CONSEJO DE ESTADO
SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente Flavio Augusto Rodríguez Arce

Bogotá D.C., nueve (9) de diciembre de dos mil cuatro (2004)

Radicación 1607
Referencia: Costos de homologación del personal administrativo al servicio de los establecimientos educativos. Entrega del mismo a las entidades territoriales.

La señora Ministra de Educación Nacional formula a la Sala los siguientes interrogantes:

1.- Deben las entidades territoriales, en virtud del principio de igualdad, proceder a homologar al personal administrativo que recibieron o reciban en virtud de la descentralización del servicio educativo?

2.- Debe la Nación asumir con cargo al Sistema General de Participaciones los costos de la homologación del personal administrativo realizado por las entidades territoriales durante la vigencia de la ley 60 de 1993?

3.- Debe la Nación asumir con cargo al Sistema General de Participaciones el costo de la homologación del personal administrativo que realicen las entidades territoriales certificadas en virtud de lo establecido en la ley 715 de 2001?

Señala que con ocasión de la expedición de la ley 60 de 1993 se dio un proceso de descentralización del servicio educativo en virtud del cual se transfirió el personal administrativo afecto al servicio público educativo del orden nacional para ser incorporado en las plantas de personal de las entidades territoriales; en la mayoría de casos el personal administrativo de carácter departamental o municipal contaba con un nivel salarial superior al del personal administrativo del orden nacional, motivo por el cual algunas entidades territoriales procedieron a homologar a dicho personal, en algunas oportunidades, por propia iniciativa y, en otras, por decisiones de jueces de tutela fundamentadas en el principio de igualdad.

En algunos eventos - Departamento del Valle -, en las actas de entrega del servicio se hizo claridad en el sentido de que los costos de la homologación del personal administrativo al régimen salarial del personal administrativo del nivel territorial se haría con cargo a los recursos del situado fiscal; en otros casos tanto las entidades territoriales como el Ministerio de Educación guardaron silencio. Sin embargo, en la primera situación, el Departamento no procedió a la homologación de personal durante la vigencia de la ley 60.

Menciona que mediante Acto Legislativo 01 de 2001 se estableció el Sistema General de Participaciones y los recursos que lo conforman "incluyendo los costos por concepto de docentes y administrativos pagados a 1 de noviembre de 2000" y que la ley 715, art. 21, prohibió con cargo a los recursos del Sistema crear prestaciones o bonificaciones por parte de las entidades territoriales".

Cita los artículo 2° y 3° del Acto Legislativo 01 d e 2001, 150.19 de la Constitución Política, 21 y 38 de la ley 715 de 2001 y advierte que con posterioridad a la expedición de ésta se continuó el proceso de descentralización del servicio público educativo, mediante la certificación automática de los municipios con más de 100 mil habitantes, lo que implicará el traslado del personal administrativo del nivel departamental al municipal y, por tanto, otra homologación.

Finaliza señalando que conforme al art. 150.19 de la C. P. corresponde al Congreso fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, para lo cual estableció en la ley 4ª de 1992 los parámetros respectivos y al efecto destaca, entre otras normas el parágrafo del artículo

12, según el cual el Gobierno señalará el límite máximo salarial de los servidores públicos de las entidades territoriales guardando equivalencias con cargos similares del orden nacional.

La Sala considera

La Consulta plantea dos problemas jurídicos, relacionados entre sí, referentes a la posibilidad de homologar el 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, la responsabilidad de asumir los costos de resultar procedente la homologación (i) en vigencia de la leyes 60 de 1993 y (ii) 715 de 2001.

1.- Homologación del personal administrativo

1.1.- Conforme a la ley 60 de 1993.

La ley 43 de 1975, nacionalizó la educación primaria y secundaria que oficialmente venían prestando los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los municipios, las intendencias y comisarías; proceso que se llevó a cabo entre el 1° de enero de 1976 y el 31 de diciembre de 1980'. [1]

[1] En cuanto a los gastos de la instrucción pública, los artículos 26, 27 y 28 del decreto 491 de 1904 establecieron: "Art. 26. Serán de cargo de la Nación los gastos que ocasione la instrucción secundaria, la industrial y la profesional y artística, cuando en los tres últimos casos los establecimientos respectivos funcionen en la capital de la República. // Art. 27. Serán de cargo de los Departamentos y de los Municipios, en la forma que determinen las Asambleas, los gastos que ocasione la instrucción primaria. // Los Departamentos y Municipios que dispongan de recursos suficientes podrán sostener establecimientos de enseñanza secundaria, industrial, profesional y artística.// Art. 28. Serán asimismo de cargo del Tesoro nacional los gastos de instrucción primaria en las Intendencias y los de catequización de indígenas".

De conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 de la Constitución Política de 1991, se expidió la ley 60 de 1993, por la cual se dictaron normas orgánicas sobre la distribución de competencias y recursos, abriéndose así paso la descentralización del servicio educativo y el desmonte de la nacionalización ordenada por la ley 43 de 1975, mediante la entrega por parte de la Nación a los departamentos y distritos de los bienes, el personal y los establecimientos educativos.

Particularmente, respecto de la entrega y administración del personal se estableció: a) los departamentos, con cargo a los recursos del situado fiscal, prestarían los servicios educativos estatales y asumirían las obligaciones correspondientes, por tanto los establecimientos educativos y la planta de personal tendrían carácter departamental - art. 5° -; b) la ley y sus reglamentos deberían señalar los criterios, régimen y reglas para la organización de plantas de personal administrativo de los servicios educativos estatales y, c) ningún departamento, distrito o municipio podía vincular empleados administrativos por fuera de las plantas de personal que cada entidad territorial adoptara - art. 6°-.

En los términos del artículo 15 ibídem, los departamentos y distritos que acreditaran el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 14 en el transcurso de cuatro años - los cuales debían ser certificados -, contados a partir de la vigencia de la ley, recibirían mediante acta suscrita para el efecto, los bienes, el personal, y los establecimientos que les permitirían cumplir con las funciones y las obligaciones recibidas [2].

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. Cabe recordar que según el decreto 2400 de 1968 - art. 48 - [3], la incorporación operaba por reorganización de dependencias o el traslado de funciones de

[2] El artículo 16 estableció, entre otras cuestiones, reglas especiales para la descentralización de la dirección y prestación del servicio de educación por parte de los municipios y al efecto dispuso :"las plantas de personal docente de los servicios educativos estatales a cargo del situado fiscal y a cargo de los recursos propios del municipio serán administradas por el municipio de conformidad con el artículo 6° de la presente ley y de las disposiciones legales sobre la materia. (...) 3o. La planta de personal a cargo de los recursos propios de los municipios no podrá ampliarse sin la asignación presupuestal correspondiente que asegure la financiación para la vigencia fiscal corriente y para las vigencias fiscales futuras de los costos administrativos salariales y prestacionales que ello implique. (...) Con destino al pago de la planta de personal de los servicios educativos estatales a cargo de los recursos propios, los municipios establecerán una cuenta especial o podrán hacer convenios con los fondos educativos regionales para el manejo de los recursos correspondientes."

[3] Modificado y derogado en lo pertinente, art. 87 ley 443/98.

una entidad a otra o por la supresión de cargos de carrera y, conforme a la ley 443 de 1998 , también por la supresión del empleo de carrera o por fusión o supresión de entidades o traslado de una entidad a otra o modificación de planta.

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. 3° 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 [6].

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 departamental izado 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

[4] Derogada por la ley 909/04.

[5] Debe recordarse que mediante el decreto 1569 de 1998, se estableció el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de las entidades territoriales que debían regularse por las disposiciones de la ley 443 de 1998; por decreto 2503 de 1998, se estableció la naturaleza general de las funciones y los requisitos generales para los diferentes empleos públicos de las entidades del orden nacional a las cuales se aplica la ley 443 de 1998 y por decreto 861 de 2000 se establecieron las funciones y requisitos generales para los diferentes

empleos públicos de las entidades del orden nacional. El artículo 35 del decreto 1569 dispuso "De los actuales empleados. Los empleados que al momento del ajuste de las plantas de personal se encuentran prestando sus servicios en cualquiera de las entidades a las que se refiere el presente decreto, deberán ser incorporados a los cargos de las plantas de personal que las entidades fijen de conformidad con el sistema de nomenclatura y clasificación de empleos establecido en este decreto, no se les exigirán requisitos distintos a los ya acreditados y solo requerirán de la firma del acta correspondiente. Quienes ingresen con posterioridad o cambien de empleo deberán cumplir los requisitos señalados en los respectivos manuales específicos de funciones y de requisitos."

[6] Según el Diccionario de la Real Academia Española, el significado de las siguientes palabras es: homologar, "equiparar, poner en relación de igualdad dos cosas"; equiparar, "considerar a una persona o cosa igual o equivalente a otra"; igual, "de la misma naturaleza, cantidad o calidad de otra cosa"; equivalente, "que equivale a otra cosa" y equivaler, "ser igual una cosa a otra, en la estimación, valor, potencia o eficacia" ,

Constitución Política, reformada por el Acto Legislativo No. 1 de 2001, que creó el Sistema General de Participaciones - SGP [7].

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. 5° y 6° -, aparejaba la obl igación 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 materia' - arts. 5° y 6° -. A los distrito s y municipios certificados, se les otorgaron similares funciones a las conferidas a los departamentos con respecto a los municipios no certificados – artículo 7°-.

