

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: DARÍO QUIÑONES PINILLA ,

Bogotá, D.C., seis (6) de mayo de dos mil cuatro (2004)

Radicación número: 23001-23-31-000-2003-01277-01

Actor: JUAN BAUTISTA CANTERO FAJARDO

Acción de Cumplimiento

Procede la Sala a decidir la impugnación presentada contra la sentencia dictada el 16 de diciembre' de 2003 por el Tribunal Administrativo de Córdoba, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda presentada en ejercicio de la acción de cumplimiento por el Señor Juan Bautista Cantero Fajardo.

/- ANTECEDENTES

1. LA SOLICITUD

A.- PRETENSIONES

El Señor Juan Bautista Cantero Fajardo, por intermedio de apoderado, ejerció la acción de cumplimiento contra el Departamento de Córdoba, con el objeto de que se le ordene al Gobernador de esa entidad territorial el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 715 de 2001 y, en consecuencia, proceda a nombrarlo provisionalmente en la planta de personal docente de ese Departamento, con efectos fiscales desde el 1° de enero de 2002. Adicionalmente, solicita que se condene en costas a la entidad demandada.

B.-HECHOS

Como fundamento de la acción, el demandante expone los hechos que se pueden resumir de la siguiente forma:

1°. Estuvo vinculado mediante orden de prestación de servicios como Docente al servicio de la Institución Educativa "Divino Niño La Madera" del Municipio de San Pelayo desde el año de 1992 hasta el 30 de noviembre de 2003 (sic). Dicho cargo no fue objeto de supresión en el proceso de reorganización educativa.

2°. El 22 de diciembre de 1999 obtuvo el título de Licenciado en Educación infantil con énfasis en Educación Física, Recreación y Deportes.

3°. Se encuentra debidamente inscrito en el Escalafón Nacional Docente, en el grado 11, lo cual lo habilita para ejercer cargos de la carrera docente.

4°. Cumple con todos los requisitos que el artículo 5 del Decreto 2277 de 1979 exige para ocupar cargos docentes.

5°. Pese a que el artículo 38 de la Ley 715 de 2001 ordena vincular provisionalmente a los educadores que se encuentren en cualquiera de las hipótesis allí contempladas -dentro de la cuales se encuentra él-, el

Departamento demandado no ha cumplido tal obligación, a excepción de algunos docentes del Municipio de Ayapel.

6°. A fin de constituir en renuencia a la entidad demandada, solicitó al Gobernador del Departamento de Córdoba el cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 715 de 2001, pero éste se rehusó al acatamiento de dicha norma.

2. CONTESTACIÓN

La apoderada del Departamento de Córdoba contestó la demanda y manifestó su oposición a las pretensiones de la misma.

En relación con los hechos expuestos en la demanda aclaró que al actor no le es aplicable el artículo 5 del Decreto 2277 de 1979 y que no es cierto que el Departamento de Córdoba se haya negado a vincular al demandante - dado que éste continúa laborando mediante orden de prestación de servicios-, como tampoco lo es que esa entidad haya efectuado nombramientos provisionales de docentes en el Municipio de Ayapel.

Como sustento de su oposición a lo pretendido por el demandante, manifestó que la administración departamental se encuentra imposibilitada para efectuar nombramientos provisionales, mientras no se fije la planta de cargos, pues así lo dispone el artículo 34 de la Ley 715 de 2001, en concordancia con el parágrafo del artículo 13 del Decreto 1278 de 2002. Al respecto, agregó que, como quiera que los derechos de los docentes quedaron sujetos a dicha condición, los mismos no son más que meras expectativas y, por tanto, no susceptibles de ser exigidas por la vía de la acción de cumplimiento.

3. LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal Administrativo de Córdoba negó las pretensiones de la solicitud de cumplimiento formulada por el demandante.

Para adoptar esa decisión consideró que, en las condiciones actuales, no existe para el Departamento demandado una obligación clara, expresa y exigible de nombrar al demandante, pues para ello debe estar previamente establecida la planta de personal docente, la cual aún no ha sido fijada por la Nación. Adicionalmente, consideró que el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 715 de 2001 implicaría un gasto, dado que requeriría efectuar las apropiaciones presupuestales del caso para el pago de los salarios y prestaciones del docente nombrado.

4-LA IMPUGNACIÓN

El demandante impugnó la sentencia del Tribunal y, como fundamentos de su inconformidad, manifestó, en resumen, lo siguiente:

1°. Si bien es cierto que según la Ley 715 de 2001 es competencia especial de la Nación la fijación de la planta de personal de las entidades territoriales, ello no conduce a que la respectiva entidad territorial certificada pierda tal competencia; antes bien, se trata de una competencia que se entiende conjunta con la Nación, según lo prevé el artículo 37 de la citada ley.

