación realizado conforme a derecho genera mayores costos que no alcancen a ser cubiertos con recursos del SGP y que no son de cargo de los departamentos, en atención a que la municipalización es la culminación de la descentralización del servicio educativo, en acatamiento del principio previsto en el inciso 6° del artículo 356 de la Carta, conforme al cual la descentralización de competencias lleva pareja la asignación de recursos fiscales suficientes, tal obligación debe asumirla la Nación.” (...)

“En el evento de existir mayores costos con ocasión del proceso de homologación en virtud de los dispuesto en la ley 715 de 2001, si el proceso se cumplió conforme a derecho y existe disponibilidad, debe asumirlas el SGP; si no existe disponibilidad, serán de cargo de la Nación. Si el respectivo municipio homologó e incorporó al personal administrativo contrariando el orden jurídico, responderá con sus recursos propios.”⁹

De tal modo, el proceso de adopción de las plantas de cargos provenientes del Departamento del Valle del Cauca pudo haber generado diversas situaciones, pues ante una imposibilidad de acoger horizontalmente tales cargos, debía nivelarse los salarios, atendiendo el presupuesto dispuesto para la prestación del servicio por parte del Sistema General de Participaciones, y en los casos en los que tal nivelación supere el límite estipulado, debería la Nación cubrirlos, a menos,

⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. 09 de diciembre de 2004. Radicación No. 1607.

que tal situación hubiese ocurrido por error del departamento, municipio o distrito, caso en el cual el ente territorial debería cubrirlos con recursos propios.

Ahora bien, el demandante prestó sus servicios primero en calidad de Maestro al Departamento del Valle del Cauca y luego en el empleo de Docente de Aula, código – 900, Grado 13, en el cual fue incorporada mediante Decreto No. 500 del 21 de octubre de 2003 gracias al proceso de municipalización adelantado por el ente territorial Municipio de Santiago de Cali, el cual desempeña desde el 4 de diciembre de 2003, en suma, viene ejerciendo la actividad docente de manera ininterrumpida desde el 14 de septiembre de 1971.

Se tiene que al momento de ser incorporado el accionante se le respetó el grado de escalafón con el que venía, y con ello se logra establecer que no hubo afectación ni vulneración alguna al momento de su ingreso a la entidad territorial demandada, cabe agregar que del análisis de las pruebas se logra evidenciar que al actor se le viene pagando su asignación salarial desde el año 2009 teniendo en cuenta el grado 13 del Escalafón Nacional el cual ostenta hasta la fecha.

Aclarado lo anterior y teniendo en cuenta lo pretendido se pasa entonces a analizar si la entidad accionada está facultada para disponer un incremento salarial por encima de lo ordenado por el Gobierno Nacional en los decretos que año a año se dictan y en cambio sí debió darse aplicación a las normas municipales que ha dictado el Municipio de Santiago de Cali y que se indica han fijado un porcentaje de incremento superior para el personal denominado municipal.

Ahora bien, en lo que atañe a los hechos expresados por el demandante, referentes a la diferencia de la asignación mensual por él percibida con relación a los salarios devengados por los docentes que fueron vinculados al Municipio con anterioridad al año 2003 y que se benefician del acuerdo municipal 216 de 1991 y 1321 de 1993, mediante los cuales se fijan primas extralegales a favor del personal de la planta central Municipio de Santiago de Cali, y a los cuales se les ajusta el salario anualmente mediante decreto municipal; es pertinente manifestar que en lo que se refiere a la fijación de sueldos antes del año 1968 las entidades territoriales tenían una potestad amplia, ahora con la Constitución de 1991 existe una competencia concurrente entre el Congreso, el Gobierno Nacional, las Asambleas y Concejos, Gobernadores y Alcaldes, que fue ratificada por la Corte

Constitucional en sentencia C-510 de 14 de julio de 1999, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra; sin embargo, pese a ella no pueden las entidades territoriales por sí solas otorgarse facultades e incrementar salarios o fijar escalas salariales que vayan en contravía de las directrices nacionales.

Frente a lo anterior considera pertinente el despacho referirse a lo conceptuado por el H. Consejo de Estado¹⁰, el cual ha reiterado que en la actualidad, los entes territoriales no están facultados para crear prestaciones sociales ni reconocer emolumentos a los servidores, concluyendo:

“La Constitución Política de 1886, en su texto original, confería al Congreso, en su artículo 76, numeral 7°, la facultad de “Crear todos los empleos que demande el servicio público, y fijar sus dotaciones.”, en el numeral 3°, la de “conferir atribuciones especiales a las Asambleas Departamentales” autorización ésta que se reitera en el artículo 187 ibídem, cuando señalaba que “Las Asambleas Departamentales, además de sus atribuciones propias, podrán ejercer otras funciones por autorización del Congreso.”