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:

"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** (...)

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

[7] Ver el artículo 1° de la ley 715. Naturaleza del S istema General de Participaciones.

[8] El artículo 40 dispuso que durante el período de transición la Nación tendrá como competencias especiales la de fijar las plantas de personal en las entidades territoriales atendiendo a las relaciones técnicas establecidas.

[9] Los 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 - art. 38 -.

[10] Ver sentencia C-618 de 2002

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."

De lo expuesto se deduce que como aconteció en vigencia de la ley 60, la municipalización de la educación se cumple mediante el proceso de incorporación y homologación, para el caso del personal administrativo del servicio educativo, dentro del cual se pueden presentar las hipótesis examinadas en el punto 1.1. No obstante, la solución respecto de la asunción de los mayores costos derivados del proceso propiamente no es la misma en los términos de la ley 715, como se verá.

Conclusión

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.

Resalta la Sala que, sin detrimento de la autonomía de las entidades territoriales, para determinar la estructura de sus administraciones, para fijar las escalas salariales y los emolumentos de sus empleados públicos (C.P. arts. 287, 300.7, 305.7, 313.6 y 315.7), el Constituyente atribuyó al Congreso en relación con el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de este orden (arts. 150-5, 150-19.e y 287 ibídem), entre otras facultades, la de determinarles un límite máximo salarial, dentro del cual las entidades pueden ejercer sus competencias según sea su realidad fiscal. Así, lo que persiguen la Carta y la ley marco es, de una parte, racionalizar el régimen salarial de las entidades territoriales, siempre en búsqueda de la eficiencia, de modo que sin llegar a la unificación del mismo, no exista desbordamiento en el desarrollo de las funciones a ellas atribuidas, las que como se percibe no son discrecionales y, de otra, contribuir al equilibrio de los salarios entre los servidores nacionales y los territoriales, tal como lo dispone el parágrafo del artículo 12 de la ley 4ª de 1992: "El Gobierno señalará el límite máximo salarial de estos servidores guardando equivalencia con careos similares en el orden nacional". [11]

[11] Mediante sentencia C- 315/95, se declaró exequible el art. 12 de la ley 4/92, por lo que respecta a los empleados públicos territoriales, en la cual precisó la Corte : "La razonabilidad de la medida legislativa se descubre también si se tiene en cuenta que el patrón de referencia - los sueldos de los cargos semejantes del nivel nacional -, garantiza que el anotado límite no .sea en si mismo irracional y desproporcionado."

Sin perjuicio de lo anterior, las entidades territoriales, en ejercicio de su autonomía constitucional, tenían y tienen la facultad de señalar el régimen salarial de sus servidores, pero dentro de los límites establecidos por el Gobierno mediante decretos desarrollo de la ley marco, Por tanto todo incremento que supere este límite contraría la Constitución y la ley.

Para redondear la conclusión de la Sala relacionada con la absorción de los mayores costos en su totalidad como consecuencia del Acto Legislativo No. 1 de 2001. se considera pertinente mostrar que los procedimientos de incorporación tuvieron diversas modalidades, no todas conformes a la legislación que regulaba la materia en los distintos momentos del proceso de descentralización de la educación.

2.- Asunción de costos de la homologación del personal administrativo realizado por las entidades territoriales durante la vigencia de la ley 60 de 1993.

Como se vio, la 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. Como consecuencia del proceso de incorporación, homologación de cargos y nivelación de salarios cuando resultare procedente - cumplido en virtud de lo dispuesto en la ley 60 de 1993-, pudieron haberse presentado varias hipótesis, bajo el supuesto manifestado por la Ministra de educación de que en el mismo no existió desmejora salarial sino, por el contrario, mejoramiento en la asignación por el paso de una planta a la otra.

Vale la pena recordar que para la administración de los recursos del situado fiscal por parte de los departamentos y distritos el artículo 14 de la ley 60 exigió, entre otros requisitos, determinar la estructura y administración de la planta de personal de acuerdo 1*")* con previsto en el artículo 6° de la ley . Por su parte, el decreto 1140 de 199 5 - derogado por los artículos 37, 38 y 40 de la ley 715 de 2001 - en relación con los

[12] Mediante el decreto 2886 de 1994, proferido por el Presidente de la Republica en ejercicio de las facultades conferidas por los artículos 189.11 de la Constitución Políticay 14 y 15 de la ley 60 de 1993 - modificado en forma parcial por el decreto 1060 de 1995, se reglamentaron los procedimientos y demás formalidades necesarias que debían cumplir las entidades territoriales para obtener la certificación del cumplimiento de los requisitos que les permitieran asumir la administración de los recursos del situado fiscal y la prestación del servicio educativo. En concreto, el decreto 2886, en su artículo 1° contem pló ocho (8) requisitos para los aludidos efectos, dentro de los cuales vale la pena destacar el de "Determinación de la estructura y administración de la planta de personal de acuerdo con lo previsto en el artículo 6° de la ley 60 de 1993."

