CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas

Bogotá, D. C., catorce (14) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación No.: 2301
Expediente: 11001-03-06-000-2016-00109-00
Referencia: Homologación del servicio educativo – modificación, estudios técnicos requeridos, pago y prescripción-.

RESERVADO

El Ministerio de Educación Nacional consulta a esta Sala sobre la homologación y nivelación salarial del personal administrativo recibido por las entidades territoriales en virtud de la descentralización del servicio educativo, en particular, sobre los requisitos legales para otorgarla, las competencias de la Nación y las entidades territoriales sobre la materia, los recursos con los que debe pagarse y la prescripción de dicha figura.

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con el organismo consultante, el asunto tiene los siguientes antecedentes normativos:

1. Mediante las Leyes 60 de 1993 y 715 de 2001, sobre descentralización administrativa de la educación, y 443 de 1998 y 909 de 2004, sobre carrera administrativa, los empleados del servicio educativo del orden nacional fueron incorporados a las plantas de personal de las entidades territoriales.

2. Como quiera que surgieron dudas en relación con las condiciones en que debía hacerse este proceso de incorporación, el Ministerio de Educación Nacional consultó a la Sala de Consulta y Servicio del Consejo de Estado para saber si debía aplicarse alguna regla de igualdad salarial entre los funcionarios que se recibían de la Nación y los que ya cumplían las mismas funciones en la entidad territorial (homologación). Se preguntó además, en caso de que la respuesta al anterior interrogante fuera afirmativa, a cargo de quién estaba la obligación presupuestal del proceso de homologación, incluyendo el pago de la nivelación salarial, los retroactivos y su respectiva indexación.

RESERVADO

3. La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el Concepto 1607 de 9 de diciembre de 2004, estableció que efectivamente debía cumplirse un proceso de homologación con los funcionarios recibidos de la Nación (para cumplir la máxima de trabajo igual-salario igual). Pero además señaló que esas 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. Y en relación con los recursos necesarios para la homologación señaló:

> *"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 3º del 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 1º 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".*

4. De esta manera, la incorporación de los empleados del servicio educativo del orden nacional en las plantas de personal de las entidades territoriales implicó la homologación del cargo desempeñado en la entidad territorial receptora, una nivelación salarial y, en algunos casos, el reconocimiento de un retroactivo.

5. En el Plan Nacional de Desarrollo 2002-2006 se reconoció la dificultad de las entidades territoriales para asumir los costos derivados de la descentralización de la educación, razón por la cual el Ministerio de Educación Nacional expidió la Directiva Ministerial 10 de 2005, mediante la que señaló, entre otros aspectos, que el procedimiento de homologación del personal incorporado en la plantas territoriales de personal se sujetaba al estudio técnico al cual hizo referencia la Sala de Consulta y Servicio del Consejo de Estado.

6. Finalmente, el organismo consultante señala que las entidades territoriales tienen la competencia para realizar los estudios técnicos necesarios para las homologaciones, en la medida en que cuentan con los soportes documentales y la capacidad administrativa para ello, y que al ministerio solo le corresponde la validación del material aportado por las dichas entidades para la realización de dichos estudios.

Con base en lo anterior, **SE PREGUNTA**:

> *"1. Si la homologación y nivelación salarial de una persona no fue realizada adecuadamente por deficiencias en el estudio técnico realizado para el efecto, ¿tiene derecho a que se le modifique esa homologación y nivelación?; en caso afirmativo:*
>
> *-¿Bajo qué condiciones sería procedente que la entidad territorial realice modificaciones?*
> *-¿Ese derecho prescribe?; ¿en cuánto tiempo y en qué condiciones?*
> *-¿Es la modificación del Estudio Técnico un medio idóneo para subsanar estas deficiencias?*
> *-¿Cuál(es) otro(s) mecanismo(s) sería(n) conducente(s) para realizar este trámite?*
> *-¿Con cargo a qué recursos se deben pagar los costos derivados de la nueva homologación y nivelación salarial?*
> *-¿Opera la prescripción para el pago de retroactivo?; ¿en cuánto tiempo y en qué condiciones?*
>
> *2. Dentro del proceso de homologación y nivelación salarial del personal administrativo del sector educativo, ¿el Ministerio de Educación está facultado para validar y certificar modificaciones a los estudios técnicos presentados por las entidades territoriales?*

II. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico y aclaración previa

De los antecedentes y preguntas presentadas a la Sala puede observarse que el problema central de la consulta gira en torno a la posibilidad de corregir la homologación de cargos hecha por los departamentos y municipios cuando recibieron el personal administrativo vinculado a la educación, como consecuencia de la descentralización de ese servicio ordenada por las Leyes 60 de 1993 y 715 de 2001.

Específicamente se pregunta si es posible hacer ajustes a esa homologación cuando se detectan errores en los estudios técnicos que le sirvieron de soporte; si para ese efecto opera algún tipo de prescripción; cuál es el procedimiento que debe seguirse en esos casos y, finalmente, hasta donde llegan las facultades del Ministerio de Educación para revisar o validar dicho procedimiento.

Para resolver la presente consulta, la Sala analizará (i) los fundamentos del proceso de descentralización del servicio educativo ordenado en las Leyes 60 de 1993 y Ley 715 de 2001; (ii) la homologación y nivelación del personal administrativo de la educación que surgió como consecuencia de ese fenómeno; (iii) la posibilidad de revisar y, si es del caso, corregir ese procedimiento y bajo qué condiciones; (iv) los recursos con los que debe pagarse una eventual revisión de la homologación y nivelación salarial inicial; y (v) la prescripción de las acciones en el supuesto analizado.

La Sala aclara que el presente concepto se refiere exclusivamente a la homologación del personal administrativo del servicio educativo derivada de la descentralización ordenada en las Leyes 60 de 1993 y 715 de 2001, razón por la cual no se extiende a otros supuestos de hecho o de derecho que en casos particulares puedan dar origen a ese fenómeno.

2. La descentralización de la educación

2.1. La Ley 60 de 1993

La Ley 43 de 1975 nacionalizó el servicio público de la educación primaria y secundaria, que hasta ese momento era de competencia de los departamentos, municipios, intendencias, comisarias y el Distrito Especial de Bogotá (art 1°).

La referida ley, en distintos artículos, identifica al "personal adscrito" a los establecimientos educativos como los destinatarios de la nacionalización de la educación, sin distinguir cargo, función o calidad. De tal manera que tanto el cuerpo docente como el personal administrativo que conformaba la planta general de los planteles educativos de primaria y secundaria quedó a cargo de la Nación.

Asimismo, se previó que los gastos de funcionamiento y las prestaciones sociales de la nacionalización del servicio público educativo fueran asumidos por la Nación, para lo cual se congelaría el monto de las asignaciones que las entidades territoriales hubiesen aprobado para el efecto (arts. 1°, 2° y 4°, ibídem).

Posteriormente, la Constitución Política de 1991 cambió sustancialmente la concepción de Estado de la Constitución Política de 1886, sobre todo en materia de organización y autonomía territorial. Para ello otorgó a las entidades territoriales -regiones, departamentos, municipios, provincias, distritos, áreas metropolitanas y territorios indígenas- la capacidad para *"gobernarse por sí mismas, mediante la radicación de funciones en sus manos para que las ejercieran autónomamente"*[1].

[1] Rodriguez R, Libardo. Estructura del Poder Público en Colombia, décimo cuarta edición. Temis. Pág. 27.

RESERVADO

Se inicia así un proceso de descentralización[2] orientado al fortalecimiento de las entidades territoriales que comprende, según el artículo 287 de la Constitución Política, (i) el derecho a gobernarse por autoridades propias; (ii) la posibilidad de ejercer las competencias que les corresponda; (iii) la potestad de administrar sus recursos y tributos; y (iv) el derecho a participar en las rentas nacionales.

Lo anterior, obligó entonces a *"redefinir el marco de competencias y transferencias intergubernamentales, así como también de los espacios entre la Nación, los departamentos y los municipios; a corregir defectos y a completar la legislación en materia de descentralización"*[3], lo que necesariamente cobijó la prestación del servicio educativo que otrora había sido nacionalizada por la Ley 43 de 1975, según se indicó.

Inicialmente se expide la Ley 60 de 1993[4], cuyo propósito general, fundamentado en los artículos 151[5] y 288[6] de la Constitución Política de 1991, fue la redistribución de competencias administrativas de diversa índole, que anteriormente se encontraban asignadas de manera exclusiva a la Nación.

Particularmente, en relación con la administración del servicio educativo, la Ley 60 de 1993 dispuso: *i)* que los departamentos prestarían los servicios educativos estatales y asumirían las obligaciones correspondientes; *ii)* que la ley y sus reglamentos deberían señalar los criterios, régimen y reglas para la organización de

---

[2] Sobre la descentralización administrativa, la Corte Constiucional ha señalado que la Carta Política de 1991 se fundamenta en "*los principios de autonomía y descentralización de que gozan las entidades territoriales para la gestión de sus intereses –artículo 287 de la Constitución-, y de coordinación y concurrencia –artículo 288 de la Constitución-, que se deben acatar al hacer el reparto de competencias entre la Nación y, en este caso, los municipios y distritos*". (Sentencia C-123 de 2014).

[3] Ponencia para primer debate, Proyecto de Ley No. 120 de 1992 – Senado "*Por el cual se dictan Normas Orgánicas sobre la Distribución de Competencias, de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política, y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones*". Gaceta No. 137 de 1993, pág. 1.

[4] "*Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones*"

[5] "*Artículo 151. El Congreso expedirá leyes orgánicas a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa. Por medio de ellas se establecerán los reglamentos del Congreso y de cada una de las Cámaras, las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones y del plan general de desarrollo,* ***y las relativas a la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales****. Las leyes orgánicas requerirán, para su aprobación, la mayoría absoluta de los votos de los miembros de una y otra Cámara*". (Negrillas agregadas).

[6] "*Artículo 288.* ***La ley orgánica de ordenamiento territorial establecerá la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales.***
Las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley". (Negrillas agregadas).

plantas de personal administrativo de los servicios educativos estatales; *iii)* que ningún departamento, distrito o municipio podía vincular empleados administrativos por fuera de las plantas de personal que cada entidad territorial adoptara y *iv)* que los gastos generados con la prestación del servicio educativo por los departamentos se cubrirían con el situado fiscal. (artículo 3º, se subraya)

Se da así una primera etapa de descentralización del servicio educativo, normalmente conocida como la *"departamentalización"* de la educación[7], para cuyo efecto la misma ley dispuso el traslado de la Nación a los departamentos y distritos certificados de los bienes, establecimientos y personal vinculado a la prestación del servicio educativo:

> *"Artículo 15º.- Asunción de competencias por los departamentos y distritos.* ***Los departamentos y distritos que acrediten el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 14 en el transcurso de cuatro años, contados a partir de la vigencia de esta Ley, recibirán mediante acta suscrita para el efecto, los bienes, el personal, y los establecimientos que les permitirán cumplir con las funciones y las obligaciones recibidas.*** *En dicha acta deberán 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".* (Se resalta).

En consecuencia, el personal docente del sector educativo que venía prestando sus servicios a la Nación por mandato legal (Ley 43 de 1975) fue transferido a la respectiva entidad territorial. Dicho personal, otrora nacional, se incorporaba entonces a los departamentos y distritos, con lo cual se rompía el vínculo existente con la Nación.