2°. El artículo 13 del Decreto 1278 de 2002, que regula el nombramiento provisional de los educadores contratados en las vacantes que resulten luego de que se fije la planta de personal, no resulta aplicable a los "docentes contratados" mientras éstos no ingresen a la carrera docente. Además, dicha norma no puede excusar el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 715 de 2001, no sólo porque esta última es norma de superior jerarquía, sino porque la Corte Constitucional fijó los criterios para su interpretación mediante la sentencia C-793 de 2002.

3°. Para la fecha de impugnación del fallo se encuentra superado el término otorgado en la ley para la fijación de la planta de personal docente de las entidades territoriales, "por lo que se ha configurado un pecho sobreviviente, que altera las condiciones de hecho para que se produzca un fallo favorable".

4°. No es cierto que la norma invocada como incumplida implique un gasto, pues a nivel constitucional (Acto Legislativo 01 de 2001) ya fueron presupuestados los recursos para atender el nombramiento provisional de los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 2002.

//.- CONSIDERACIONES

El artículo 87 de la Constitución Política consagró la acción de cumplimiento como un mecanismo para que toda persona pueda "acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, ja sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido". En este mismo sentido, el artículo 1° de la Ley 393 de 1997, señaló que "Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial definida en esta ley para! Hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos".

En consecuencia, la acción de cumplimiento es un instrumento idóneo para exigir a las autoridades públicas o a los particulares que actúan en ejercicio de funciones públicas que cumplan real y efectivamente las normas con fuerza material de ley y los actos administrativos.

De las normas invocadas como incumplidas.

En el caso en estudio el Señor Juan Bautista Cantero Fajardo, por intermedio de apoderado, ejerce la acción de cumplimiento con el objeto de que se ordene al Gobernador del Departamento de Córdoba que cumpla lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 715 de 2001 y, en consecuencia, lo vincule de manera provisional a la planta de personal docente de ese Departamento.

Ocurre que mediante la citada ley, el Congreso de la República dictó normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 de la Constitución Política, y dictó otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.

El artículo de esa ley, cuyo cumplimiento se pretende a través de la acción interpuesta, es el siguiente:

"Artículo 38. Incorporación de docentes, directivos docentes y administrativos a los cargos de la 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 dé 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.

Los docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos de los planteles educativos que a 1° de noviembre de 2000 se encontraban contratados en departamentos y municipios por órdenes de prestación de servicios, y que cumplan los requisitos para el ejercicio del respectivo cargo, y cuyos contratos fueron renovados en el año 2001, por el municipio o el departamento, indistintamente, serán vinculados de manera

provisional durante el año lectivo de 2002. Mientras ello ocurre, deberán, los departamentos y municipios, renovarles los contratos a más tardar el 1° de febrero de 2002.

Los docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos de los planteles educativos que demuestren que estuvieron vinculados por órdenes de prestación de servicios por los departamentos o municipios, dentro de los dos meses antes y el 1° de noviembre de 2000, demostrando solución de continuidad durante ese período, y que cumplan los requisitos del cargo, serán vinculados de manera provisional durante el año 2002.

Los docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos de los planteles educativos que a 1° de noviembre de 2000 se encontraban contratados en departamentos y municipios por órdenes de prestación de servicios, y que cumplan los requisitos para el ejercicio del respectivo cargo, y cuyos contratos no fueron renovados en el 2001, serán vinculados durante el año 2002 de manera provisional, previa identificación y verificación de requisitos, salvo que sus contratos hayan sido suprimidos como resultado del proceso de reorganización del sector educativo o de la entidad territorial.

Parágrafo 1°. Para los efectos del presente artículo los servidores públicos que realicen funciones de celaduría y aseo se consideran funcionarios administrativos.

Parágrafo 2°. Para los efectos de la presente ley se entiende por orden de prestación de servicios toda relación contractual directa entre, un departamento o municipio y un docente o administrativo para la prestación de servicios de enseñanza o administrativos en una institución educativa oficial, por un término no inferior a cuatro meses, con dedicación de tiempo completo, exceptuando los que se nombran o contratan para reemplazar docentes, directivos docentes o administrativos en licencia, horas cátedra y otra modalidad que no implique vinculación de tiempo completo".

De manera que, a través de esa norma se reguló una forma transitoria de vinculación laboral de los docentes, que es, precisamente, aquella que el demandante pretende por la vía de la acción de cumplimiento.

En efecto, esa norma ordena a las respectivas entidades territoriales vincular de manera provisional en las plantas financiadas con recursos del sistema general de participaciones a los docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos de los planteles educativos que (i) a 1° de noviembre de 2000 se encontraban contratados en departamentos y municipios por órdenes de prestación de servicios, (ii) cumplan los requisitos para el ejercicio del respectivo cargo y (iii) cuyos contratos fueron renovados en el 2001 por los municipios o departamentos.

De la procedencia de la acción interpuesta.

De conformidad con el parágrafo del artículo 9° de la Ley 393 de 1997, la acción de cumplimiento "no podrá perseguir el cumplimiento de normas que establezcan gastos".