[13] Por el cual se establecen los criterios y las reglas generales para la organización de las plantas de personal docente, directivo docente y administrativo del servicio público educativo estatal por parte de los Departamentos y Distritos y se dictan otras disposiciones.

criterios para la organización de la estructura de las plantas de personal, entre otras cosas, dispuso que el tamaño y estructura de la planta de personal debería guardar concordancia con la disponibilidad presupuestal y la proyección de recursos financieros para atenderla, con los costos actuales y futuros del servicio educativo y con las fuentes que utilizará para su fínanciamiento que podrían provenir del situado fiscal, de los recursos propios, de los estímulos y apoyos según la ley 115 de 1994 y de otros recursos que permitieran la atención del servicio educativo - art. 2°-. Finalmente, señaló el decret o en cita que el proyecto de planta de personal sería remitido al Ministerio de Educación Nacional para recibir el concepto de viabilidad técnica y financiera correspondiente "para que el Gobierno o Alcalde Distrital pueda proceder a crear la respectiva planta de personal" - arts. 3° y 4°-.

Se concluye, entonces, que el legislador y el ejecutivo previeron parámetros para la transferencia del personal administrativo del servicio educativo del orden nacional a las entidades territoriales, debiéndose buscar en primer término la equivalencia dentro de la homologación.

Las situaciones que pudieron configurarse en materia de costos por efecto de la incorporación, de manera general, son las siguientes:

2.1.- Que el personal se hubiera incorporado horizontalmente de la Nación al departamento en cargos iguales o equivalentes, esto es, con la misma nomenclatura, clasificación, funciones, requisitos, responsabilidades y remuneración, caso en el cual la asunción de los costos no ofrece complicación alguna, como quiera que los mismos corrían en principio con cargo al situado fiscal y, posteriormente, al Sistema General de Participaciones [14].

2.2.- Que la incorporación hubiera implicado un nivel salarial superior, por alguna de las siguientes circunstancias:

2.2.1.- Por concertación y compromiso expreso de las partes - Gobierno Nacional / Departamentos -, suscrito en la respectiva acta de entrega.

Se menciona por la señora Ministra que en algunos casos se suscribieron las actas de entrega con la consiguiente regulación de obligaciones por las partes. [15]

[14] La Sección Segunda, Subsección A de ésta Corporación en sentencia del 22 de junio de 2000, expediente 2630/99, actor Ana Isabel Montes Arcila, sostuvo a propósito de la nivelación de salarios del • personal administrativo que "(...) dichos funcionarios administrativos (se refiere al cargo de auxiliar de servicios generales) deben ser asumidos en las mismas condiciones salariales y prestacionales que tenían al momento de la asunción de competencias, por parte de los entes territoriales (...) Lo que si no puede interpretarse, como lo pretende la actora, es que por el hecho de asumir las entidades territoriales la carga de administrar y manejar la educación en sus niveles preescolar, primaria y secundaria oficial, con los recursos del situado fiscal, tenga la obligación, sin norma alguna que así lo determine y sin el traslado de recursos, de nivelar los salarios del personal administrativo con los del orden territorial, cuyo pago asume con los recursos propios, pues ello limitaría la autonomía que por Constitución tienen los entes territoriales, para fijar la asignación salarial de los empleos de la administración central" En el mismo sentido pueden consultarse las sentencias del 9 de noviembre de 2000, expediente 409-2000, actor Carlos Lasprilla y del 22 de junio de 2000, expediente 1619 de 1999, actora Dolly del Socorro Londono Castaño.

[15] La Sala tuvo a disposición varias actas de entrega de los departamentos que se certificaron, en las que se llega a diversos compromisos entre el Ministerio de Educación y los gobernadores, sin que en ellas se hubiere hecho referencia a la homologación. Con el Departamento del Valle el 27 de diciembre de 1995

Según el artículo 15 de la ley 60 que regulaba la asunción de competencias por los departamentos, estos debían recibir mediante acta el personal - incluido el administrativo, por el que pregunta la Consulta - que les permitiera cumplir con las funciones y las obligaciones recibidas; acta en la que deberían definirse los términos y los actos administrativos requeridos para el cumplimiento de los compromisos y obligaciones a cargo de la nación y las entidades territoriales respectivas [16], disposiciones que imponían acordar un marco que rigiera el proceso de entrega, lo cual era apenas obvio pues de por medio estaban potencialmente comprometidos recursos de la educación que podía estar a cargo de cualquiera de los intervinientes.

En este orden de ideas, la Sala considera que habrá de estarse a las obligaciones acordadas en dichos actos jurídicos, siempre que sean conformes a la ley, pues el régimen de entrega estaba previamente regulado.