2.2. La Ley 715 de 2001

Una situación similar ocurrió al expedirse la Ley 715 de 2001[8], con la cual, en orden a reorganizar la prestación de los servicios de educación y salud, se dictaron normas orgánicas en materia de recursos y competencias. Con esta ley se produce una nueva descentralización del servicio educativo, ahora denominada

---

[7] Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 21 de junio de 2016, expediente 2014-00136: "En este punto, la Sala tampoco pasa por alto el hecho que de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 de la Constitución Política el legislador expidió la Ley 60 de 1993 por la cual se dictaron normas orgánicas sobre la distribución de competencias y recursos en materia educativa; abriéndose paso así a la descentralización de la educación, mediante la entrega por parte de la Nación a los departamentos y distritos de los bienes, el personal y los establecimientos educativos."

[8] *"Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros".*

RESERVADO

"municipalización"[9], en atención a que se estableció que los municipios certificados[10] pasarían a administrar de manera autónoma el servicio educativo y los recursos asignados a través del Sistema General de Participaciones para su prestación. Al respecto, el artículo 7°de la ley dispuso:

> "Artículo 7°. Competencias de los distritos y los municipios certificados.
>
> 7.1. Dirigir, planificar y prestar el servicio educativo en los niveles de preescolar, básica y media, en condiciones de equidad, eficiencia y calidad, en los términos definidos en la presente ley.
>
> 7.2. Administrar y distribuir entre los establecimientos educativos de su jurisdicción los recursos financieros provenientes del Sistema General de Participaciones, destinados a la prestación de los servicios educativos a cargo del Estado, atendiendo los criterios establecidos en la presente ley y en el reglamento.
>
> 7.3. Administrar, ejerciendo las facultades señaladas en el artículo 153 de la Ley 115 de 1994, las instituciones educativas, el personal docente y administrativo de los planteles educativos, sujetándose a la planta de cargos adoptada de conformidad con la presente ley (...)" (Se resalta)

La competencia asignada a los distritos y municipios de que trata el artículo anterior, de manera similar a como ocurrió con la Ley 60 de 1993 -artículo 14-, implicó la recepción, por parte de los municipios, del personal perteneciente a las plantas dispuestas para la prestación del servicio educativo, con lo cual desapareció definitivamente la concepción de una educación nacionalizada.

En virtud de esta segunda descentralización, la Ley 715 de 2001 estableció que los empleados del servicio educativo debían ser incorporados a las plantas de personal de los departamentos, municipios o distritos (según el caso)[11], con la claridad de que dicha incorporación también aplicaba para *directivos y personal administrativo de los planteles educativos* y no solamente para los docentes, como había ocurrido con la Ley 60 de 1993. En efecto, el artículo 34 de la Ley 715 de 2001 señaló:

---

[9] "A partir de la promulgación de la Ley 715 de 2001, se buscó municipalizar el servicio educativo que había quedado departamentalizado con la expedición de la Ley 60 de 1993 y para tales fines se dictaron normas orgánicas en materia de recursos y competencias." Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 11 de noviembre de 2010, expediente 2006-01244.

[10] Cabe precisar que los departamentos continuarían administrando el personal docente y administrativo de los planteles educativos de los municipios no certificados.

[11] Para el caso de los municipios y distritos, en la medida en que se certificaran para el efecto: "*Artículo 7°. Competencias de los distritos y los municipios certificados.*
7.1. Dirigir, planificar y prestar el servicio educativo en los niveles de preescolar, básica y media, en condiciones de equidad, eficiencia y calidad, en los términos definidos en la presente ley.
7.2. Administrar y distribuir entre los establecimientos educativos de su jurisdicción los recursos financieros provenientes del Sistema General de Participaciones, destinados a la prestación de los servicios educativos a cargo del Estado, atendiendo los criterios establecidos en la presente ley y en el reglamento".

"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 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".

Así las cosas, el concepto de educación nacionalizada termina definitivamente con la Ley 715 de 2001, toda vez que como se señaló en su exposición de motivos[12], la Ley 60 de 1993 no fue suficiente para alcanzar dicho objetivo, entre otras razones, porque en esa oportunidad no se tuvo en cuenta al personal administrativo con el que se presta el servicio educativo.

3. Homologación y nivelación salarial del personal administrativo del servicio educativo como consecuencia de su incorporación a las plantas de personal de las entidades territoriales

3.1. Aspectos Generales

Como se indicó anteriormente, de acuerdo con lo establecido los artículos 15 de la Ley 60 de 1993 y 34 de la Ley 715 de 2001, el personal adscrito a las plantas de personal del servicio educativo del orden nacional debía ser recibido o incorporado[13] en las plantas existentes o que se crearan para el efecto en las entidades territoriales (departamentos, municipios o distritos), en virtud de la descentralización de la educación.

Se produce así un traslado de los servidores de la educación, los cuales dejaban de pertenecer a la planta de personal de la Nación y pasaban a incorporarse a las plantas de personal de las entidades territoriales. Este proceso se debía hacer de

[12] Gaceta del Congreso No. 500 de 2001. Pág. 23.
[13] La Ley 60 de 1993 utiliza el verbo recibir, en tanto que la Ley 715 de 2001 utiliza el verbo incorporar.

RESERVADO

forma conjunta entre la Nación y los Departamentos, Distritos o Municipios, teniendo en cuenta los criterios establecidos en la ley, tal como dispuso la Ley 715 de 2001:

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

Sin embargo, en la medida en que las condiciones laborales no eran las mismas en la Nación y en las entidades territoriales, se evidenció que podían darse dos circunstancias[14]:

a) Que el personal se pudiera incorporar horizontalmente de la Nación al departamento o municipio 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*".

b) Que la incorporación implicara una necesidad de homologación y nivelación salarial, en la medida que el cargo al que se incorporaba al funcionario proveniente de la Nación tuviera una remuneración mayor en la respectiva entidad territorial.

En relación con la segunda hipótesis surgió entonces la inquietud de hasta dónde debía garantizarse esta homologación y nivelación salarial, de modo que el personal administrativo nacional incorporado a las plantas territoriales no recibiera un trato diferenciado (inferior[15]) al de los servidores del departamento o municipio receptor que cumplieran las mismas funciones.

En el Concepto 1607 de 9 de diciembre de 2004 esta Sala respondió afirmativamente ese interrogante y advirtió que los principios de la función pública determinaban que el traspaso o entrega de tales servidores, "*debía producirse indefectiblemente mediante un proceso de incorporación, el que para su*

---

[14] Concepto 1607 de 2004.

[15] En ningún caso el proceso de homologación podía afectar los beneficios que tuviera el personal trasladado antes de su incorporación a las plantas territoriales y, por ende no podía representar una desmejora de su situación anterior. Ver por ejemplo Sentencia de la Seccion Segunda del Consejo de Estado del 21 de junio de 2016, expediente 2014-00136; igualmente de la Sección Segunda, Sentencia del 22 de julio de 2014, expediente 2012-0127: *"(...) en aquellos eventos en que la homologación y consecuente incorporación conlleve la nivelación de salarios, cuando no procede la incorporación horizontal, siempre bajo el supuesto de la no desmejora en modo alguno de las condiciones laboral, salarial y prestacional (...)"* También Sentencia de 11 de noviembre de 2010, Sección Segunda, Consejo de Estado, expediente 2006-01244: *"La Sala, observa que cuando existe una homologación de cargos y, como en este caso, se pasa a una planta de personal Municipal, que es la que corresponde a Ibagué (Tolima), deben respetarse, en todo caso, los derechos adquiridos del trabajador y, en especial, a no ser desmejorado en sus condiciones laborales."*

RESERVADO

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)"[16]. Así, la Sala concluyó que:

> "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 (...)" (Se resalta)

Con base en lo anterior, el Ministerio de Educación expidió la Directiva Ministerial 10 de 2005 y la "Guía para la homologación de cargos administrativos en las entidades territoriales (2006)", documentos en los cuales se definió la homologación como *"un procedimiento, que mediante la comparación de funciones y requisitos de un empleo existente en determinada planta de personal,* ***procura encontrar un equivalente a éste en la planta de personal receptora de ese empleo*** *como resultado del proceso de descentralización del servicio educativo."*

Posteriormente, la Sección Segunda del Consejo de Estado señaló que *"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."*[17]. Además, en otra providencia más reciente indicó en relación con el proceso de descentralización educativa que:

> "Dicha incorporación suponía, de un lado, que los departamentos tenían que reajustar atendiendo a 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 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

[16] Sobre el particular, también dijo la Sala que de conformidad con el decreto 2400 de 1968 –art. 48-, la incorporación operaba por reorganización de dependencias o el traslado de funciones de 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.

[17] Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 6 de diciembre de 2007. Rad. 85001-23-31-000-2003-01183-01(0283-07).

> respectivos, **sino también de esta manera determinar la remuneración**, lo cual debió cumplirse dentro del proceso de homologación (...)
> Siguiendo las pautas fijadas en las disposiciones legales, así como en la Directiva Ministerial mencionada, se generó en cabeza de los municipios **la obligación de ajustar sus plantas previo proceso de homologación y nivelación,** el cual generó costos adicionales en las plantas administrativas que otorgaron diferencias salariales a favor de algunos funcionarios y que fueron asumidas por la Nación."[18] (Se resalta)

Así, como pone de presente esta sentencia, uno de los principales efectos de la homologación del personal docente de la educación derivada de las Leyes 60 de 1993 y 715 de 2001, fue la eventual necesidad de hacer *nivelaciones salariales* que evitaran situaciones de desigualdad (desfavorables) entre los servidores provenientes del nivel nacional y aquellos que ya se encontraban vinculados al servicio del respectivo departamento o municipio, cumplían en esencia las mismas funciones y tenían un trato salarial más favorable[19].

Ahora bien, dado que la homologación podía implicar un mayor costo en relación con lo que en su momento reconocía la Nación a los funcionarios trasladados, el mismo Concepto 1607 de 2004 aclaró las fuentes presupuestales con las que se debía asumir ese mayor valor, tema para el cual fijó tres reglas básicas:

a) Los costos provenientes de la homologación e incorporación del personal administrativo realizada por las entidades territoriales con fundamento en la Ley 60 de 1993 y la Ley 715 de 2001 serán pagadas con recursos del Sistema General de Participaciones, si existe disponibilidad.

b) Si se producen mayores costos y no hay disponibilidad, el pago de la homologación lo asumirá la Nación.

c) Si el respectivo municipio homologó e incorporó al personal administrativo contrariando el orden jurídico (reconociendo prestaciones o mayores beneficios por fuera del marco legal y por mera liberalidad), responderá con sus recursos propios. Sobre esta regla se hará una precisión más adelante en relación con su imposibilidad jurídica actual.

---

[18] Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 22 de julio de 2014, expediente 2012-0127. En igual sentido Sentencia de la misma Sección Segunda del 11 de noviembre de 2010, expediente 2006-1244, en la que ademas de dijo que en el proceso de homologación "*a no dudarlo no deben existir desmejoras salariales y/o prestacionales, en lo que se refiere a los factores legales*"

[19] Ver por ejemplo Directiva Presidencial No.10 de 2005: "El Ministerio de Educación Nacional, ante las inquietudes formuladas con relación a la viabilidad de la homologación de los funcionarios administrativos del sector educativo y de la consecuente nivelación salarial que puede generar en las respectivas entidades territoriales de las cuales dependen tales funcionarios, encuentra pertinente efectuar las siguientes precisiones (...)".