Posteriormente, el Acto Legislativo No. 3 de 1910, facultó a las Asambleas para fijar “...el número de empleados departamentales, sus atribuciones y sus sueldos”, facultad ratificada por la Ley 4ª de 1913.

Con posterioridad, se expidió el Acto Legislativo No. 1 de 1968, que modificó, entre otros, los artículos 76, 120 y 187 de la Constitución de 1886, introduciendo dos nuevos conceptos: el de escalas de remuneración y el de emolumentos, el primero, debía ser establecido por el Congreso a nivel nacional, por las Asambleas a nivel Departamental y por los Concejos en el orden local; mientras que el segundo, le correspondía al Presidente de la República y al Gobernador, respectivamente. Por su parte, en dicha reforma se estableció que el régimen prestacional de los empleados del orden nacional, era de competencia única y exclusiva del Congreso (ordinal 9 del artículo 76).

Así las cosas, con la última de las reformas mencionadas, el Constituyente dejó claro que la competencia para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos es del legislador, eso sí, en el caso del sector territorial dejó a salvo la competencia de sus entes rectores de fijar “las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de los empleos”.

(...) En consecuencia, como ya lo ha precisado esta Corporación,¹¹ la determinación del régimen prestacional de los empleados públicos territoriales compete al Gobierno Nacional, de acuerdo con los parámetros señalados por el legislador, y no a las Corporaciones Públicas Territoriales, las que, además, tienen prohibido arrogársela; y en lo que se refiere al régimen salarial, el Gobierno señaló el límite máximo salarial de los servidores públicos territoriales teniendo en cuenta su equivalencia con los del orden nacional. (...)

De tal forma, la procedencia de incrementos o emolumentos salariales dictados con normas municipales está condicionada al tiempo en el cual fueron creadas,

¹⁰ Consejo de Estado. Sección segunda, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Radicación No. 20001-23-31-000-2010-00046-02(1078-11), 15 de septiembre de 2011.

¹¹ Ver entre otras, Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencias del 7 de julio de 2010, expediente N° 020 de 2009 Actor: Javier Ramírez Mejía, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila y del 28 de abril de 2011, expediente N° 905 de 2008, actor: Gustavo Pulido Caldas, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

pues si se dio con anterioridad a 1968, están amparadas por las competencias atribuidas a los entes territoriales para tal fin; en cambio, si tales fueron expedidas con posterioridad a dicho año, el ente territorial no contaba con un soporte normativo que lo facultara. En los anteriores términos solo podrá reconocerse dichos emolumentos si la disposición territorial que lo creó fue expedida con anterioridad al año 1968 y el empleado que la devenga se vinculó al servicio de la entidad con anterioridad a tal fecha, pues de lo contrario, si el acto territorial creador de la prestación es posterior al año 1968, se entenderá que el mismo fue expedido con ausencia de competencia para ello y por ende no podrá reconocerse a los empleados públicos por ser contraria a la normatividad; de otra parte, si el acto territorial que reconoce la prestación es anterior al año 1968, pero el empleado que se beneficia de éste es vinculado al servicio de la entidad con posterioridad a tal año, la prestación reconocida tampoco podrá ser incluida como factor en la respectiva liquidación pensional.

Aclarado lo anterior, y dado que el señor Jorge Enrique Quesada Osorio se vinculó al servicio del Estado de manera ininterrumpida desde el 14 de septiembre de 1971 y se incorporó al Municipio de Santiago de Cali a partir del año 2003 conforme se constata con la certificación expedida por el Municipio¹², no puede ser beneficiario de los emolumentos que se han fijado por medio de decretos municipales anteriores a la fecha de su vinculación dictados contrariando la constitución, como lo es el Decreto 216 de 1991 pues el Alcalde no tenía facultad para expedirlo; así mismo como quiera que el actor ocupó un cargo docente municipalizado, el cual está a cargo del Sistema General de Participaciones, su escala salarial debió ser estipulada anualmente por la Nación en atención a lo establecido en la ley 4 de 1992 "*mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.*" Esta ley dispuso en su articulado:

Artículo 1º.- *El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:*

a. Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico; (...)

¹² Folio 180 c. ú..