2.2.2.- Sin acta de compromiso y como consecuencia implícita del proceso de incorporación. Concertación respecto de la adopción de las plantas de personal.

Es muy probable que dentro del proceso de descentralización y entrega de personal administrativo del sector educativo, existieran nomenclaturas, clasificaciones de empleos y remuneraciones, requisitos y funciones diversas que no coincidieran en los órdenes departamental y nacional. Lo primero que se observa es que el legislador precavió la situación y estableció mecanismos de coordinación entre la Nación y los entes territoriales para garantizar el reconocimiento de los derechos laborales y el equilibrio del sistema - arts. 2°, 3°, 5°, 6°, 14 de la ley 60 -.

En el supuesto estudiado, si el personal administrativo se incorporó de manera concertada y conforme a los parámetros legales estudiados, el mayor valor del nivel salarial debería ser cubierto por la Nación [17], pues, según el artículo 356 de la Carta, no se pueden descentralizar competencias sin la previa asignación de los recursos fiscales suficientes para atenderlas[18]. Al respecto se advierte que el legislador fue consciente de que los costos de la educación aumentaron de manera significativa y que los recursos

se firmó el documento - titulado "Documento de compromiso derivado de la certificación del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 14 de la ley 60 de 1993 (...)", suscrito

entre la Ministra de Educación Nacional y el Gobernador, en el cual aquélla asumió "los costos de la homologación de las categorías de la escala salarial del departamento por incorporación del personal administrativo, con cargo al Situado Fiscal previa disponibilidad presupuestal". Como se sabe, las obligaciones salariales y prestacionales provienen del ejercicio de competencias expresas de rango constitucional desarrolladas por la ley, que determinan la inclusión en los respectivos presupuestos de las apropiaciones suficientes para atenderlas. En el caso de este compromiso, la obligación adquirida por la Ministra coincide con conceptuado aquí por la Sala.

[16] Art. 15, inc. 2° ley 60/93: "Mientras las entidades territoriales no satisfagan los requisitos previstos en el artículo 14, y conforme al principio de subsidiariedad, la administración de los recursos del situado fiscal se realizará con la intervención técnica y administrativa de la Nación por intermedio del respectivo Ministerio, en los Fondos Educativos Regionales para el caso de Educación".

[17] Todos los mayores costos, provenientes de incorporaciones, si se produjeron, fueron asumidos por el SGP de conformidad con lo dispuesto en el A. L. No. 1/01, como se detallará.

[18] En este sentido, la exposición de motivos al proyecto de ley No. 120 de 1992 del Senado presentado por el Gobierno Nacional, que se convertiría en la ley 60, se dijo:"Para minimizar los riesgos de un proceso de descentralización fiscal, es preciso que éste se realice con un claro equilibrio entre funciones y recursos transferidos y con el fortalecimiento institucional de las entidades territoriales." G. del Congreso No. 41/92.

del situado fiscal no eran suficientes para cubrir el costo total, y, por tanto, se crearon unas transferencias complementarias. Por ejemplo, mediante la ley del Plan Nacional de Desarrollo e Inversiones 1995 - 1998, ley 188, se estableció el Fondo Educativo de Compensación que aseguraba la prestación del servicio. En dicha ley se dispuso:

"Artículo 20. La descripción de los principales programas y subprogramas que el Gobierno Nacional espera ejecutar en la vigencia del Plan Nacional de Inversiones 1995 -1998 es la siguiente (...) 1.4.1.5. Fondo Educativo de Compensación. Mediante este Fondo se proveerán recursos a los departamentos y distritos, con el fin de lograr una mayor equidad en la distribución de las asignaciones regionales y compensar los aumentos en los costos de la educación asociados a incrementos en la remuneración del personal docente. Se dará prioridad en la asignación a los departamentos y distritos deficitarios y con alta proporción de población pobre que muestren en sus planes educativos acciones precisas encaminadas a mejorar la calidad y. a ampliar la cobertura del servicio educativo en las zonas rurales y urbano-marginales y a mejorar tanto la relación alumno docente como la distribución territorial del personal docente. La asignación estará a cargo del Departamento Nacional de Planeación y el Ministerio de Educación Nacional[19]."

Así las cosas, el Fondo preveía transferencias complementarias para cubrir mayores valores provenientes de la prestación del servicio educativo.

2.2.3.- Por iniciativa propia o decisión unilateral de la respectiva entidad territorial que recibió el personal. .

Según se analizó, las condiciones de incorporación no estaban sometidas a la discrecionalidad de las autoridades departamentales sino a las resultas de un estudio técnico concertado que permitiera ubicar los servidores en el grado de remuneración que correspondiera a las funciones que debían cumplir, a los requisitos exigidos para el cargo que conforme a las necesidades del servicio debían desempeñar y a los demás elementos estructurales del empleo, dentro de los límites establecidos por el Gobierno Nacional en desarrollo de los decretos reglamentarios de la ley 4ª de 1992.