Como pone de presente la consulta, luego de lo conceptuado por la Sala, los planes nacionales de desarrollo y las leyes anuales de presupuesto acogieron las dos primeras reglas e incluyeron disposiciones específicas sobre las fuentes financieras para el pago de la homologación y las responsabilidades de verificación y validación del Ministerio de Educación, aspecto este que se analizará más adelante de manera separada.

3.2 Carácter reglado de homologación: no es un procedimiento discrecional y debe responder a parámetros técnicos, objetivos y verificables

Como se puede advertir de lo ya señalado, la homologación del personal perteneciente al servicio educativo no operaba de pleno derecho -*ope legis*-, pues comportaba la necesidad de que las entidades territoriales revisaran cómo y en qué condiciones iban a incorporar a sus plantas de personal a los funcionarios administrativos de la educación que venían prestando sus servicios a la Nación.

Además, para la implementación de este proceso de incorporación, las administraciones locales debían tener en cuenta al menos los siguientes parámetros:

(i) La estructura y condiciones de su planta de personal (que era el referente para comparar la situación de los funcionarios que provenían de la Nación), la cual se encontraba sujeta, como hoy en día, al sistema de nomenclatura y clasificación de empleos fijado en la ley[20];

(ii) Los límites y procedimientos fijados por la Nación para la elaboración de las plantas de docentes y personal administrativo por parte de los municipios y distritos, según lo dispuesto en los artículos 5[21] y 40[22] de la Ley 715 de 2001;

---

[20] Inicialmente previsto en el Decreto Extraordinario 1569 de 1998, "*por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de las entidades territoriales que deben regularse por las disposiciones de la Ley 443 de 1998 y se dictan otras disposiciones*"; y, posteriormente, por el Decreto 785 de 2005 "*por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004*".

[21] "**Artículo 5°**. Competencias de la Nación en materia de educación. Sin perjuicio de las establecidas en otras normas legales, corresponde a la Nación ejercer las siguientes competencias relacionadas con la prestación del servicio público de la educación en sus niveles preescolar, básico y medio, en el área urbana y rural: (...)
5.16. Determinar los criterios a los cuales deben sujetarse las plantas docente y administrativa de los planteles educativos y los parámetros de asignación de personal correspondientes a: alumnos por docente; alumnos por directivo; y alumnos por administrativo, entre otros, teniendo en cuenta las particularidades de cada región".

[22] **Artículo 40. Competencias transitorias de la Nación.** Durante el período de transición la Nación tendrá como competencias especiales:
40.1. Fijar procedimientos y límites para la elaboración de las plantas de cargos docentes y administrativos por municipio y distrito, en forma tal que todos los distritos y municipios cuenten con

RESERVADO

(iii) La necesidad de actuar de manera coordinada con la Nación (artículo 37[23] ibídem);

(iv) En relación con cada uno de los funcionaros recibidos de la Nación, *"realizar una equiparación, igualación u homologación verificando la nomenclatura del puesto, sus requisitos y condiciones laborales, las funciones y responsabilidades que tiene, entre otras variables"*[24]; y

(v) La necesidad de obtener la validación y certificación del proceso por parte del Ministerio de Educación Nacional, conforme a lo ordenado en las leyes anuales de presupuesto y los planes nacionales de desarrollo, tal como se analizará más adelante al estudiar lo referente a las fuentes de financiación del proceso de homologación.

Además, como advirtió esta Sala en el Concepto 1607 de 2004 antes citado, el proceso de homologación debía tener en cuenta los límites derivados de los artículos 150-19 (literales e y f) de la Constitución y 12 de la Ley 4 de 1992, según los cuales el Gobierno Nacional tiene competencia para (i) fijar el régimen prestacional de los servidores públicos territoriales y, por tanto, *"no podrán las corporaciones públicas territoriales arrogarse esta facultad"*; y (ii) señalar el límite máximo salarial de estos mismos servidores[25]. Al respecto, dijo la Sala en esa oportunidad:

> "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

---

una equitativa distribución de plantas de cargos docentes y administrativos de los planteles educativos, atendiendo las distintas tipologías.
40.2. Fijar las plantas de personal en las entidades territoriales atendiendo a las relaciones técnicas establecidas.
40.3. Autorizar y trasladar las plazas excedentes a los municipios donde se requieran."

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

[24] Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 11 de noviembre de 2010, expediente 2006-01244.

[25] Ley 4 de 1992. "**Artículo 12º.-** El régimen prestacional de los servidores públicos de la entidades territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente Ley. En consecuencia, no podrán las corporaciones públicas territoriales arrogarse esta facultad. **Parágrafo.-** El Gobierno señalará el límite máximo salarial de estos servidores guardando equivalencias con cargos similares en el orden nacional."

[illegible]FICADO

> 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 cargos similares en el orden nacional".[26]

Conforme a lo anterior, la Sala destaca que la homologación derivada de las Leyes 60 de 1993 y 715 de 2001 debía sujetarse a las reglas y parámetros establecidos en (i) esas leyes y en sus decretos reglamentarios; (ii) los planes de desarrollo y las leyes anuales de presupuesto; (iii) las normas que regían la conformación de las plantas de personal y la estructura de los empleos públicos, y (iv) en las demás directrices y actos administrativos generales que se expidieron en su momento para regular la materia. De este modo, se trató de un procedimiento reglado -en ningún caso discrecional o guiado por la mera liberalidad-, en el que tanto la Nación como las entidades territoriales tenían claramente señaladas sus competencias y el alcance de las mismas.

En este contexto, el artículo 2° del Decreto Reglamentario 3020 de 2002[27] exigía que la adopción de la planta de personal de las entidades territoriales se hiciera mediante un acto administrativo basado en un estudio técnico que siguiera los criterios fijados en la Ley 715 de 2001 y en ese mismo decreto:

> *"Artículo 2°. Planta de personal.* ***Mediante acto administrativo****, la entidad territorial adoptará la planta de personal,* ***previo estudio técnico****, en el que determinen los cargos de directivos docentes, docentes por niveles o ciclos, y administrativos, de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley 715 de 2001 y en este decreto".*

---

[26] 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 sí mismo irracional y desproporcionado."

[27] *"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".*

En igual sentido, la Directiva Presidencial 10 de 2005[28] estableció que el proceso de homologación debía estar sustentado en un estudio técnico que diera cuenta de la necesidad, los parámetros utilizados y la corrección de la homologación:

> **"1. Elaboración de un estudio técnico**
>
> La homologación y nivelación salarial del personal administrativo debe basarse en un estudio técnico cuyo producto es una tabla de homologación de las plantas de cargos con las nivelaciones salariales que de ella se desprendan – en los casos en que el salario del cargo origen sea inferior a aquel del cargo destino- . Dicho estudio debe contener específicamente lo siguiente:
>
> 1.1 Un análisis comparativo y detallado, cargo por cargo, de la planta de personal administrativo transferida, con la planta de personal administrativo de la entidad territorial receptora, en el año que se produjo la incorporación y en los años posteriores para determinar la existencia o no de diferencias, por razón de denominación, código y grado, y su incidencia en la asignación salarial. Como resultado de este estudio debe elaborarse una tabla de homologación de planta de cargos. Dicha tabla incluirá la clasificación (código y grado), funciones, requisitos y asignación salarial para todos los cargos que incluyan las dos plantas de personal, indicando claramente el cargo homologado.
>
> 1.2 La identificación de las diferencias salariales y prestacionales que persisten actualmente por no haber adelantado el proceso de homologación y nivelación salarial con la identificación por cargo, de la asignación básica y demás costos inherentes a la nómina, debidamente desagregado."

La importancia de este estudio técnico ha sido puesta de presente por la jurisprudencia del Consejo de Estado, que en relación con el mismo ha señalado lo siguiente:

> "Es así como, los artículos 34 y 38 de la Ley 715, establecieron expresamente el procedimiento a seguir para incorporar las plantas financiadas con recursos del Sistema General de Participaciones, antes Situado Fiscal, el cual se debía llevar a cabo a más tardar el 21 de diciembre de 2003, para ello, **previo estudio técnico se tenían que fijar las plantas de personal docente, directivo docente y administrativos de los planteles educativos, y luego proceder a la provisión de dichos cargos en la plantas de personal adoptadas por las entidades territoriales para la prestación del servicio educativo, incorporándolos a las mismas.**
>
> Obsérvese como, la municipalización de la educación igualmente se cumplió mediante un proceso de incorporación y homologación de cargos, que para el caso del personal administrativo del servicio educativo, generó costos **derivados del estudio técnico que involucraba el grado de remuneración que correspondía a**

[28] Igualmente la "Guía para la homologación de cargos administrativos en las entidades territoriales (2006)" del Ministerio de Educación.

las funciones que debían cumplir, los requisitos exigidos para el cargo conforme a las necesidades del servicio, y a los elementos estructurales del empleo, amparados en criterios de igualdad y equivalencia, frente al personal que laboraba en las plantas de las entidades municipales."[29] (Se resalta)

De este modo, la incorporación del personal administrativo de la educación a las plantas territoriales debió basarse en situaciones objetivas y verificables a partir de las cuales se pudiera determinar la corrección de ese procedimiento (tanto normativa como técnica) y las eventuales necesidades de homologación y nivelación salarial.

Cabe aclarar en todo caso, que el estudio técnico no era suficientemente por sí mismo para generar la incorporación y la homologación de los funcionarios trasladados a las plantas territoriales, pues era necesario que cada entidad territorial expidiera:

(i) un acto administrativo general de incorporación y, en los casos en que fuera necesario, de homologación y nivelación salarial; y

(ii) los actos administrativos de carácter particular y concreto que definieran una a una la situación de cada persona, especificara el cargo al cual era homologado cada funcionario y determinara ***"la nivelación salarial respectiva -si a ella hay lugar según el estudio técnico-".***[30]

De este modo, es importante tener en cuenta que el *estudio técnico* reviste importancia, no como acto administrativo definitivo (como pareciera entenderlo el organismo consultante), sino como antecedente y elemento esencial de la motivación de los actos administrativos tanto generales como particulares que debieron expedir las entidades territoriales para hacer la incorporación y, si era del caso, la nivelación salarial de los funcionarios administrativos de la educación recibidos de la Nación. En este sentido, frente al escenario de estudios técnicos deficientes (pregunta 1 de la consulta), lo que se afectaría no es la "legalidad" de dichos estudios, sino la de los actos administrativos que se expidieron con base en ellos.

Debe advertirse de otra parte, que la homologación produce efectos en el tiempo (**a futuro**), en la medida en que de la forma en que se haya hecho la incorporación del personal trasladado a las plantas territoriales, se deriva el régimen de remuneración actual de dichos servidores. Por ende, una homologación de cargos indebidamente realizada, si así se verifica, deja expuesta a las entidades territoriales a permanentes demandas de los funcionarios vinculados a las plantas territoriales, en

---

[29] Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 22 de julio de 2014, expediente 2012-0127.
[30] Directiva Presidencial 10 de 2005.

tanto y cuanto ese error pueda afectar negativamente su remuneración pasada, actual y futura.