“Artículo 10: *Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley o en los decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos.”*

Artículo 12º.- *El régimen prestacional de los servidores públicos de la entidades territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente Ley. En consecuencia, no podrán las corporaciones públicas territoriales arrogarse esta facultad.*

Parágrafo.- *El Gobierno señalará el límite máximo salarial de estos servidores guardando equivalencias con cargos similares en el orden nacional.*

Así pues, es claro que la escala salarial del personal a cargo del Sistema General de Participaciones es establecido anualmente por la Nación, por tanto no podía proceder el Municipio como entidad territorial, a crear o establecer prestaciones o emolumentos que difieran de los montos establecidos por medio de decretos Nacionales, más cuando el artículo 38 de la ley 715 de 2001 estableció que a estos solo se le puede reconocer el régimen salarial y prestacional dispuesto en la ley o de acuerdo con esta. Conforme lo anteriormente expresado, con el proceso de municipalización, en ningún momento se establecieron facultades a las entidades territoriales para determinar el régimen salarial de los empleados públicos docentes, directivos docentes y administrativos; para estos casos las entidades debía ceñirse a las disposiciones legales que regulan la materia y disponen los límites máximos del monto de los recursos, así lo estableció el artículo 21 de la Ley 715 de 2001, donde además dejó claro que tales entes territoriales no podrían crear prestaciones ni bonificaciones con cargo al Sistema General de Participaciones; por tanto si el Municipio contrariando la ley ha fijado incrementos superiores a lo ordenado por el Gobierno Nacional favoreciendo con ello a un sector de educadores, no puede servir de base dicho yerro para lograr un mayor incremento, ni puede hablarse de violación al derecho a la igualdad, dada la ilegalidad en tales actuaciones.

En efecto según lo probado la asignación básica del actor está acorde con los Decretos Nacionales, téngase en cuenta que dada la fecha de su vinculación con el estado, él es regido por el Decreto 2277 de 1979, revisadas las pruebas tenemos:

Asignación salarial del demandante correspondiente al Grado 13 del Escalafón Nacional Docente	Decreto Nacional que fija Escalafón Nacional Docente para el grado 13, entre otros.
Año 2009: \$2.023.854 ¹³	Decreto No. 700 de 6 de marzo de 2009, Grado 13: \$2.023.854.
Año 2010: \$2.064.332 ¹⁴	Decreto No. 1369 de 26 de abril de 2010, Grado 13: \$2.064.332.
Año 2011: \$2.129.772 ¹⁵	Decreto No. 1055 de 4 de abril de 2011, grado 13: \$2.129.772.
Año 2012: \$2.236.261 ¹⁶	Decreto No. 827 de 25 de abril de 2012, grado 13: \$2.236.261.
Año 2013: \$2.313.189 ¹⁷	Decreto No. 1002 de 21 de mayo de 2013, grado 13: \$2.313.189.
Año 2014: \$2.381.197 ¹⁸	Decreto No. 172 de 7 de febrero de 2014, grado 13: \$2.381.197.
Año 2015: \$2.517.083 ¹⁹	Decreto No. 1092 de 26 de mayo de 2015, grado 13: \$2.517.083.
Año 2016: \$2.739.788 ²⁰	Decreto No. 122 del 26 de enero de 2016, grado 13: \$2.739.788.

Sumado a lo anterior, contrario a lo expuesto en la demanda en el proceso acreditado quedó que el actor ha sido beneficiario de las disposiciones del decreto municipal 0216 de 1991; a este a través de la Resolución N° 4143.0.21.9377 del 27 de noviembre de 2013 se le pagaron las primas extralegales de navidad y de servicios de que trata el decreto en cita por los años 2007 a 2011 y según la

¹³ Fl. 169 c.ú.

¹⁴ Fl. 169 c. ú.

¹⁵ Fl. 170 c.ú.

¹⁶ Fl. 170 c.ú.

¹⁷ Fl. 170 c.ú.

¹⁸ FL. 170 c.ú.

¹⁹ Fl. 170 c.ú.

²⁰ Fl. 171 c.ú.

certificación de salarios obrante a folio 169 y siguientes, tales primas siguen siendo canceladas en los años 2012 y siguientes.

Así las cosas y como quiera que según lo probado al actor se le ha incrementado año a año su asignación básica y demás prestaciones sociales con fundamento en las normas que anualmente expide el Gobierno Nacional, no se observa que haya error alguno ni la desmejora salarial aducida en la demanda. Por tal razón, no hay lugar a declarar la nulidad del acto administrativo acusado, como quiera que no fue desvirtuada la presunción de legalidad que lo ampara.

3.3. COSTAS

Según lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA en concordancia con lo previsto en el artículo 365 de la Ley 1564 de 2012 -CGP, se condenará a la parte demandante al pago de costas a favor de la parte demandada, por haber sido vencida en juicio. Una vez en firme esta providencia por Secretaría liquidense teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 366 del CGP.

Sin más consideraciones, el JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE CALI, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: SE CONDENA EN COSTAS a la parte actora y a favor del **Municipio de Santiago de Cali**.

TERCERO: EJECUTORIADA esta providencia, realícese la respectiva liquidación por secretaría siguiendo las pautas establecidas en el artículo 366 de la Ley 1564 de 2012, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere, y **ARCHÍVESE** el proceso previas las anotaciones que sean del caso en el sistema Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ZULAY CAMACHO CALERO
JUEZ