Aquellas homologaciones que cayeron en el campo de la liberalidad, que se apartaron de los criterios de igualdad - "a trabajo igual, igual salario" - o de equivalencia que debían presidir las incorporaciones y representan un mayor valor, necesariamente deberían estar a cargo de la respectiva entidad territorial [20], pues si el deber legal de recibir el personal se traducía en una facultad reglada para confrontar los requisitos, funciones, etc. de los empleos, las consecuencias presupuéstales producto de homologaciones desproporcionadas y por tanto alejadas de la equivalencia, debieron

[19] **"Capitulo 5. El tiempo de la gente. 1. La educación básica**. Se creará el Fondo Educativo de Compensación, que tendrá como objetivo ofrecer nuevos recursos a los departamentos, con el fin de lograr una mayor equidad en la distribución de las asignaciones regionales y compensar aumentos en los costos de la educación asociados a la profesionalización del personal docente. Se tendrá prioridad en la asignación a los departamentos y distritos que demuestren mejoras en la eficiencia, la calidad de la educación y la distribución territorial del personal"
[20] Asunción de todos los costos por el SGP. Ver pie de página 17, la situación es igual.

correr, en principio [2l], por cuenta de la entidad territorial respectiva que tomó la decisión. La consecuencia del desconocimiento de la actividad reglada comprometía los recursos propios de la entidad, como la responsabilidad personal de los funcionarios que actuaron en forma eventualmente irregular,

2.2.4.- Por mandato judicial. Por decisiones judiciales dictadas en procesos de tutela o de nulidad y restablecimiento del derecho. A las cuales habrá de estarse, sin perjuicio de las impugnaciones y recursos que procedan.

2.3 Los mayores costos derivados de las distintas hipótesis los recoge el Acto Legislativo No. 1 de 2001.

El Acto Legislativo No. 1 de 2001, modificó entre otras normas el artículo 357 de la Constitución Política, creando el Sistema General de Participaciones y en concreto dispuso:
,

"Parágrafo transitorio. 1°— **El sistema general de participaciones de los departamentos, distritos y municipios tendrá como base inicial el monto de los recursos que la Nación transfería a las entidades territoriales antes de entrar en vigencia este acto legislativo, por concepto de** situado fiscal, participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación y **las transferencias complementarias al situado fiscal para educación,** que para el año 2001 se valoran en la suma de diez punto novecientos sesenta y dos (10.962) billones de pesos.

En el caso de educación, la base inicial contempla los costos por concepto de docentes **y administrativos pagados con situado fiscal** y el fondo de compensación educativa, docentes y otros gastos en educación financiados a nivel distrital y municipal con las participaciones en los ingresos corrientes de la Nación, y los docentes, **personal administrativo de los planteles educativos y directivos docentes departamentales y municipales pagados con recursos propios, todos ellos a 1° de noviembre del 2000. Es ta incorporación será automática a partir del 1° de enero de 2002."**

Como se expuso la Sala en la Consulta 1603, esta norma se refiere al monto del Sistema General de Participaciones, a su incremento anual, al cálculo de variación de los ingresos corrientes, a la base inicial del monto de los recursos - que comprende específicamente, en el caso de la educación, los mayores costos y gastos por incorporación -. Allí se tuvo en cuenta para contemplar el monto del SGP, entre otros, los recursos que la Nación transfería a las entidades territoriales antes de entrar en vigencia este Acto Legislativo, por concepto, entre otros, del situado fiscal y de las transferencias complementarias a éste para educación - dentro de las cuales se encontraban los recursos asignados por **Fondo Educativo de Compensación**, con el fin de lograr una mayor equidad en la distribución de las asignaciones regionales y compensar los aumentos en los costos de la educación-, y particularmente los provenientes del personal administrativo pagado con situado fiscal y los de los

[21] Ibídem.

planteles educativos departamentales y municipales pagados con recursos propios, todos ellos a 1° de noviembre del 2000.

En los casos en que se comprometieron indebidamente los recursos propios de las entidades territoriales, no obstante que el mayor valor, como se dijo, quedó comprendido dentro del cálculo de base inicial del SGP, ello no purga las posibles faltas disciplinarias que pueden surgir del

desconocimiento de la ley, en especial cuando el proceso de incorporación se hizo con vulneración de los parámetros legales, como cuando se apartaron sin justificación de los criterios de igualdad y equivalencia. El personal administrativo tenía una connotación muy particular, en tanto si bien sus salarios debían ser cubiertos con el situado fiscal, en la situación concreta analizada, esto es, cuando el salario en la entidad territorial fuera superior al que devengaba en la Nación, esa diferencia debía asumirla la Nación pues se imponía la nivelación en las condiciones ya expuestas; pero los recursos propios se comprometían si la incorporación desconoció los parámetros legales analizados o el límite reglamentario de incremento salarial dispuesto por el Gobierno.