4. La posibilidad de revisar la homologación hecha por los departamentos y municipios en virtud del proceso de descentralización de la educación: procede si se verifica que no se hizo correctamente y está afectando los derechos constitucionales y legales de los funcionarios incorporados a las plantas territoriales

Ahora bien, el organismo consultante pregunta a la Sala si es posible revisar la homologación hecha por los departamentos y municipios en virtud del proceso de descentralización de la educación ordenado en las Leyes 60 de 1993 y 715 de 2001, en la medida que se pueda determinar que "*no fue realizada adecuadamente por deficiencias en el estudio técnico realizado para el efecto*" (pregunta 1).

Para responder este interrogante cabe decir en primer lugar que el vocablo homologar significa *"equiparar, poner en relación de igualdad dos cosas"*[31], lo cual en el caso particular analizado, tenía una doble perspectiva: como deber y como derecho.

En efecto, desde el punto de vista del Estado, homologar significaba, como ya se vio, *el deber* que tenían las entidades territoriales de poner en condiciones de igualdad con sus servidores, a los funcionarios administrativos del servicio educativo provenientes de la Nación y que se incorporaban a sus propias plantas de personal en virtud de la descentralización prevista en las Leyes 60 de 1993 y 715 de 2001. En particular, la homologación obligaba a constatar las eventuales necesidades de *nivelación salarial* para que todos los servidores administrativos de la educación, tanto los que ya estaban vinculados a la entidad territorial como los que se incorporaban a sus plantas de personal en virtud de la descentralización educativa, gozaran de las mismas condiciones salariales y prestacionales.

Por su parte, desde el punto de vista de los funcionarios trasladados, la homologación y, particularmente, la nivelación salarial derivada de ella, son una expresión del derecho a la igualdad (artículo 13 C.P.) y de las garantías laborales mínimas establecidas en el artículo 53 ibídem. Como lo ha puesto de presente la jurisprudencia, los funcionarios trasladados tenían derecho a que al momento de su incorporación a las plantas territoriales se verificara que no quedarían en una situación laboral desfavorable en relación con las de sus pares en el respectivo departamento o municipio[32].

---

[31] Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española, en: www.rae.es.

[32] Por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia del 22 de julio de 2014, expediente 2012-0127, que al referirse a la homologación señaló que debía orientarse por *"criterios de igualdad y equivalencia, frente al personal que laboraba en las plantas de las entidades municipales."* Igualmente, de la misma corporación y sección, la Sentencia del 11 de noviembre de 2010

Desde esta segunda perspectiva (la del funcionario trasladado), la homologación se encuentra directamente relacionada con el derecho a la igualdad material y a la aplicación del principio *"a trabajo igual, salario igual"*, respecto del cual la Corte Constitucional en sentencia de unificación jurisprudencial señaló lo siguiente:

> "El artículo 53 de la Constitución señala perentoriamente principios mínimos que el legislador debe tener en cuenta cuando dicte las normas integrantes del Estatuto del Trabajo y uno de ellos es justamente aquel según el cual todo trabajador tiene derecho a una remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, **aspecto éste último que se expresa, como lo ha venido sosteniendo la Corte, en términos de igualdad: "a trabajo igual, salario igual".** La norma constitucional, además de estar encaminada a la protección especial del trabajo en condiciones dignas y justas, es un desarrollo específico del principio general de la igualdad, inherente al reconocimiento de la dignidad humana, que impone dar el mismo trato a las personas que se encuentran en idéntica situación aunque admite la diversidad de reglas cuando se trata de hipótesis distintas. Toda distinción entre las personas, para no afectar la igualdad, debe estar clara y ciertamente fundada en razones que justifiquen el trato distinto. Ellas no procederán de la voluntad, el capricho o el deseo del sujeto llamado a impartir las reglas o a aplicarlas, sino de elementos objetivos emanados cabalmente de las circunstancias distintas, que de suyo reclaman también trato adecuado a cada una"[33]. (Se subraya).

De manera que la homologación no podía ser un asunto puramente formal o de asignación discrecional por las entidades territoriales. Materialmente debió asegurar que los funcionarios recibidos de la Nación e incorporados a sus plantas de personal recibieran el mismo trato de las personas que ya se encontraban vinculadas a ellas y desempeñaban funciones iguales o similares.

(expediente 2006-1244). Asimismo puede verse Sentencia de Tutela de la Corte Suprema de Justicia del 29 de julio de 2008, expediente 21805: *"Para la Corte resulta discriminatorio que a otros empleados del Departamento, tal cual da cuenta la documentación de folios 50 y 51 del cuaderno de tutela, se les haya reconocido, la homologación y nivelación salarial, como lo hizo saber la Secretaria de Educación Departamental, mientras que al actor, a pesar de cumplir con los requisitos para obtener estos beneficios, aún no le han sido reconocidos, ni han sido satisfechas sus pretensiones."*

[33] Corte Constitucional, Sentencia SU-519 de 1997. En la Sentencia T-102 de 1995 la Corte Constitucional ya había señalado: *" (...) la igualdad salarial en las condiciones anotadas tiene rango constitucional y no simplemente legal, puesto que la igualdad de oportunidades para los trabajadores es un derecho fundamental sustentado en los artículos 1°, 13, 25 y 53 de la C.P. Y, en otro fallo reciente se dijo: "Esta igualdad implica que el trabajador, en lo relativo a su retribución, depende de sus habilidades y de la labor que desempeña, y no de las condiciones o circunstancias de su patrono. Esto es el fundamento de una de las máximas del derecho laboral: a trabajo igual, salario igual".* Asimismo, en Sentencia T-018 de 1999, la Corte dijo que *"con base en el derecho fundamental contenido en el artículo 13 de la Carta Política es que se ha dado desarrollo al principio de "a trabajo igual, salario igual".* También pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-466 de 1996 y T-394 de 1998. Y de forma más reciente, Sentencias C-313 de 2003, T-833 de 2012 y T-157 de 2014.

Por tanto, si la homologación derivada de las Leyes 60 de 1993 y 715 de 2001 se hizo con base en *estudios técnicos deficientes* (como dice el organismo consultante) y esa irregularidad actualmente tiene efectos en los derechos constitucionales y legales de las personas trasladadas de la Nación a las entidades territoriales, la Sala considera que la respuesta al interrogante planteado es necesariamente afirmativa: la homologación podría ser revisada y ajustada a los parámetros constitucionales y legales que la regulan, con el fin de garantizar no solo la legalidad de las decisiones adoptadas en su momento -y que siguen produciendo efectos-, sino, especialmente, los derechos de las personas afectadas por esa anomalía.

No tendría cabida dentro del Estado Social de Derecho, dentro de cuyos fines está la protección de los derechos de las personas por parte del Estado (artículo 2º C.P), la sujeción de las autoridades al principio de legalidad (artículos 4º, 121 y 122 ibídem) y la observancia de las garantías mínimas de los trabajadores (artículo 53 ibídem), que la Administración mantenga situaciones irregulares que afectan derechos constitucionalmente protegidos de sus servidores, más aún cuando las circunstancias que causan dicha violación tienen origen en sus propias actuaciones.

La Sala recuerda que conforme al nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, las autoridades administrativas tienen el deber de proteger los derechos de las personas en sede administrativa y de evitar al máximo la judicialización de aquellos asuntos que puede (debe) solucionar directamente a través de las potestades que le confieren la Constitución y la ley. Así, el artículo 3º de dicho estatuto señala, entre otros aspectos, que las autoridades deberán (i) dar el mismo trato a las personas que se encuentren en los mismos supuestos (principio de igualdad, numeral 3); actuar de buena fe (numeral 4); asumir las consecuencias de sus decisiones (principio de responsabilidad, numeral 7); y buscar que lo procedimientos logren su finalidad y se remuevan de oficio los obstáculos puramente formales que impidan la efectividad de los derechos (numeral 11).

Por tanto, en la medida en que **se verifique** que la homologación analizada no fue realizada en debida forma (según indica la consulta) y que como consecuencia de esa circunstancia los funcionarios incorporados a las plantas territoriales se encuentran indebidamente clasificados y remunerados, existirá una situación irregular que las entidades territoriales deberían corregir para hacer cesar la violación de los derechos vulnerados, garantizar la efectividad del principio de legalidad y evitar reclamaciones y demandas futuras que congestionen a las propias entidades y a la administración de justicia.

5. Forma de corregir la homologación inicial. Exige verificación plena de la irregularidad y de la afectación de los derechos de las personas sobre la cual recayó

Según se indicó, la incorporación de los funcionarios administrativos de la educación

RESERVADO

otrora nacionales, a las plantas territoriales, debió hacerse con fundamento en la Constitución y la ley, mediante actos administrativos generales y particulares que establecieran la forma en que se haría la homologación de los cargos y las eventuales necesidades de nivelación salarial. Como se explicó, dichos actos administrativos debían fundamentarse en estudios técnicos que garantizaran que el proceso de homologación correspondiera a situaciones objetivas y verificables ajustadas a la Constitución y la ley.

Por tanto, si ahora se detecta que los estudios técnicos realizados en su momento por las entidades territoriales tienen deficiencias sustanciales o de fondo que afectan la motivación y legalidad de los actos administrativos de homologación y nivelación salarial expedidos en su momento -y con ello los derechos de los funcionarios incorporados a las plantas territoriales-, lo que correspondería para corregir esa situación sería:

(i) Si las deficiencias afectan *la generalidad* del proceso de incorporación y homologación realizado por la respectiva entidad territorial, se deben modificar o ajustar tanto los actos administrativos generales como los particulares que puedan estar afectados con las irregularidades detectadas.

(ii) Si las deficiencias recaen exclusivamente *sobre casos específicos y aislados*, solamente será necesario corregir los actos particulares y concretos que puedan estar causando la violación de los derechos de las personas afectadas.

Cabe señalar que los actos generales, dado su carácter impersonal y abstracto, pueden ser derogados o modificados en cualquier momento por la Administración, de la misma forma en que el Congreso de la República puede hacerlo en relación con la ley (artículo 150-1 C.P)[34]. Lo importante será que el nuevo acto, al igual que debió observarse con el derogado o modificado, se ajuste a la Constitución y la ley.

---

[34] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 26 de noviembre de 2014, expediente 1998-01093: "Al margen de lo anterior, para los fines que interesan al presente proceso, importa destacar que la diferencia entre la revocatoria de los actos de carácter general (derogatoria) y los de carácter particular estriba en que, en relación con los primeros, tal decisión se puede adoptar en cualquier momento (siempre que no haya agotado sus efectos), con la expedición de otro acto que se limite a dejarlo sin validez, o que modifique su contenido o lo reemplace en su totalidad, sin que para ello se requiera nada más que la voluntad de la administración, pues, debido a su esencia impersonal y abstracta, no consolida una situación jurídica particular y concreta y, por lo mismo, no requiere consentimiento alguno para eliminarlo del universo jurídico." Igualmente, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, Sentencia del 31 de mayo de 2012, expediente 2004-01511: "De otro lado, está claro que para efectos de revocar los actos de contenido general, basta que la Administración decida revocarlos, dada su esencia impersonal y abstracta que no consolida una situación jurídica particular."

