

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/ Nivelación y homologación salarial en cargos del Departamento en virtud del Decreto 005 de 2008/ No existen elementos probatorios que permitan deducir que la actora se encontraba en el mismo supuesto fáctico de quienes fueron favorecidos con el incremento salarial/Revoca decisión del A quo que accedía a pretensiones.

La actora, en las actuaciones desplegadas dentro del proceso, reitera que existe un trato desigual en cuanto a la asignación salarial devengada por la misma frente a cargos de la Secretaría de Educación incorporados a la planta central, a cargo del Sistema General de Participaciones, para lo cual fueron homologados y nivelados salarialmente en virtud del Decreto 005 de 2008, pues bien, observa la Sala, contrario a lo considerado por el A quo, no obran en el plenario elementos que permitan establecer la identidad de funciones y capacidades, para de ello deducir si la diferencia de remuneración estaba justificada o no, sin que tampoco en la demanda se haya planteado de manera puntual qué aspectos son los que marcan la discriminación alegada, para que sea motivo de análisis por parte de la Sala, máxime si se tiene en cuenta que el derecho a la igualdad sólo puede predicarse entre situaciones similares y en este evento ni siquiera se probó la forma como está conformada la planta de personal del departamento y las funciones desempeñadas.

De este modo, disiente la Sala de la decisión adoptada por el a quo, en tanto no le bastaba a la actora mencionar y allegar el Decreto 0005 de 2008, puesto que de la simple lectura de este acto administrativo no se desprende perse la vulneración del derecho invocado, ni existe suficiente evidencia que permita deducir cual fue el error cometido por el Departamento del Cauca en el proceso de nivelación y homologación salarial, ni de qué forma el estudio previo realizado para tal efecto generó la discriminación planteada por la parte actora. Y en este sentido, no comparte la Sala el ejercicio realizado por el A quo, consistente en comparar los sueldos a cargo del Departamento del Cauca y del Sistema General de Participaciones, respecto del cargo de Profesional Universitario Código 219 grado 02, a efectos de determinar si existió o no, un trato discriminatorio en el presente asunto, pues es necesario, también verificar el manual de funciones desempeñadas por ambos cargos, elementos que resultan ser esenciales para realizar una verdadera comparación entre los presuntos cargos similares. Siendo preciso indicar que tampoco se sabe qué requisitos de capacitación y experiencia se exige a cada cargo y menos si la demandante cumplía los del cargo cuyo salario pretende le sea homologado.

Visto que no existen elementos probatorios que permitan deducir que la actora se encontraba en el mismo supuesto fáctico de quienes fueron favorecidos con el incremento salarial, no es posible concluir que tenía derecho a que se le reajustara su salario y por tanto, declarar nulos los actos que le negaron tal petición, tal como lo hizo el A quo.

Los cargos formulados por la demandante no fueron probados y por tal los actos acusados mantienen su presunción de legalidad, siendo preciso recordar que el artículo 177 del C.P.C., establece que la carga de la prueba consiste en una regla de juicio que le indica a las partes la responsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las pretensiones o a la defensa resulten probados; en este sentido, en relación con los intereses de la parte demandante, debe anotarse que quien presenta la demanda, sabe de antemano cuáles hechos le interesa que aparezcan demostrados en el proceso, para que los derechos le sean reconocidos y no obstante que el juez puede ejercer las facultades probatorias de oficio, no está llamado a suplir dichas cargas de las partes en ese sentido.

Así las cosas, la Sala revocará la decisión adoptada por el juez de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda y en su lugar se negarán.



**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA**

-SALA DE DECISIÓN 005-

SENTENCIA NR 001

Popayán, veintidós (22) de enero de dos mil quince (2015).

Magistrado Ponente : Dra. Carmen Amparo Ponce Delgado

Radicación : 19001333170320080034501
Demandante : María Ximena Rada Bucheli
Demandado : Departamento del Cauca
Referencia : Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia del 24 de abril de 2012 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito de Popayán, mediante la cual se accede parcialmente a las pretensiones de la demanda como se precisará más adelante.

I. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

1. PRETENSIONES (Fl. 5 C. ppal)

"PRIMERA. Declarar la nulidad del oficio 001315 de 13 de febrero de 2008, proferido por el Dr. Guillermo Alberto Gonzales Mosquera Gobernador del Departamento del Cauca, mediante el cual determina que el Comité de Vigilancia del acuerdo de restructuración de pasivos es el competente para resolver el reclamo de nivelación, ajuste salarial y/o homologación e igual tratamiento solicitado por los funcionarios de la planta central del Departamento del Cauca pagados con recursos propios y/o de libre destinación.

SEGUNDA. Declarar la nulidad del oficio 004111 de 7 de mayo de 2008 mediante el cual el Gobernador Encargado del Departamento del Cauca Doctor Sebastián Silva Iragorri, resuelve el recurso de reposición interpuesto y confirma la decisión con fundamento en la posición del comité de vigilancia del acuerdo de restructuración de pasivos que determinó en reunión del 28 de marzo de 2008, que no era posible acceder a la solicitud efectuada.

TERCERA. Que se declare a la Gobernación del Departamento del Cauca responsable entre otras situaciones por omisión administrativa, desviación de poder, vulneración del debido proceso y derecho de igualdad al no decidir de fondo la situación solicitada de cara a la realidad material y jurídica, con fundamento en el Decreto 005 de 4 de enero de 2008 y no reconocer los respectivos reajustes salariales y prestacionales de manera retroactiva.

CUARTA. *Condénese al Departamento del Cauca a pagar a favor de mi mandante las sumas que resulten por concepto de reajuste salarial, reajuste prestacional y reajuste de los demás derechos y acreencias laborales que guardan íntima relación jurídica con el salario para su liquidación y aplicación, los cuales deben ser reconocidos y pagados desde el año 1997 o la fecha que se demuestre dentro del presente trámite, teniendo en cuenta la fecha de vinculación de mi mandante.*

QUINTA. *Condénese al Departamento del Cauca a pagar a favor de mi mandante la indemnización moratoria de un día de salario por cada día de retardo hasta la fecha efectiva de pago, por no proceder en debida forma a reconocer y pagar los salarios, prestaciones sociales y demás acreencias y derechos laborales en igualdad de condiciones a los funcionarios pagados con recursos del sistema general de participaciones en cumplimiento del decreto 0005 del 4 de enero de 2008.*

SEXTO. *Condénese al Departamento del Cauca a pagar a favor de mi mandante por concepto de perjuicios morales el equivalente al 100 S.M.L.M.V.*

SEPTIMO. *Los valores a que se contraen las anteriores condenas, deberán ser indexados a la fecha del pago de conformidad con lo establecido en el art. 178 del C.C.A.*

OCTAVO. *Ordenar a la entidad demandada a cumplir la condena dentro de los términos establecidos en el art. 176 del C.C.A. y a reconocer y pagar los intereses de conformidad por lo dispuesto en el art. 177 del mismo Código.*

NOVENO. *Condenar en costas a la parte demandada, incluyendo agencias en derecho".*

2. HECHOS

La actora ha venido realizando sus labores como funcionaria de la Administración Departamental en la planta central del Departamento del Cauca, pagado con recursos propios o de libre destinación, cumpliendo a cabalidad con las funciones propias del cargo.

Menciona que a los funcionarios de la administración departamental pagados con recursos del Sistema General de Participaciones se les reconoció mediante fallos judiciales una nivelación salarial respecto a los demás funcionarios departamentales.

El Departamento del Cauca, acogiendo entre otras el concepto del Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil, radicado bajo el número 1607 del 09 de diciembre de 2004, accedió a la homologación y nivelación salarial para los funcionarios pagados con el Sistema General de Participaciones, mediante la expedición del Decreto 005 del 04 de enero de 2008, previo estudio técnico acogido por el Ministerio de Educación, sin embargo al ejecutar dicho procedimiento administrativo, advierte que se generó una situación de desigualdad respecto a la asignación mensual percibida por la demandante en relación con otro empleado pagado con los recursos del Sistema General de Participaciones, pese a las iguales funciones y responsabilidades declaradas por el Departamento del Cauca.