Como quiera que; los mayores valores producto del proceso de homologación e incorporación del personal administrativo del servicio educativo ordenado por la ley 60 de 1993 están calculados dentro de la base inicial del SGP ^y éste los asumió, con ellos deben cancelarse. Sin embargo, en los eventos de desconocimiento de la normatividad legal, la administración debe intentar las acciones disciplinarias, punitivas o de lesividad pertinentes, en procura del restablecimiento del ordenamiento.

3.- Asunción de costos de la homologación del personal administrativo que realicen las entidades territoriales certificadas en virtud de lo establecido en la ley 715 de 2001.

En relación con el tema de la tercera pregunta, la ley 715 que desarrolla el Acto Legislativo No. 1 de 1991 dispuso que los recursos de la participación para educación del 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[23]- art. 15 -; que los compromisos que adquieran los departamentos, distritos y municipios certificados para la prestación de los servicios educativos a su cargo, cuando se adquieran con recursos del SGP, no podrán superar el monto de la participación para educación en la respectiva vigencia fiscal, certificada por el Departamento Nacional de Planeación, para cada entidad territorial; que los departamentos, distritos y municipios no podrán autorizar plantas de personal docente o administrativo a cargo del SGP que superen el monto de los recursos de éste y que con cargo a los recursos del Sistema General de Participaciones no se podrán crear prestaciones ni bonificaciones por parte de las entidades territoriales - art. 21 - y que a los docentes, directivos docentes y **funcionarios administrativos de los planteles**

[22] Se destaca que las certificaciones y actas de entrega del servicio educativo se suscribieron, casi en su totalidad, antes de la expedición del A.L. No. 1/01, lo que implica que los mayores costos fueron calculados. Ver sentencia del 20 de febrero de 2003 de la Sección Segunda, Subsección "B" del Consejo de Estado, expediente 08001-23-31-000-1994-9207-01, actor Melson RÍOS Mazo.

[23] Ver sentencia C-871l de 2002.

educativos que se financien con recursos del SGP "(...) sólo se les podrá reconocer el régimen salarial y prestacional establecido por ley o de acuerdo con esta" - art. 38 -. [24]

La ley también fue clara al señalar que ningún departamento, distrito o municipio podrá vincular o contratar empleados administrativos, con recursos diferentes de los del SGP, sin contar con los ingresos corrientes de libre destinación necesaros para financiar sus salarios y los demás gastos inherentes a la nómina incluidas las prestaciones sociales, en el corto, mediano y largo plazo. ^En ningún caso los administrativos vinculados o contratados con recursos propios podrán ser financiados con cargo al SGP, sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil, disciplinaria y fiscal de quienes ordenen y ejecuten la vinculación o contratación. En ningún caso la Nación cubrirá gastos de personal distintos a los autorizados por la ley - art. 23 -[26].

De esta manera la fijación de plantas de personal administrativo en las entidades territoriales se sujetó a las restricciones presupuéstales 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 [27].

[24] En este mismo sentido el artículo 67 del decreto 1278 de 2002 dispuso: " El régimen salarial y prestacional del personal administrativo de los establecimientos educativos estatales, con cargo a los recursos del Sistema General de Participaciones, será el dispuesto por las normas nacionales." La expresión "salarial" de esta disposición fue demandada ante la Corte Constitucional, por considerarse que desconocía normas superiores que otorgan a las corporaciones administrativas de elección popular la facultad de determinar las escalas de remuneración de las distintas categorías de empleo al interior de la administración departamental y municipal, así como de la atribución de los gobernadores y los alcaldes de fijar sus emolumentos. Sobre el particular la Corte sostuvo en la sentencia C-623 de 2003 que el régimen salarial del personal administrativo de los establecimientos educativos departamentales y municipales, con cargo a los recursos del SGP, es el consagrado por las normas que ha expedido o en el futuro expida el Congreso y el Gobierno Nacional. "No obstante, este marco normativo, no implica que las corporaciones administrativas de elección popular y los Gobernadores y Alcaldes queden limitados para el ejercicio de las funciones que por mandato constitucional deben cumplir en el tema salarial, dentro de los límites que el texto fundamental y la ley imponen".