RESERVADO

Respecto de los actos particulares y concretos, el artículo 93 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala que *"deberán"* revocarse, cuando violen de manera manifiesta la Constitución Política o la ley (numeral 1), o *"cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona"* (numeral 3º). Esa revocatoria podría consistir, como en el caso analizado, en la corrección o modificación parcial o total del acto inicial. Además, en la medida que la revocatoria no se haga para desmejorar la situación de la persona afectada sino para corregir lo desfavorable de un acto anterior, no requerirá agotar el trámite de autorización previa señalado en el artículo 97 del mismo estatuto.

Ahora bien, en cualquiera de estas dos hipótesis es indispensable que los nuevos actos administrativos (generales y particulares) estén debidamente motivados en las razones jurídicas y de hecho que den cuenta de la necesidad constitucional y legal de revisar la homologación inicial. En particular, para el caso analizado, la modificación de los actos administrativos iniciales exigiría que la revisión de los estudios técnicos originales o la realización de unos nuevos, den plena certeza de:

(i) Las deficiencias de los estudios técnicos iniciales y, por ende, de la necesidad de modificar los actos administrativos expedidos con base en ellos;

(ii) La existencia de situaciones en curso que están siendo afectadas por la homologación irregular anterior;

(iii) La existencia de un nuevo estudio técnico debidamente revisado y verificado, de manera que los actos administrativos modificatorios se ajusten a la Constitución y la ley y se garantice que no será necesario hacer nuevas revisiones de la homologación.

La Sala considera que sin nuevos estudios técnicos que arrojen este nivel de certeza y justifiquen realmente la necesidad de modificar los actos administrativos expedidos en su momento, la revisión de la homologación inicial no es posible, pues en cualquier caso la Nación y las entidades territoriales se encuentran sujetas a los principios de legalidad, seguridad jurídica, legalidad del gasto y sostenibilidad fiscal.

A este respecto cabe recordar que el Consejo de Estado ha negado en sede judicial pretensiones de revisión de la homologación inicial realizada por las entidades territoriales si no se demuestra por el demandante, de forma clara y concreta, la irregularidad que se cometió en el proceso de integración de su cargo a la planta territorial[35]. Por tanto, la Sala debe insistir en que la corrección de los actos iniciales solo es viable en cuanto esté verificada su irregularidad y en la medida que sea necesaria para salvaguardar los derechos de las personas afectadas.

---

[35] Sección Segunda, Sentencia del 17 de agosto de 2011. Radicación número 2002-00541.

Además, la Sala advierte que ni la Ley 60 de 1993 ni la Ley 715 de 2001 se refieren a una pluralidad o sucesión de homologaciones derivadas de la descentralización de la educación ordenada en esas normas. En principio, de cada una de tales disposiciones solo se deriva una sola homologación que las autoridades involucradas debían hacer conforme a derecho, de modo que la posibilidad de modificarla o revisarla no constituiría una facultad discrecional, inconclusa o temporalmente indeterminada.

Por tanto se debe entender que la homologación inicial (i) es definitiva; y (ii) que solo se podría modificar *excepcionalmente* para garantizar los derechos de los servidores incorporados a las plantas territoriales, cuando exista evidencia técnica de que no fue realizada adecuadamente. Además, (iii) una vez hecha la revisión de la homologación inicial y corregidos los defectos técnicos de los que podía adolecer, no deberían existir razones para volver nuevamente sobre la misma.

Además, como advirtió la Sala en el Concepto 1607 de 2004, la homologación que se realice contrariando los límites y competencias legales en materia salarial y prestacional, genera la ilegalidad de las respectivas decisiones y responsabilidad disciplinaria y fiscal.

6. Fuentes presupuestales para la eventual revisión del proceso de homologación y competencia-deber del Ministerio de Educación Nacional de verificar las homologaciones que soliciten las entidades territoriales

7.1 Las fuentes presupuestales para una eventual revisión de la homologación ordenada en las Leyes 60 de 1993 y 715 de 2001

Según se indicó, en el Concepto 1607 de 2004 la Sala señaló que los costos de la homologación y nivelación salarial del personal administrativo de la educación debían ser cubiertos con los recursos del Sistema General de Participaciones (SGP) y, subsidiariamente, con recursos de la Nación *"pues, según el artículo 356 de la Carta, no se pueden descentralizar competencias sin la previa asignación de los recursos fiscales suficientes para atenderlas".*

La Sala explicó que la homologación derivada del proceso de descentralización de la educación es un gasto inherente a este servicio y como tal debe ser cubierto conforme a las reglas de financiación establecidas para ese efecto en la Constitución y la ley. Recordó, como ahora se reitera, que el artículo 356 de la Constitución Política creó el SGP para proveer los recursos necesarios para la prestación de los servicios que la ley le asigne a la Nación y las entidades territoriales así:

> "Artículo 356. Salvo lo dispuesto por la Constitución, la ley, a iniciativa del Gobierno, fijará los servicios a cargo de la Nación y de los Departamentos, Distritos, y

Municipios. Para efecto de atender los servicios a cargo de éstos **y proveer los recursos para financiar adecuadamente su prestación, se crea el Sistema General de Participaciones de los Departamentos, Distritos y Municipios.**

(...)

Los recursos del Sistema General de Participaciones de los departamentos, distritos y municipios se destinarán **a la financiación de los servicios a su cargo**, dándoles prioridad al servicio de salud, **los servicios de educación, preescolar, primaria, secundaria y media,** y servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico, garantizando la prestación y la ampliación de coberturas con énfasis en la población pobre."[36] (Se resalta)

Además, la Sala tuvo en cuenta que para fijar el monto inicial del Sistema General de Participaciones, el parágrafo transitorio 1° del artículo 357 de la Constitución Política ordenó tomar en consideración, entre otros aspectos, los recursos que mediante situado fiscal se trasladaban a las entidades territoriales para la prestación del servicio educativo, así como *los mayores costos* que el proceso de descentralización había implicado.

Así, con base en lo anterior, la Sala concluyó que:

"**2.-** En virtud de lo dispuesto por el artículo 3° del 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 (...)."[37]

---

[36] En concordancia con el artículo 1° de la Ley 715 de 2001 que dispone: "**Artículo 1°.** 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." Y con el *"**Artículo 15. Destinación.** Los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones se destinarán a financiar la prestación del servicio educativo atendiendo los estándares técnicos y administrativos, en las siguientes actividades: 15.1. Pago del personal docente y administrativo de las instituciones educativas públicas, las contribuciones inherentes a la nómina y sus prestaciones sociales."*

[37] Concepto 1607 de 2004.

RESERVADO

Ahora bien, como pone de presente el organismo consultante, después del concepto emitido por esta Sala en el año 2004, las leyes anuales de presupuesto y los planes nacionales de desarrollo han incluido de manera expresa las reglas para la financiación del proceso de homologación y nivelación salarial del personal administrativo del servicio educativo, así:

a) En las leyes anuales de presupuesto

Inicialmente, el artículo 64 de la Ley 998 de 2005, por la cual se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y la Ley de Apropiaciones para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre de 2006 estableció lo siguiente:

> **"Artículo 64º.** Con el fin de dar cumplimiento a lo establecido en los artículos 36 y 41 de la Ley 715 de 2001 y 80 de la Ley 812 de 2003, se pagarán contra las apropiaciones y excedentes de los recursos del Sistema General de Participaciones, los saldos que resulten del reconocimiento de los costos del servicio educativo ordenados por la Constitución y la Ley **y las deudas por concepto de las homologaciones de cargos administrativos del sector**. El Ministerio de Educación Nacional **revisará las liquidaciones presentadas por las entidades territoriales y certificará el monto por reconocer**. El plazo para firmar los acuerdos de pago del saneamiento de que habla el artículo 80 de la Ley 812 de 2003 se ampliarán hasta el 2006."[38] (Se resalta)

Salvo algunos cambios menores (no relevantes para el asunto analizado), la disposición anteriormente transcrita se repitió en los Presupuestos de Rentas y Recursos de Capital y la Ley de Apropiaciones de los años 2007 (artículo 69 de la Ley 1110 de 2006); 2008 (artículo 65 de la Ley 1169 de 2007), 2009 (artículo 64 de la Ley 1260 de 2008); 2010 (artículo 59 de la Ley 1365 de 2009); 2011 (artículo 58 de la Ley 1420 de 2010); y, finalmente, 2012 (artículo 80 de la Ley 1485 de 2011). En esta última ley, la redacción se modificó y la norma quedó así:

> **"Artículo 80.** Con cargo a las apropiaciones y excedentes de los recursos del Sistema General de Participación, se pagarán las deudas que resulten del reconocimiento de los costos del servicio educativos ordenados por la Constitución y la ley, dejados de pagar o no reconocidos por el Situado Fiscal o el Sistema General de las

---

[38] Este plazo fue prorrogándose anualmente en las subsiguientes leyes anuales de presupuesto. De otra parte, hasta el presupuesto de 2004 solamente se incluía un artículo genérico sobre las deudas con los docentes y administrativos del servicio educativo así: "**Artículo 55.** En cumplimiento del artículo 80 de la Ley 812 de 2003, y en caso de no ser posible el cruce de cuentas, el Gobierno Nacional a través de los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Educación Nacional suscribirán con las respectivas entidades territoriales los correspondientes acuerdos de pago para el saneamiento de las deudas que estas últimas tienen con los docentes y administrativos por concepto de salarios y prestaciones que se financiaban con los recursos del situado fiscal y que estuvieren vigentes a 31 de diciembre de 2001, los cuales se atenderán con cargo al servicio de la deuda." (Ley 921 de 2004, por la cual se decreta el Presupuesto de rentas y recursos de capital y Ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1° de enero al 31 de diciembre de 2005."

RESERVADO

Participaciones al personal Docente y Administrativo, como costos acumulados en el Escalafón Nacional Docente, incentivos regulados en los Decretos 1171 de 2004 y 521 de 2010, **homologaciones de cargos administrativos del sector, primas y otros derechos laborales**, deudas que se pagarán siempre que tengan amparo constitucional y legal. **El Gobierno Nacional a través del Ministerio de Educación Nacional validará** las liquidaciones presentadas por las Entidades Territoriales y **certificará** los montos a reconocer y pagar.

Cuando no exista suficiente apropiación o excedentes para cubrir los costos establecidos en el presente artículo, **la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público concurrirá subsidiariamente con recursos del Presupuesto General de la Nación para cubrir el pago de las deudas certificadas por el Ministerio de Educación Nacional,** mediante la suscripción de acuerdos de pago, previa la celebración por parte de las entidades territoriales correspondientes de un encargo fiduciario a través del cual se efectúen los pagos.

Previo a la celebración de los acuerdos de pago, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público efectuará los cruces de cuentas que sean necesarios entre las deudas del sector educativo de las Entidades Territoriales y la Nación." (Se resalta)

Como se observa, las normas anuales de presupuesto expedidas hasta el 2012 han sido claras en dos aspectos particularmente relevantes para esta consulta: (i) establecer que las deudas surgidas de la homologación del personal administrativo de la educación, en la medida en que forman parte de los costos propios de este servicio (la educación), deben cubrirse con los recursos del Sistema General de Participaciones y, en su defecto, con recursos del Presupuesto General de la Nación; y (ii) atribuir al Ministerio de Educación Nacional la función de "revisar", "validar la liquidación" y "certificar el monto a reconocer" por ese concepto.