Destaca que de conformidad con el estudio técnico efectuado por el Departamento del Cauca y avalado por el Ministerio de Educación Nacional, se modificaron sin justa causa algunos códigos y nomenclaturas de funcionarios pagados con recursos del Sistema General de Participaciones, para

percibir una asignación salarial mayor a la que le corresponde en igualdad de funciones y responsabilidades con los funcionarios de la planta central, vulnerándose el principio de igualdad. En razón a lo anterior, señala que varios funcionarios de la planta central del departamento entre ellos la parte actora, mediante oficio del 24 de enero de 2008 solicitaron al Gobernador el respectivo reajuste salarial en aplicación de las directrices establecidas en el Decreto 0005 del 04 de enero de 2008, quien al responder les informó que el competente para dirimir la desigualdad propuesta era el Comité de Vigilancia del Acuerdo de Reestructuración de pasivos celebrado el 28 de diciembre de 2002. Al respecto, considera la parte actora que dicho comité no tiene la función constitucional de decidir, administrar y desarrollar políticas administrativas del ente territorial.

Mediante oficio 01315 del 13 de febrero de 2008, el Departamento del Cauca niega la petición realizada, señalando que la fuente de financiación por la cual se posibilitó la homologación y nivelación es diferente a la que sustenta la nómina de los funcionarios de la planta central del departamento y por lo tanto no puede ser solicitado igual tratamiento.

Posteriormente, en oficio 004111 del 07 de mayo de 2008 y con el fin de resolver el recurso de reposición formulado, el Departamento del Cauca confirma la decisión inicialmente tomada, por cuanto el Comité de Vigilancia del Acuerdo de Reestructuración de pasivos determinó en reunión del 28 de marzo de 2008, que no era posible acceder a la solicitud efectuada.

3. ARGUMENTOS JURÍDICOS DE LA DEMANDA

Señala como normas violadas las siguientes:

Normas Constitucionales: Artículos 1, 2, 13, 29, 90, 209 y 303.

Normas legales: Decreto 0005 de 4 de enero de 2008.

Considera que la decisión contenida en el acto administrativo acusado, va en contravía de los fines esenciales del Estado y los derechos fundamentales de los funcionarios del Departamento del Cauca, como son: el debido proceso, la igualdad y el trabajo, pues señala que no hay razón alguna que justifique la diferencia salarial que existe entre los funcionarios pagados con el Sistema General de Participaciones y los pagados con los recursos propios del departamento, máxime cuando el Decreto 005 del 04 de enero de 2008 reconoce la existencia de iguales funciones y responsabilidades entre estos funcionarios.

Menciona igualmente que la entidad territorial no dio una contestación concreta, seria y fundamentada a su derecho de petición y el recurso impetrado en aras de acceder al reajuste salarial solicitado.

B. LA CONTESTACIÓN (fl. 29 C. Ppal)

La apoderada del Departamento del Cauca, manifiesta que se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, argumentando respecto a la sanción moratoria, que no se acreditó

agotamiento de la vía gubernativa, puesto que no se elevó ante la administración, solicitud alguna al respecto.

En cuanto a los hechos, reitera que es obligación de la parte actora, acreditar lo que alega en la demanda, situación que advierte no se corrobora en el proceso.

Afirma que los actos acusados no vulneran norma alguna y que por el contrario, acatan la normatividad al expresar que todo gasto distinto al formulado o suscrito en el acuerdo no puede ser sometido por parte del ente territorial, toda vez que la finalidad primordial de la Ley 550 de 1999 es la de reactivar y fortalecer económicamente a dicho ente. En este sentido, sostiene que en cumplimiento de la ley referida, no es aceptable afirmar que se están vulnerando normas de orden Constitucional, puesto que si así ocurriera sería imperativa la declaratoria de inexecutable de dicho reglamento.