[25] "Art. 23 (...) Los municipios no certificados o los corregimientos departamentales no podrán vincular o contratar docentes, directivos docentes ni funcionarios administrativos para el sector educativo, o contratar bajo cualquier modalidad personas o instituciones para la prestación del servicio; dicha función será exclusiva del respectivo departamento" - sentencia C-617 de 2002 -

[26] Cabe recordar que tiene carácter excepcional la acumulación de los costos en educación prevista en el Acto Legislativo No. 1 de 2001: con cargo al situado fiscal, participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación y las transferencias complementarias al situado fiscal para educación - particularmente los costos por concepto de administrativos pagados con situado fiscal y personal administrativo de los planteles educativos departamentales y municipales pagados con recursos propios, todos ellos a 1° de noviembre del 2000 -.

[27] El decreto 3020 de 2002 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 decreto fue dictado por el Presidente de la República de Colombia, en su artículo 6° introdujo la figura de la conversión y señaló que ella 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. 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. Así mismo dispuso que previa disponibilidad presupuestal de recursos provenientes del Sistema General de Participaciones de la entidad territorial certificada, las autoridades competentes podrán crear nuevos

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. [2] Este es también el sentido del artículo 1° de la ley 715 que dispone:

"Artículo lo. Naturaleza del Sistema General de Participaciones. El Sistema General de Participaciones está constituido por los recursos que la Nación transfiere por mandato de los

artículos 356 y 357 de la Constitución Política a las entidades territoriales, para la financiación de los servicios cuya competencia se les asigna en la presente ley".

Al igual que lo hizo la ley 60 de 1993, el proceso de incorporación previsto en la ley 715 consagra en el artículo 37 el mecanismo de concertación entre la Nación, los departamentos, distritos y municipios para adoptar en forma conjunta las plantas de personal a fin de prevenir el descontrol de costos.

En conclusión, si existe disponibilidad para sufragar los mayores costos de la homologación, cuando se ha efectuado conforme a derecho, debe asumirlos el SGP y si así no ocurre serán de cargo de la Nación. Si la entidad territorial homologó e incorporó contrariando el orden jurídico superior, o los compromisos contenidos en actas, deben responder por las obligaciones derivadas de ellos con sus recursos propios y en cumplimiento de la concurrencia en la financiación de los servicios educativos a cargo del Estado, sin perjuicio de las acciones disciplinarias o de lesividad que resultaren pertinentes.

---

cargos de docentes, directivos docentes y administrativos, siempre que se cumplan los fines, criterios y parámetros establecidos en la Ley 115 de 1994, en la Ley 715 de 2001 y en el mismo decreto, -art. 7°- y en lo que respecta concretamente a la planta de personal administrativo, el artículo 13 es claro al señalar que las entidades territoriales establecerán la planta de personal de los niveles profesional, técnico, administrativo y operativo con estricta sujeción al régimen de nomenclatura y clasificación de empleos señalado en el decreto 1569 de 1998, sin superar los costos que por este concepto fueron asumidos por el SGP.

[28] La Corte en sentencia C- 466/97 reitera que resulta inconstitucional que la Nación asuma gastos para sufragar actividades que según la ley 60 de 1993 - parág. Art. 21 - son de competencia de las entidades territoriales y deben ser cumplidas con recursos provenientes de transferencias, situación no predicable del caso en estudio, pues tanto en vigencia de la ley en cita como en la de la ley 715 los costos adicionales son producto de los procesos de incorporación y descentralización de la educación, que constituyen un deber legal para los entes mencionados.

La Sala responde

1.- Las entidades territoriales, como consecuencia del proceso de descentralización del servicio educativo, previa la homologación de los cargos previstos en las plantas de personal nacional y departamentales en lo relacionado con la clasificación, funciones, requisitos, responsabilidades y remuneración, etc. de los empleos, incorporan en iguales o equivalentes condiciones el personal administrativo que reciban en virtud de la certificación.

2.- En virtud de lo dispuesto por el artículo 3° de l Acto Legislativo No. 1 de 2001, que modificó el artículo 357 de la Constitución, el Sistema General de Participaciones debió comprender en la base inicial, a 1° de noviembre de 2000, los costos provenientes de la homologación e incorporación del personal administrativo realizada por las entidades territoriales con fundamento en la ley 60 de 1993. Si así no se hizo y los mayores costos por los conceptos mencionados provienen de homologaciones realizadas conforme a la normatividad aplicable para la adopción de las plantas, la Nación debe asumirlos; de lo contrario, serán de cargo de los departamentos.

3.- 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 asumirlos 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.

Transcríbase a la señora Ministra de Educación Nacional. Igualmente, envíese copia a la secretaria Jurídica de la Presidencia de la República.

FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ ARCE
PRESIDENTE DE LA SALA

ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO

GUSTAVO APONTE SANTOS

GLORIA DUQUE HERNANDEZ

ELIZABETH CASTRO REYES
SECRETARIA

26 ABR 2005 AUTORIZADA LA PUBLICACION CON OFICIO No. 180180.