Si bien las normas anuales de presupuesto más recientes no se refieren de manera expresa a estas materias (quizá en el entendido que los efectos de las descentralización ya tenían que haberse extinguido), la Sala considera que las reglas analizadas no podrían pasarse por alto al momento de hacer una revisión de la homologación inicial (en tanto formarían parte de ese mismo proceso), más aún cuando, como pasa a revisarse, esas reglas se han incorporado y mantenido en los planes nacionales de desarrollo.

b) *En los planes nacionales de desarrollo*

Del mismo modo en que las leyes anuales de presupuesto previeron la forma de reconocer y pagar los gastos de la homologación del personal administrativo de la educación, los planes nacionales de desarrollo posteriores al Concepto 1607 de 2004 han incluido reglas específicas para regular las deudas vigentes con el personal docente y administrativo de la educación.

Inicialmente, el artículo 37 de la Ley 1151 de 2007 (Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010) estableció que las deudas con el sector educativo financiadas con el SGP podían ser pagadas por las entidades territoriales siempre que estuvieran soportadas y *fueran debidamente certificadas* por el Ministerio de Educación Nacional:

> **"Artículo 37.** *Saneamiento de deudas.* Las deudas vigentes con personal docente y administrativo, por concepto de salarios y prestaciones sociales financiados con recursos del situado fiscal y/o del Sistema General de Participaciones, podrán ser pagadas por las Entidades Territoriales, **siempre y cuando estén debidamente soportadas, y certificadas por el Ministerio de Educación Nacional**.
>
> La Nación, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, subsidiariamente, concurrirá con recursos adicionales para cubrir el monto que resulte del cruce de cuentas entre las deudas de las entidades territoriales y la Nación. En caso de no ser posible efectuar el cruce de cuentas, o, si después de efectuado, resulta un saldo a favor de la entidad territorial, el Gobierno Nacional podrá celebrar acuerdos de pago con estas, en las dos vigencias fiscales subsiguientes.
>
> Autorícese a la Nación para efectuar cruce de cuentas y para celebrar las operaciones de crédito público que sean necesarias para el cumplimiento de este artículo."[39]

Esta disposición se reproduce en el artículo 148 de la Ley 1450 de 2011(Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014), el cual, adicionalmente se refiere de manera expresa a la financiación *de la homologación del personal administrativo de la educación* y a la función de **validación y certificación** de dicho proceso por parte del Ministerio de Educación Nacional:

> **"Artículo 148. Saneamiento de deudas.** Con cargo a las apropiaciones y excedentes de los recursos del Sistema General de Participaciones, se pagarán **las**

---

[39] Antes, el artículo 80 de la Ley 812 de 2003, "por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario", establecía de forma genérica en relación con las deudas de la educación, lo siguiente: "**Artículo 80. Saneamiento de deudas.** Para que las entidades territoriales puedan cancelar las deudas con los docentes y administrativos por concepto de salarios y prestaciones, que se financiaban con los recursos del situado fiscal, que estuvieren vigentes al 31 de diciembre de 2001 y que a la fecha de expedición de la presente ley no hayan sido canceladas y estén debidamente soportadas, y certificadas por el Ministerio de Educación Nacional, la Nación a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, concurrirá con recursos adicionales subsidiariamente con lo que resulte del cruce de cuentas con deudas que las entidades territoriales tengan con la Nación. En caso de no ser posible el cruce de cuentas, o si después de efectuado, resulta un saldo en favor de la entidad territorial, el Gobierno Nacional podrá celebrar acuerdos de pago con estas dentro de las vigencias fiscales de 2003 y 2004.

Las liquidaciones pendientes de las transferencias territoriales de que trata el artículo 100 de la Ley 715 de 2001, se atenderán con las disponibilidades dentro de las vigencias de 2003 al 2005.

Autorícese a la Nación para efectuar el cruce de cuentas y las operaciones de crédito público que sean necesarias para el cumplimiento de este artículo."

RESERVADO

deudas que resulten del reconocimiento de los costos del servicio educativo ordenados por la Constitución y la ley, dejados de pagar o no reconocidos por el Situado Fiscal o el Sistema General de Participaciones al personal Docente y Administrativo, como costos acumulados en el Escalafón Nacional Docente, incentivos regulados en los Decretos 1171 de 2004 y 521 de 2010, **homologaciones de cargos administrativos del sector**, primas y otros derechos laborales, **deudas que se pagarán siempre que tengan amparo constitucional y legal.**

El Gobierno Nacional a través del **Ministerio de Educación Nacional validará** las liquidaciones presentadas por las entidades territoriales **y certificará** los montos a reconocer y pagar.

Cuando no exista suficiente apropiación o excedentes para cubrir los costos establecidos en el presente artículo, **la Nación –Ministerio de Hacienda y Crédito Público– concurrirá subsidiariamente con recursos del Presupuesto General de la Nación** para cubrir el pago de las deudas certificadas por el Ministerio de Educación Nacional, mediante la suscripción de acuerdos de pago, previa la celebración por parte de las entidades territoriales correspondientes de un encargo fiduciario a través del cual se efectúen los pagos.

Previo a la celebración de los acuerdos de pago, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público efectuará los cruces de cuentas que sean necesarios entre las deudas del sector educativo de las entidades territoriales y la Nación.

De esta disposición, concordante a su vez con lo establecido en las leyes anuales de presupuesto anteriormente revisadas, se derivan con claridad las siguientes reglas aplicables a la presente consulta:

(i) Las deudas del servicio educativo, incluyendo los costos de la homologación del personal administrativo, deben ser cubiertas con recursos del SGP y, en su defecto, del Presupuesto General de la Nación (en este caso previa suscripción de acuerdos de pago entre la Nación y las entidades territoriales);

(ii) La anterior cobertura presupuestal se encuentra sujeta a que las respectivas deudas tengan *"amparo constitucional y legal"*, lo cual es concordante con lo señalado por la Sala en el Concepto 1607 de 2004, en el sentido de que aquellas homologaciones que no tuvieran cobertura constitucional o legal no podían ser imputadas al SGP ni a la Nación[40]; y

---

[40] "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, 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 presupuestales producto de homologaciones desproporcionadas y por tanto alejadas de la equivalencia, debieron correr, en principio, por cuenta de la entidad territorial respectiva que tomó la decisión. La consecuencia del desconocimiento de la actividad reglada comprometía los recursos

RESERVADO

(iii) El Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Educación Nacional, tiene la función de **validar las liquidaciones** y **certificar los montos a reconocer y pagar** por las deudas de la educación.

Es importante tener en cuenta que la disposición analizada está vigente, en la medida en que el artículo 267 de la Ley 1753 de 2015 (Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018) estableció que, con el fin de dar continuidad a los planes, programas y proyectos de mediano y largo plazo, *"los artículos de las Leyes 812 de 2003, 1151 de 2007 y **1450 de 2011** no derogados expresamente en el inciso anterior o por otras leyes continuarán vigentes hasta que sean derogados o modificados por norma posterior"*. Así, como quiera que el artículo 148 de la Ley 1450 de 2011 no aparece dentro de aquellas disposiciones expresamente derogadas por el primer inciso del artículo 267 de la Ley 1753 de 2015[41], ni resulta contrario a lo dispuesto en ella, ha de concluirse que su vigencia fue prorrogada para el periodo 2014-2018 y que, por lo mismo, es aplicable para responder los interrogantes de la presente consulta.

En consecuencia, si lo que se plantea en la consulta es la necesidad de corregir la homologación derivada de las Leyes 60 de 1993 y 715 de 2001 por haberse basado en estudios técnicos deficientes y afectar negativamente los derechos a la nivelación salarial de los funcionarios administrativos de la educación, la Sala considera que la solución para determinar las fuentes de su financiación es la misma señalada en el Concepto 1607 de 2004, es decir, en las leyes anuales de presupuesto expedidas en su momento para regular la materia y, actualmente, en el artículo 148 de la Ley 1450 de 2011 (prorrogado por la Ley 1753 de 2015), a saber: en la medida que la homologación (y su eventual revisión) es un gasto inherente al servicio educativo y al proceso de descentralización de la educación, su costo debe ser cubierto con recursos del SPG y, en su defecto, del Presupuesto General de la Nación.

Así, en la medida en que la homologación original sea *revisada* para corregir sus defectos y ajustarla al marco jurídico vigente, dicha revisión quedaría integrada a

---

propios de la entidad, como la responsabilidad personal de los funcionarios que actuaron en forma eventualmente irregular (...)".

[41] "**Artículo 267. Vigencias y derogatorias.** La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.
Se deroga expresamente el artículo 121 de la Ley 812 de 2003; los artículos 21, 120 y 121 de la Ley 1151 de 2007; los artículos 9°, 17, 31, 53, 54, 55, 58, 65, 66, 67, 68, 70, 71, 72, 76, 77, 79, 80, 81, 82, 83, 89, 93, 94, 95, 97, 109, 117, 119, 124, 128, 129, 150, 167, 172, 176, 182, 185, 186, 189, 199, 202, 205, 209, 217, 225, 226, el parágrafo del artículo 91, y parágrafos 1° y 2° del artículo 261 de la Ley 1450 de 2011.
Con el fin de dar continuidad a los planes, programas y proyectos de mediano y largo plazo, los artículos de las Leyes 812 de 2003, 1151 de 2007 y 1450 de 2011 no derogados expresamente en el inciso anterior o por otras leyes continuarán vigentes hasta que sean derogados o modificados por norma posterior.".

esa homologación inicial, y, por ende, no podría recibir una solución presupuestal diferente.

Finalmente, no sobra reiterar que las entidades territoriales no podrían intentar, ni la Nación validar, una revisión de la homologación inicial en contravía de la Constitución y la ley o con base en elementos salariales o prestacionales reconocidos al margen de sus competencias normativas. Cabe recordar que en relación con el ejercicio de funciones públicas no es viable *la libre disposición de los recursos públicos*, sino la plena observancia de las normas de competencia y de los principios de legalidad y sostenibilidad fiscal.

En este sentido, cuando la Sala señaló en su concepto 1607 de 2004 que "*si el respectivo municipio homologó e incorporó al personal administrativo contrariando el orden jurídico (reconociendo prestaciones o mayores beneficios por fuera del marco legal y por mera liberalidad), responderá con sus recursos propios*". Lo anterior obedeció a las situaciones de hecho que se expusieron en ese momento por el organismo consultante y a la inaplicación que constantemente se daba por las entidades territoriales de las reglas constitucionales y legales sobre fijación de salarios y prestaciones sociales. Es así que en el mismo concepto la Sala advirtió que el reconocimiento de factores salariales o prestacionales por fuera del ordenamiento jurídico era ilegal y obligaba a las propias entidades territoriales a *"intentar las acciones disciplinarias, punitivas o de lesividad pertinentes, en procura del restablecimiento del ordenamiento".*

En consecuencia, siendo absolutamente claro hoy día que las entidades territoriales no pueden crear prestaciones *motu proprio* y que en materia salarial están sujetas a los límites fijados por el Gobierno Nacional (*supra 4.2*) [42], debe aclararse que la opción dada en el Concepto 1607 de 2004 -que las entidades territoriales asuman con sus ingresos los costos de homologaciones contrarias a la ley-, no existe en este momento. De modo que las entidades territoriales no podrían intentar revisiones o nuevas homologaciones por fuera del marco constitucional y legal, ni siquiera con sus propios recursos.