C. SENTENCIA APELADA (fl. 88 C. Ppal)

El Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito de Popayán profiere sentencia el 24 de abril de 2012, en la cual resuelve:

“PRIMERO: *DECLARESE LA NULIDAD de los oficios Nos. 001315 y 004111 del 13 de febrero y 7 de mayo de 2008 respectivamente, por medio de los cuales la Gobernación del Cauca le negó la nivelación ajuste salarial al señor GIOVANNY ARMANDO ZÚÑIGA PIAMBA (sic), conforme a las consideraciones de este proveído.*

SEGUNDO: *Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho SE ORDENA al Departamento de Cauca, REALIZAR la nivelación salarial del señor GEOVVANY ARMANDO ZÚÑIGA PIAMBA (Sic), identificado con cédula de ciudadanía No. 76.328.195 de Popayán (C), con observancia de los derechos adquiridos y los demás emolumentos que resultaren, de la comparación año tras año de la asignación correspondiente al cargo que ocupa la demandante que ha sido pagada con recursos del Departamento, con la asignación correspondiente al mismo cargo, código y grado que se ha pagado con el Sistema General de Participaciones con el cual se nivela.*

TERCERO: *El pago retroactivo de la diferencia salarial y demás emolumentos se realizará desde el 4 de enero de 2008, fecha desde la cual se generó la desigualdad salarial.*

CUARTO: *Las sumas reconocidas serán ajustadas en su valor conforme a la siguiente fórmula, atrás explicada.*

$$R=RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

QUINTO: *Se niegan las demás pretensiones de la demanda.*

(...)"

Cabe resaltar que si bien en la parte resolutive de la sentencia se hace alusión al señor Giovvany Armando Zúñiga Piamba, en la parte considerativa siempre se menciona a la demandante María Ximena Rada Bucheli, de modo que se comprende que se trató de un error en la digitación, que no fue advertido por las partes ni corregido por el Juzgado.

Considera en el Decreto 005 de 2008, la Gobernación del Cauca adujo que la incorporación de la planta de cargos del sector de educación a la planta central de la administración departamental, generó una situación de desigualdad, dado que los funcionarios del sector educación fueron incorporados con los cargos, códigos y grados del nivel nacional y no del nivel departamental a pesar de que las funciones y responsabilidades eran idénticas.

De este modo concluye el A quo, que es la misma entidad demandada quien advirtió la desigualdad generada, procediendo a fin de superar dicha situación, a nivelar y homologar los cargos pagados con recursos del Sistema General de Participaciones, lo que considera se invirtió, en tanto trajo como consecuencia la desigualdad frente a los cargos de la planta global.

De este modo, considera que el cargo desempeñado por la actora, esto es Profesional Universitario, Código 219, grado 02, conforme el cuadro comparativo de escalas salariales, presenta diferencia en el monto del salario asignado al mismo cargo pagado con recursos del Sistema General de Participaciones, situación que afirma, atenta contra los derechos laborales de la demandante, por tal considera procedente acceder a las pretensiones de la demanda.

D. LA APELACIÓN (fl. 99 C. Ppal)

La **parte demandada** apela la sentencia de primera instancia, explicando que la consulta que originó el concepto 1607 de 2004, fue planteada con ocasión a la posibilidad de homologar personal administrativo recibido como consecuencia del proceso de la descentralización del sector educativo de la Nación a las entidades territoriales en vigencia de la Ley 60 de 1993, y que la Directiva Ministerial No. 010 de 30 de junio de 2005, bajo la cual fundamentó el A quo su decisión, tuvo como fin orientar dicho proceso de homologación y nivelación salarial del personal administrativo.

Así, concluye que los el concepto 1607 de 2004 y la Directiva Ministerial No. 010 de 30 de junio de 2005, surgen como consecuencia del proceso de la descentralización del sector educativo de la Nación a las entidades territoriales en vigencia de la Ley 60 de 1993, y no frente al tema de las nivelaciones salariales de los empleados a nivel central financiados con recursos propios del ente territorial frente a los empleados del orden nacional que tuvieron que homologarse y nivelarse con el Decreto 005-01-2008.