Esa norma, como lo advirtió la Sección Primera del Consejo de Estado¹, fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia en la que precisó que la misma impide el ejercicio de la acción de cumplimiento para pretender que el juez ordene la ejecución de una partida incluida en el presupuesto. Así, la Corte, en sentencia C-157 del 29 de abril de 1998, expresó:

"Las órdenes de gasto contenidas en las leyes, por sí mismas no generan constitucionalmente a cargo del Congreso o de la administración correlativos deberes de gasto. No puede, en consecuencia, extenderse a ésta componente de las normas legales, la acción de cumplimiento. La aprobación legislativa de un gasto es condición necesaria, pero no suficiente para llevarlo a cabo. En efecto, según el artículo 345 de la C.P., no puede hacerse erogación alguna con cargo al tesoro que no se halle incluida en la ley de presupuesto. Igualmente, corresponde al gobierno decidir libremente qué gastos ordenados por las leyes se incluyen en el respectivo proyecto de presupuesto (C.P. art. 346).

"Finalmente, las partidas incorporadas en la ley anual de presupuesto no corresponden a gastos que 'inevitablemente' deban efectuarse por la administración, puesto que su carácter es el de constituir 'autorizaciones máximas de gasto'. El artículo 347 de la Carta Política, en punto a las apropiaciones del presupuesto precisa que en ellas se contiene 'la totalidad de gastos que el Estado pretenda realizar durante la vigencia fiscal respectiva'. De ninguna manera se deriva de la Constitución el deber o la obligación de gastar, aún respecto de las apropiaciones presupuestales aprobadas por el Congreso.

"En el marco de la acción de cumplimiento, facultar al juez para que el gasto previsto en una ley se incorpore en la ley de presupuesto o que la partida que en ésta se contempla se ejecute, quebranta el sistema presupuestal diseñado por el constituyente, lo mismo que el orden de competencias y procedimientos que lo sustentan. La acción de cumplimiento tiene un campo propio en el que ampliamente puede desplegar su virtualidad. La eficacia del novedoso mecanismo debe garantizarse y promoverse por la ley. Sin embargo, ello no puede perseguirse a costa de alterar las restantes instituciones y mecanismos constitucionales."

Ahora bien, como el artículo 38 de la Ley 715 de 2001 ordena la vinculación de docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos de los planteles educativos a las plantas de los departamentos y municipios financiadas con recursos del sistema general de participaciones, su

Sentencia de 24 de junio de 1999. Expediente ACU-770.

cumplimiento necesariamente implicaría gastos en la medida en que impondría a la respectiva entidad territorial la obligación de cancelar los salarios y prestaciones correspondientes a quienes se llegasen a vincular. Así lo ha sostenido esta Sala en reiteradas oportunidades².

En esta forma la acción, en cuanto pretende el cumplimiento de esa disposición, resulta improcedente.

No obstante lo anterior, cabe señalar que el Decreto 1278 de 2002, en su artículo 13 dispone que cuando se trate de proveer transitoriamente empleos docentes, los nombramientos deben realizarse en provisionalidad con personal que reúna los requisitos del cargo, de acuerdo con los parámetros fijados en esa norma. Y su parágrafo prevé que los docentes contratados por órdenes de prestación de servicios que tienen el derecho a ser vinculados en provisionalidad conforme al artículo 38 de la Ley 715 de 2001, se regirán por las normas de ese Estatuto "y, por ende, nombrados provisionalmente de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, en los cargos vacantes de la planta de personal que fije la Nación en ejercicio de su competencia especial dada por el artículo 40 de la Ley 715 de 2001".

De manera que, en aplicación de esa disposición, la incorporación provisional de los docentes a los que alude el artículo 38 de la Ley 715 de 2001, está condicionada a la fijación de la planta de personal por parte de la Nación, la cual, según se expresa en el escrito de contestación de la demanda, aún no ha sido fijada.

En esta forma, la sentencia impugnada será modificada en cuanto negó las pretensiones de la demanda para, en su lugar, rechazar, por improcedente, la acción de cumplimiento interpuesta.

² Entre otras, sentencias del 27 de septiembre de 2002, expediente 2002-0500 y del 14 de octubre del

///. LA DECISIÓN

Por lo expuesto, EL CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A:

1°. Modifícase la sentencia dictada el 16 de diciembre de 2003 por el Tribunal Administrativo de Córdoba, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda de acción de cumplimiento interpuesta por el Señor Juan Bautista Cantero Fajardo. En su lugar, por improcedente, se rechaza la acción de cumplimiento.

2°. Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

MARIA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZON

Presidenta

REINALDO CHAVARRO BURITICÁ

Ausente con Excusa

FILEMON JIMÉNEZ OCHOA

DARÍO QUIÑONES PINILLA

MERCEDES TOVAR DE HERRÁN

Secretaria General