7.2 Competencias del Ministerio de Educación Nacional para validar y certificar los gastos que se pudieran generar como consecuencia de una eventual revisión de la homologación

Como se dijo anteriormente, el artículo 148 de la Ley 1450 de 2011 anteriormente analizado, en concordancia con lo previsto en su momento en las leyes anuales de presupuesto también revisadas, le asigna al Ministerio de Educación Nacional la función expresa de *validar* ("dar fuerza o firmeza a algo, hacerlo válido"[43]) y *certificar* ("asegurar, afirmar, dar por cierto algo; dicho de una autoridad competente: hacer

[42] Sentencia C-402 de 2013.
[43] Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española, en: www.rae.es.

constar por escrito una realidad de hecho"[44]), los montos que las entidades territoriales le imputan al Sistema General de Participaciones por concepto del servicio educativo, inclusive por deudas derivadas de la homologación.

Cabe recordar además, como se señaló inicialmente, que sin perjuicio de las competencias propias de los municipios y departamentos y de su autonomía como entidades territoriales, la Ley 715 de 2001 le asignó a la Nación, entre otras, las funciones de: (i) determinar los criterios a los cuales deben sujetarse las plantas docente y administrativa de los planteles educativos y los parámetros de asignación de personal (artículo 5.16); (ii) fijar procedimientos y límites para la elaboración de las plantas de cargos docentes y administrativos por municipio y distrito (artículo 40.1); y (iii) fijar las plantas de personal en las entidades territoriales atendiendo a las relaciones técnicas establecidas (artículo 40.2). Además la Nación tiene la función de prestar asistencia técnica y administrativa a las entidades territoriales, cuando a ello haya lugar (artículo 5.10).

En este contexto, las funciones de validación de las liquidaciones y de certificación de los montos a pagar, que el artículo 148 de la Ley 1450 de 2011 le asigna expresamente al Ministerio de Educación Nacional, no son puramente formales, sino que comportan para este organismo el deber de examinar y verificar detenidamente que las liquidaciones y los montos de los servicios de la educación, incluidos los de la homologación, han sido calculados correctamente y se ajustan al marco constitucional y legal vigente.

Para la Sala es claro que tanto las normas analizadas como recientes reformas constitucionales han tenido una preocupación especial por la legalidad del gasto público, derivada de la escasez de los recursos existentes para la satisfacción de las necesidades públicas. En ese sentido, el artículo 334 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 3 de 2011 señala que "*la sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica*". Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que en términos generales la sostenibilidad fiscal es *"la capacidad de un gobierno de hacer frente a sus obligaciones de pago y de mantener la estabilidad macroeconómica. Específicamente, se ha señalado que este criterio tiene como fin disciplinar las finanzas públicas para reducir el déficit fiscal limitando la diferencia entre los ingresos nacionales y el gasto público"*[45]. De este modo *"es un criterio que orienta a las autoridades de las diferentes ramas del poder para asegurar el cumplimiento de los fines del Estado."*

Por ende la Sala resalta que, sin perjuicio de la autonomía de las entidades territoriales, es legítima la existencia de instancias de coordinación y validación

---

[44] Ibídem.
[45] Sentencia C-753 de 2013. Ver igualmente Sentencia C-288 de 2012.

RESERVADO

orientadas a garantizar la legalidad del gasto, especialmente en áreas altamente sensibles desde el punto de vista constitucional. Es claro que la autonomía que la Constitución concede a las entidades territoriales no implica un distanciamiento en el ejercicio de las competencias asignadas a los entes centralizados y descentralizados, sino que, por el contrario, supone la existencia de una comunicación permanente y de un diálogo constante entre los distintos niveles, bajo la guía de los principios de concurrencia, coordinación y subsidiariedad, tal como lo prevén los artículos 113 y 288 de la Constitución Política y 6º de la Ley 489 de 1998[46].

Además debe recordarse que en desarrollo de lo previsto en el artículo 356 de la Constitución Política[47], adicionado por el artículo 3º del Acto Legislativo número 04 de 2007, el Presidente de la República expidió el Decreto 028 de 2008, por medio del cual *se define la estrategia de monitoreo, seguimiento y control integral al gasto que se realice con recursos del Sistema General de Participaciones.* Este decreto, junto con su reglamentario (Decreto 168 de 2009[48]), le otorga precisas competencias al Ministerio de Educación Nacional en relación con el monitoreo, seguimiento y verificación de la correcta utilización de los recursos del SGP destinados a la educación.

De manera que, en síntesis, una eventual revisión de la homologación realizada por las entidades territoriales exigiría necesariamente la participación del Ministerio de Educación Nacional, el cual, sin perjuicio del control judicial de los actos administrativos que se llegaran a expedir, tendría el deber de validar y certificar que ese proceso se ajusta al ordenamiento jurídico y que, en esa medida, sus costos pueden ser imputados al SGP o, en su defecto, a la Nación.

Por ende, conforme a los mandatos constitucionales y legales de coordinación y colaboración entre las diferentes ramas y órganos del Estado, así como a los de legalidad y legalidad del gasto, la Sala considera que antes de aprobar una revisión

---

[46] Sentencia C-983 de 2005: *"En este respecto,* ***el principio de concurrencia desempeña un papel fundamental. La Nación no puede dejar de estar pendiente de la suerte de las Entidades Territoriales y de apoyar a aquellas que lo necesitan más****. Así lo ha señalado la Corte Constitucional en sucesivas ocasiones. En la sentencia C-1187 de 2000 subrayó la Corte la necesidad de la intervención legislativa en los casos en que las entidades territoriales no estuvieran en capacidad de prestar los servicios a su cargo de la manera más acorde con los postulados derivados del Estado social de derecho, ante todo en asuntos que se relacionan con la seguridad social de la población".* (Se destaca).

[47] El Gobierno Nacional definirá una estrategia de monitoreo, seguimiento y control integral al gasto ejecutado por las entidades territoriales con recursos del Sistema General de Participaciones, para asegurar el cumplimiento del metas de cobertura y calidad. Esta estrategia deberá fortalecer los espacios para la participación ciudadana en el control social y en los procesos de rendición de cuentas.

[48] Compilado en el Decreto Único Reglamentario 1068 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público, artículos 2.6.3.1.1 y subsiguientes.

de la homologación inicial, las entidades territoriales y el Ministerio de Educación Nacional deberán revisar conjuntamente su metodología, procedencia técnica y conformidad con la Constitución y la ley, en orden a asegurar que posteriormente, el propio Ministerio, al ejercer las competencias que le confiere el ordenamiento jurídico, no tendrá razones para objetarla o negar su validación. Si en ese trabajo de coordinación se concluye que la revisión de la homologación no es viable jurídicamente, las entidades territoriales deberían abstenerse de tramitarla.

7. Prescripción de los derechos de los trabajadores

El último aspecto de la consulta es el relacionado con la eventual prescripción de las acciones derivadas del proceso de homologación realizado con base en las Leyes 60 de 1993 y 715 de 2001. Al respecto se observa lo siguiente.

En términos generales, la prescripción es un instituto jurídico por el cual el transcurso del tiempo produce el efecto de consolidar las situaciones de hecho, permitiendo la adquisición o la extinción de derechos u obligaciones. El Código Civil la define así:

> *"Artículo 2512. Definición de prescripción. La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales.*
>
> *Se prescribe una acción o derecho cuando se extingue por la prescripción".*

Particularmente, la prescripción extintiva tiene que ver con el deber de cada persona de reclamar sus derechos en el tiempo fijado en la ley, so pena de verse expuesta a su pérdida[49]. Las reglas genéricas sobre la prescripción extintiva están contenidas en el artículo 2535 del Código Civil que señala:

> *"Artículo 2535. Prescripción extintiva. La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones.*
>
> *Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible".* (Subrayas agregadas).

Respecto de la prescripción, la Corte Constitucional en Sentencia C-662 de 2004 estableció lo siguiente:

> *"La prescripción, como institución de manifiesta trascendencia en el ámbito jurídico, ha tenido habitualmente dos implicaciones: de un lado ha significado un modo de*

[49] Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 23 de septiembre de 2010. Rad. 47001-23-31-000-2003-00376-01(1201-08)

adquirir el dominio por el paso del tiempo (adquisitiva), y del otro, se ha constituido en un modo de extinguir la acción (entendida como acceso a la jurisdicción), cuando con el transcurso del tiempo no se ha ejercido oportunamente la actividad procesal que permita hacer exigible un derecho ante los jueces[50]. A este segundo tipo de prescripción es al que hace referencia, la norma acusada.

Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia[51] ha reconocido que:

> *"El fin de la prescripción es tener extinguido un derecho que, por no haberse ejercitado, se puede presumir que el titular lo ha abandonado; (...) Por ello en la prescripción se tiene en cuenta la razón subjetiva del no ejercicio, o sea la negligencia real o supuesta del titular;".*

Como ya se enunció previamente, esta figura crea una verdadera carga procesal, en tanto que establece una conducta facultativa para el demandante de presentar su acción en el término que le concede la ley so pena de perder su derecho. Su falta de ejecución genera consecuencias negativas para éste, que en principio resultan válidas pues es su propia negligencia la que finalmente permite o conlleva la pérdida del derecho. De allí que si el titular no acude a la jurisdicción en el tiempo previsto por las normas procesales para hacerlo exigible ante los jueces, por no ejercer oportunamente su potestad dispositiva, puede correr el riesgo serio de no poder reclamar su derecho por vía procesal, e incluso de perderlo de manera definitiva.".

Ahora bien, las reglas específicas de la prescripción extintiva respecto de los derechos laborales de los empleados públicos y trabajadores oficiales, salvo lo previsto en normas especiales, se encuentran reguladas en el Decreto Extraordinario 3135 de 1968 "*Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales".* De manera particular el artículo 41 de este decreto dispone:

> *"Artículo 41.-* ***Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años****, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.*
>
> *El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual".*

Para los demás derechos de los funcionarios públicos no regulados en ese decreto o que no tengan norma especial, la jurisprudencia[52] ha considerado aplicable el

---

[50] Artículos 2535 a 2545 del Código Civil.
[51] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de noviembre 8 de 1999. Exp. 6185. M.P. Jorge Santos Ballesteros.
[52] Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de Unificación CE-SUJ004 del 25 de agosto de 2016, expediente 2011-00628. Ver también de la Sección Segunda del Consejo de Estado la Sentencia del 3 de junio de 2010, expediente 2003-01606-01.

artículo 151 Código de Procedimiento Laboral que consagra el mismo término de prescripción extintiva de tres (3) años, así:

> "**Artículo 151. -Prescripción**. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual."[53]

A lo anterior, se le ha atribuido la denominación de prescripción "trienal", en razón a que el lapso que debe transcurrir para que se extinga el derecho por el simple paso del tiempo es de **tres años**, el cual se cuenta a partir de "la exigibilidad" de la respectiva obligación[54]. En relación con esta prescripción trienal la jurisprudencia ha señalado:

> *"(...) en lo que concierne a la prescripción trienal de carácter laboral debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, que estipula que las acciones que emanen de los derechos consagrados en dicho Decreto "prescribirán en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente sobre un derecho o prestación debidamente determinado interrumpe la prescripción pero solo por un lapso igual".*
>
> *A su turno el Decreto 1848 de 1969, en su artículo 102, señala que las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en esta preceptiva, "prescriben en tres años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente sobre un derecho o prestación debidamente determinado interrumpe la prescripción pero solo por un lapso igual".*

---

[53] En concordancia con los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo, según los cuales la prescripción de los derechos ocurre en un término de 3 años y se interrumpe con el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador: *"Artículo 488. Regla general.* ***Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años****, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto. Artículo 489. Interrupción de la prescripción.* ***El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción*** *por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente*".(Se resalta)

[54] Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de Unificación Jurisprudencial del 18 de mayo de 2016, expediente 2010-00246: "Retomando las normas citadas en el párrafo anterior en relación con la prescripción de los derechos laborales, se debe partir del presupuesto de que el derecho sobre el cual se solicita el reconocimiento administrativo y/o judicial debe encontrarse en su momento de exigibilidad, para que a partir de allí, se empiece a contabilizar el término de su prescripción. Es decir, el prerrequisito de la aplicación de la prescripción del derecho, es que éste se encuentre en el estado jurídico de la exigibilidad."