Explica que el Departamento del Cauca mediante los Decretos No. 005 y 006 del 4 de enero de 2008, realizó por vía administrativa la homologación de los cargos y nivelación salarial de los funcionarios administrativos de la Planta Global de Personal adscritos a la Secretaría de Educación Cultural financiada con recursos del Sistema General de Participaciones del Sector Educativo; el cual advierte no fue demandado en acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Señala que la actora pertenece a la planta del nivel central financiada con recursos propios, y por tal, no sufrió desmejoramiento en su salario y prestaciones por causa de la homologación que se hizo en cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 60 de 1993.

Manifiesta que no comparte la decisión adoptada por el Juez de primera instancia, en tanto reitera, que la Gobernación del Cauca no desmejoró con ninguna decisión administrativa las condiciones salariales de la actora, alegando que no existió violación al principio “trabajo igual-salario igual”, y advierte que la diferencia entre los funcionarios del nivel central con los de la Secretaría de Educación, surgen con ocasión a la diferencia de origen de recursos con los que se financia cada una.

Alega, que el cargo que ostenta la actora, no fue objeto de comparación y equivalencia para el proceso cumplido con los empleados administrativos de la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Cauca, pagados con recursos del Sistema General de Participaciones.

En consecuencia, solicita se revoque la sentencia de primera instancia.

E. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

En esta oportunidad sólo intervino la apoderada del Departamento del Cauca, reiterando lo dicho a lo largo de la contestación y la apelación por esta entidad. (fl. 250 c.ppal.)

F. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora 40 Judicial II Administrativa delegada ante esta corporación, informó que no le era posible emitir concepto de fondo “*en consideración a que el Despacho no cuenta con el personal suficiente que permita realizar un estudio detenido de todos los proceso allegados en el término dispuesto en la Ley 1395 de 2010, toda vez que como Procuradora Judicial II Administrativa debo intervenir en los procesos orales asignados y adelantar el proceso conciliatorio extrajudicial*” (fl. 256 C. Ppal)

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra las sentencias de primera instancia dictadas por los Juzgados Administrativos del Circuito de Popayán, conforme lo establecido en el artículo 133 del Decreto 01 de 1984 (C.C.A.), normativa que resulta aplicable por cuanto el proceso se promovió con anterioridad a la vigencia de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹

2. Caducidad.

En la presente acción se demanda la nulidad de los oficios proferidos por el Gobernador del Departamento del Cauca **No. 01315 de 13 de febrero de 2008** mediante el cual se negó la

¹ De acuerdo con el artículo 308 del CPACA, éste “...se aplicará a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia”, la que según el mismo ocurrió a partir del 2 de julio de 2012.

solicitud de homologación y nivelación salarial, y **No. 004111 de 7 de mayo de 2008 notificado en la misma fecha**, a través del cual se confirmó el oficio 01315.

Dado que el asunto trata sobre una prestación periódica y la demandante se encuentra actualmente vinculada, no resulta aplicable el fenómeno de caducidad en virtud de la excepción prevista en el numeral 2 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, el cual dispone:

ARTÍCULO 136. CADUCIDAD DE LAS ACCIONES. Subrogado por el artículo de la Ley 446 de 1998.
(...)

2. La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso. Sin embargo, **los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo** por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe. (Negrillas fuera de texto)

3. El problema jurídico a resolver.

Se concreta en establecer si se dio un trato salarial desigual respecto al cargo de la actora desempeña, en comparación con otro similar previamente nivelado y homologado a la planta central de la Gobernación del Departamento del Cauca con la expedición del Decreto No. 0005-01 de 2008.

4. La homologación de cargos y la nivelación salarial.

En aras de resolver el problema jurídico planteado, es necesario precisar el tema de la homologación y nivelación salarial en el proceso de descentralización que se surtió en el país a partir de 1993, en materia de educación. Al respecto, el Consejo de Estado ha precisado:

*"Conforme al proceso de descentralización administrativa, en el campo de la educación el personal que venía prestando sus servicios a la Nación, por virtud de la Ley 60 de 1993 debía entregarse al respectivo departamento o distrito, mediante la incorporación de dichos empleados a la planta de personal del ente territorial **con previa homologación de los cargos**. Dicha incorporación suponía, de un lado, que los departamentos debían reajustar, atendiendo sus necesidades, su estructura orgánica y funcional para cumplir con los fines del servicio educativo y, de otro, que la inclusión en la nueva planta debía tomar en cuenta no sólo el aspecto formal de los empleos, como su nomenclatura y grado - que podían y pueden diferir -, sino de manera primordial su clasificación por 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, lo cual debió cumplirse dentro del proceso de homologación. En otras palabras, la incorporación ordenada por la Ley 60 de 1993 presupone una homologación en la denominación del cargo, funciones, responsabilidades y en el régimen salarial y prestacional de los incorporados del orden nacional con los departamentales.²*

² CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda. Sentencia de 6 de diciembre de 2007, radicación no. 85001-23-31-000-2003-01183-01(0283-07). Consejero Ponente Dr. ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO.

En efecto, en virtud de la Ley 60 de 1993, aquellos funcionarios que debieron ser incorporados a la planta de personal del ente territorial, fueron sometidos a un proceso de homologación de cargos y nivelación salarial respecto de aquellos que hacían parte de dicha planta, *"consistente en reajustar la estructura orgánica y funcional por parte del departamento, 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 su remuneración en la planta de personal territorial"*³ ello a efectos de armonizar la descentralización educativa y evitar así un trato salarial discriminatorio, situación que finalmente se concretó a nivel del Departamento del Cauca, en el Decreto 005 de 4 de enero de 2008, *"Por medio del cual se homologan y se nivelan salarialmente los cargos administrativos de la Secretaría de Educación y Cultura Financiados con recursos del Sistema General de Participaciones"*.

Respecto a la nivelación salarial y a la homologación de cargos, el Consejo de Estado ha establecido que no sólo basta con la observación del factor formal, es decir, a la denominación del cargo o al grado del mismo, sino que, es fundamental observar las funciones que cada cargo contiene, pues no podría tener una remuneración diferente un cargo respecto de otro cuando materialmente ambos implican un desarrollo similar de funciones; esto es, observando el factor material de la homologación.

Como bien lo ha dicho el Consejo de Estado y en desarrollo del principio de la prevalencia de la realidad, aplicable en materia laboral⁴ la homologación de cargos no es el simple cómputo de cargos, siendo necesario un análisis material en las funciones del cargo inicial al cargo que se homologará, toda vez que dicho proceso no puede traducirse en desmejora de las condiciones de trabajo del empleado, es decir, una desmejora en su categoría y en su remuneración.

Caso concreto

En el asunto que nos ocupa, corresponde a la Sala dilucidar si, como lo alega el apelante, no le asiste a la actora el derecho a que su cargo sea homologado y nivelado salarialmente, por no existir trato desigual con algún cargo de aquellos ocupados por los empleados administrativos de la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Cauca y pagados con recursos del Sistema General de Participaciones.

El Juez de primera instancia accede a las pretensiones de la demanda, al considerar que del Decreto 005 de 2008 y del cuadro comparativo de escalas salariales obrantes en el expediente, se infiere la discriminación a la cual se ha sometido a la actora por la Administración

³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "B". Bogotá, D.C., veintiuno (21) de agosto de dos mil ocho (2008). CONSEJERO PONENTE: GERARDO ARENAS MONSALVE. Ref.: 850012331000200301239 01. N° Interno 0086-07

⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A". Consejera ponente: ANA MARGARITA OLAYA FORERO. Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil cuatro (2004). Radicación número: 25000-23-25-000-1999-6078-01(2006-03). *"No obstante lo anterior, cuando la administración EXIGE al funcionario el cumplimiento de una función correspondiente a un cargo de grado diferente, la realidad supera la forma, debe primar el acatamiento de principios constitucionales de orden laboral fundamentales como el de igualdad"*.

En este orden, pasa la Sala a relacionar las pruebas obrantes en el expediente:

- Actos administrativos de vinculación al Departamento del Cauca de la señora María Ximena Rada Bucheli, en donde constan nombramientos y posesiones (Fl. 16 - 39 C. pbas.)

- Cuadro comparativos de escalas salariales correspondientes al nivel central y Sistema General de Participaciones, respecto al año 2008, elaborado por Lucy Stella Velasco en calidad de Técnico Administrativo de la Secretaría Administrativa y Financiera de la Gobernación del Cauca (fl. 40 ib.).

- Decreto No. 0005 de 4 de enero de 2008 *“Por medio del cual se homologan y se nivelan salarialmente los cargos administrativos de la Secretaría de Educación y Cultura Financiados con recursos del Sistema General de Participaciones”*, expedido por el Gobernador del Departamento del Cauca, en el cual, en vista de que al momento de la incorporación de los funcionarios de la Secretaría de Educación y Cultura pagados con recursos del Sistema General de Participaciones, a la Planta Central de la Administración, no se tuvo en cuenta que su asignación salarial resultaba inferior respecto de los funcionarios del nivel central, se procedió, previa aprobación del estudio técnico por el Ministerio de Educación Nacional, a realizar la homologación y nivelación salarial con referencia a su símil de la planta central del Departamento del Cauca (Fl. 9 ib.)

- Oficio No. 001315 de 13 de febrero de 2008, por medio del cual el Gobernador del Departamento del Cauca da respuesta a la petición elevada por la actora, negando la solicitud bajo argumentos de insuficiencia presupuestal y de recursos (Fls. 15 C. Ppal)

- Oficio 004111 del 07 de mayo de 2008, por el cual el Gobernador del Departamento del Cauca confirma la decisión contenida en el oficio No. 001315 de 13 de febrero de 2008. (Fl. 17 C. Ppal)

De los documentos antes mencionados, infiere la Sala que la actora se encuentra vinculada a la planta central del Departamento del Cauca, dentro de la cual ha desempeñado diferentes cargos según consta en los decretos de nombramiento y actas posesión, estando el pago de sus salarios, a cargo de los recursos propios del departamento.

Que por Decreto 005 de 2008, el Departamento del Cauca dispuso la homologación y nivelación salarial de los cargos administrativos de la Secretaría de Educación y Cultura financiados con recursos del Sistema General de Participaciones, previo estudio técnico aprobado por el Ministerio de Educación Nacional, en el que se verificaron las funciones específicas de cada empleo, los salarios devengados, las escalas de remuneración de la administración central y los requisitos para acceder al cargo, en tanto se encontró que estos funcionarios presentaban un salario desigual frente a aquellos que hacían parte de la planta central del Departamento del Cauca y eran pagados con recursos propios.

La conclusión que puede extraer la Sala del decreto mencionado, es que el proceso de homologación y nivelación de los empleados que pasaban de la Secretaría de Educación al nivel central del Departamento, estuvo precedido de un estudio técnico, cuyo objeto estaba encaminado a cotejar los cargos de los empleados de la Secretaría de Educación incorporados al

Departamento con los cargos pertenecientes a la planta global, para determinar las similitudes existentes tanto en sus funciones, como responsabilidades, los salarios devengados, las escalas de remuneración de la administración central y los requisitos para acceder al cargo, con el único propósito de reconocer las mismas condiciones laborales y salariales a los nuevos empleados incorporados respecto de los cargos pertenecientes a la planta global que presentaran el mismo nivel o categoría, pues estos últimos gozaban de un mejor salario.

La actora, en las actuaciones desplegadas dentro del proceso, reitera que existe un trato desigual en cuanto a la asignación salarial devengada por la misma frente a cargos de la Secretaría de Educación incorporados a la planta central, a cargo del Sistema General de Participaciones, para lo cual fueron homologados y nivelados salarialmente en virtud del Decreto 005 de 2008, pues bien, observa la Sala, contrario a lo considerado por el A quo, no obran en el plenario elementos que permitan establecer la identidad de funciones y capacidades, para de ello deducir si la diferencia de remuneración estaba justificada o no, sin que tampoco en la demanda se haya planteado de manera puntual qué aspectos son los que marcan la discriminación alegada, para que sea motivo de análisis por parte de la Sala, máxime si se tiene en cuenta que el derecho a la igualdad sólo puede predicarse entre situaciones similares y en este evento ni siquiera se probó la forma como está conformada la planta de personal del departamento y las funciones desempeñadas.

De este modo, disiente la Sala de la decisión adoptada por el a quo, en tanto no le bastaba a la actora mencionar y allegar el Decreto 0005 de 2008, puesto que de la simple lectura de este acto administrativo no se desprende perse la vulneración del derecho invocado, ni existe suficiente evidencia que permita deducir cual fue el error cometido por el Departamento del Cauca en el proceso de nivelación y homologación salarial, ni de qué forma el estudio previo realizado para tal efecto generó la discriminación planteada por la parte actora. Y en este sentido, no comparte la Sala el ejercicio realizado por el A quo, consistente en comparar los sueldos a cargo del Departamento del Cauca y del Sistema General de Participaciones, respecto del cargo de Profesional Universitario Código 219 grado 02, a efectos de determinar si existió o no, un trato discriminatorio en el presente asunto, pues es necesario, también verificar el manual de funciones desempeñadas por ambos cargos, elementos que resultan ser esenciales para realizar una verdadera comparación entre los presuntos cargos similares. Siendo preciso indicar que tampoco se sabe qué requisitos de capacitación y experiencia se exige a cada cargo y menos si la demandante cumplía los del cargo cuyo salario pretende le sea homologado.

Visto que no existen elementos probatorios que permitan deducir que la actora se encontraba en el mismo supuesto fáctico de quienes fueron favorecidos con el incremento salarial, no es posible concluir que tenía derecho a que se le reajustara su salario y por tanto, declarar nulos los actos que le negaron tal petición, tal como lo hizo el A quo.

Los cargos formulados por la demandante no fueron probados y por tal los actos acusados mantienen su presunción de legalidad, siendo preciso recordar que el artículo 177 del C.P.C., establece que la carga de la prueba consiste en una regla de juicio que le indica a las partes la responsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las pretensiones o a la

defensa resulten probados⁵; en este sentido, en relación con los intereses de la parte demandante, debe anotarse que quien presenta la demanda, sabe de antemano cuáles hechos le interesa que aparezcan demostrados en el proceso, para que los derechos le sean reconocidos y no obstante que el juez puede ejercer las facultades probatorias de oficio, no está llamado a suplir dichas cargas de las partes en ese sentido.

Así las cosas, la Sala revocará la decisión adoptada por el juez de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda y en su lugar se negarán.

III. DECISIÓN

En consecuencia, el Tribunal Administrativo del Cauca, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de 24 de abril de 2012 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito de Popayán, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por la señora **MARÍA XIMENA RADA BUCHELI** en contra del **DEPARTAMENTO DEL CAUCA**, para en su lugar, **DENEGAR** las pretensiones de la demanda, de conformidad con expuesto en esta providencia.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia devuélvase al Juzgado que por reparto corresponda.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia. El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

Los Magistrados

CARMEN AMPARO PONCE DELGADO

PEDRO JAVIER BOLAÑOS ANDRADE

MAGNOLIA CORTES CARDOZO

⁵ "...no debe olvidarse que la carga de la prueba es una regla de nuestro derecho probatorio consagrada en el artículo 177 del C. de P. Civil, de acuerdo con el cual "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen..."; dicho en otras palabras: para lograr que el juez dirima una controversia de manera favorable a las pretensiones, le corresponde al demandante demostrar en forma plena y completa los actos o hechos jurídicos de donde procede el derecho o nace la obligación, máxime si ninguna de las partes goza en el proceso colombiano de un privilegio especial que permita tener por ciertos los hechos simplemente enunciados en su escrito, sino que cada una de ellas deberá acreditar sus propias aseveraciones. (...) es indispensable demostrar, por los medios legalmente dispuestos para ello, todos los hechos que sirvieron de fundamento fáctico de la demanda y no solo la mera afirmación de los mismos, para poder establecer cuál fue la actividad del ente demandado que guarde el necesario nexo de causalidad con el daño y que permita imputarle la responsabilidad a aquel, situación que no se dio en el sub lite. (Consejo de Estado. Sentencia de 27 de abril de 2006. Const Ponente Ramiro Saavedra Becerra. Exp 16079. Resalta la Sala.)"