RESERVADO

Como se observa, el término de prescripción de tres años se cuenta desde que la obligación se hace exigible (...)"[55].

Sobre la prescripción en materia laboral, la jurisprudencia ha establecido no obstante que dicha institución jurídica debe armonizarse con el carácter irrenunciable e imprescriptible de los derechos laborales y de la seguridad social[56], razón por la cual es viable que cierto tipo de derechos puedan ser reclamados por el trabajador en cualquier tiempo[57]. Además, debe tenerse en cuenta que la Constitución Política consagra como uno de los principios mínimos fundamentales en materia laboral el de la *"situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho".*

Lo anterior ha llevado a señalar que frente a prestaciones periódicas, esto es de pagos continuos, permanentes y habituales derivados de la relación laboral o pensional[58], se debe diferenciar entre (i) el derecho a reclamar los factores o el quantum que legalmente deben integrar ese pago periódico y que por ende impacta de manera permanente y a futuro en los derechos del empleado o pensionado, el cual en principio es imprescriptible mientras esa relación jurídica (de empleado o pensionado) esté vigente; y (ii) la reclamación hacia del pasado de las sumas que, como consecuencia de una indebida integración del salario o pensión, no se hubieren pagado o reconocido, a las cuales, como derechos crediticios, se les aplica el término de prescripción legal que corresponda.

Así por ejemplo, en Sentencia de Unificación SU-298 de 2015, la Corte Constitucional diferencia entre la imprescriptibilidad del derecho a solicitar la

---

[55] Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 6 de marzo de 2008. Rad. 23001-23-31-000-2002-00244-01(2152-06).

[56] Constitución Política: "*Artículo 48. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social".* Código Sustantivo del Trabajo: *"Artículo 14. Carácter de orden público. Irrenunciabilidad. Las disposiciones legales que regulan el trabajo humano son de orden público y, por consiguiente, los derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley."*

[57] Corte Constitucional, Sentencia SU-298 de 2015: "Sobre el carácter imprescriptible de los derechos laborales, esta Sala de Revisión encuentra que el actor confunde dicho carácter con la posibilidad que las acciones por las cuales sea procedente reclamar los mencionados derechos sean igualmente imprescriptibles. En efecto, los derechos laborales de seguridad social, son irrenunciables y pueden ser reclamados en cualquier momento. La estipulación de un término de caducidad para solicitarlos, generaría de manera contradictoria que se pudiera renunciar a ellos en virtud del paso del tiempo. Pero, de esto no se puede derivar que todas las acciones y recursos pertinentes para ello, carezcan de regulación en cuanto al término para hacer uso de ellos."

[58] "La posibilidad de demandar en cualquier tiempo, apunta a los actos que tienen carácter de "prestación periódica", es decir, aquellos actos que reconocen emolumentos que habitualmente percibe el beneficiario. En ese sentido los actos que reconocen prestaciones periódicas, comprenden tanto las decisiones que reconocen prestaciones sociales como salariales, que periódicamente se sufragan al beneficiario, siempre y cuando la periodicidad en la retribución se encuentre vigente." (Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 1 de marzo de 2012, expediente 2011-00537. Ver igualmente, de la misma sección, la sentencia de tutela del 22 de febrero de 2016, expediente 2016-0009).

reliquidación de las pensiones indebidamente calculadas y el carácter prescriptible de los derechos crediticios nacidos de esa situación:

"23. Ahora bien, la jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Suprema de Justicia ha distinguido entre el derecho a la pensión propiamente dicho, y los derechos crediticios que surgen de ésta. Mientras el reconocimiento del derecho a la pensión goza de características tales como la imprescriptibilidad, los otros están sujetos a mayores restricciones, siempre que tales limitaciones no sean desproporcionadas.

Particularmente, en relación con la prescripción de las acciones laborales, esta Corporación ha advertido que el derecho a la pensión es imprescriptible, sin embargo, el Congreso puede fijar la prescripción extintiva de los derechos que surgen en virtud de un derecho fundamental.

En concreto, la jurisprudencia ha expresado que los créditos o mesadas pensionales, deben ser reclamados durante un lapso determinado de tres años, so pena de perder el derecho a recibirlos:

"Cabe agregar, que dada la naturaleza periódica o de tracto sucesivo y vitalicia de las pensiones, la prescripción resulta viable, ***exclusivamente,*** *respecto de los créditos o mesadas pensionales que no se hubiesen solicitado dentro de los tres años anteriores al momento en que se presente la reclamación del derecho"****[50]***

24. En consecuencia, es posible concluir que **el derecho a la pensión tiene un carácter imprescriptible, no obstante, a los créditos o las mesadas pensionales sí les aplica la prescripción (...)**

27. En relación con la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto al derecho a reclamar la reliquidación de la pensión, son relevantes, en especial, dos decisiones: las sentencias T-762 de 2011 y T-456 de 2013. Estas providencias comparten con el caso que se estudia, que los accionantes solicitaron la reliquidación de su pensión, entre una de las varias peticiones que elevaron a diferentes despachos judiciales. La respuesta que recibieron consistió en que su acción había prescrito, pues la reclamación no se presentó después de tres años del reconocimiento de la pensión. Cuando la Corte se encargó de resolver los problemas jurídicos respectivos, en la sentencia del 2011 concluyó que resulta desproporcionado imponer un límite para solicitar el reajuste pensional -en ese caso porque la liquidación se hizo con un régimen diferente-; y en la sentencia del 2013 reiteró que ante una incorrecta liquidación, subsiste el derecho a requerir, en cualquier tiempo, un cálculo adecuado de la pensión (...)

Es posible concluir entonces que, conforme a la jurisprudencia constitucional, el derecho a reclamar la reliquidación de la pensión está estrechamente vinculado con el derecho a la pensión en sí misma, por lo tanto también es imprescriptible. Además, se ha determinado que resulta desproporcionado que los afectados con una incorrecta liquidación no puedan reclamar su derecho en cualquier tiempo." (Se resalta)

En el mismo sentido, se ha pronunciado el Consejo de Estado, que en relación con la imprescriptibilidad de las asignaciones de retiro ha señalado que "*resulta viable que el peticionario pueda presentar solicitud de reconocimiento de su derecho en cualquier tiempo*", por lo que es de aclarar que lo prescriptible no es el derecho, sino *"las mesadas pensionales, sobre las que sí recae el término de prescripción."*[59] Esa misma Corporación ha indicado entonces que:

> "(...) la ley le ha dado un tratamiento especial a las prestaciones sociales, dado su carácter de imprescriptible; por ello es viable jurídicamente que el interesado pueda elevar solicitud de reconocimiento de su derecho en cualquier tiempo; sin embargo y no obstante que el derecho es imprescriptible, si lo son las acciones que emanen de los derechos prestacionales".[60]

---

[59] Sección Segunda, Sentencia del 5 de mayo de 2016, expediente 2011-0494. En el mismo sentido: "*Por ello, es indiscutible que la conclusión a la que arribó el a quo, de suponer que por efectos de la prescripción puede negarse el derecho al reajuste posterior a 2004, es errónea pues desconoce que el monto base de liquidación se vaya incrementando de manera cíclica y a futuro de manera ininterrumpida, debido a que las diferencias reconocidas a la base pensional deben ser utilizadas para la liquidación de las mesadas posteriores. Por ello, el señalar, como se hizo en esa pretérita oportunidad que el límite del reajuste sería hasta el 31 de diciembre de 2004, y que como la petición se formuló en el año de 2010 debían negarse las pretensiones de la demanda, es una decisión que afecta la base pensional para los periodos siguientes y desconoce que el efecto de reajuste pensional no depende de la solicitud en vía gubernativa, pues se afectan son las mesadas no reclamadas, mas no el derecho al reajuste, de carácter irrenunciable cuyo génesis es el principio del no congelamiento de su valor.*(Sentencia del 24 de octubre de 2012, expediente 2011-0086, reiterada en Sentencia del 3 de febrero de 2015, expediente 2013-00037). Igualmente en Sentencia del 1º de julio de 2010, expediente 2007-00449: "*La ley ha dado un tratamiento especial a las prestaciones sociales, dado su carácter de imprescriptible, por esa razón es viable que el interesado pueda elevar la solicitud de reconocimiento de su derecho en cualquier tiempo. No obstante que el derecho es imprescriptible, sí lo son las acciones que emanen de los derechos prestacionales y en consecuencia prescriben las mesadas pensionales, según el término señalado por el legislador.*"

[60] Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 11 de febrero de 2015, expediente 2009-0332. Así mismo pueden verse las Sentencias de la misma Sección Segunda del 14 de diciembre de 2015 (expediente 2011-0546) y del 21 de enero de 2016 (expediente 2014-00136) , que en relación con la prima técnica ha permitido reclamar su reconocimiento en cualquier tiempo (dado su carácter periódico), sin perjuicio de aplicar el término de prescripción de tres años a las prestaciones ya causadas: *"No obstante lo anterior, se advierte que hoy demandante solicitó en sede administrativa el reconocimiento del referido incentivo técnico el 24 de octubre de 2013, razón por la cual y en aplicación del término prescriptivo previsto en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, solo le serán reconocidos los periodos correspondiente a los años 2010 y 2011 sobre los que, como quedó visto, se tiene certeza de su calificación de servicios, si se tienen en cuenta que los períodos anteriores al 24 de octubre de 2010 a la sazón se encuentran prescritos."* (Sentencia 21 de enero de 2016, expediente 2014-00136). Igualmente, en materia de reliquidación del salario por no tener en cuenta horas extras y trabajo nocturno (Sección Segunda, Sentencias del 1 de julio de 2015 (expediente 2011-108) y del 27 de abril de 2015, expediente 2011-0860, entre otras). Igualmente puede verse Sentencia de Unificación SUJ-004 del 25 de agosto de 2016 de la Sección Segunda del Consejo de Estado, expediente 2011-0628, que en relación con la prescripción del derecho a reclamar por los factores que componen las cesantías señaló: *"Al tener esa naturaleza de ahorro, producto de un emolumento -prestación- causado a su favor durante ese vínculo, no se puede predicar la prescripción respecto de las sumas que la componen, así ocurría respecto de las cesantías bajo la modalidad de liquidación con retroactividad y así ha de predicarse respecto de las*

Por tanto en el caso consultado la Sala considera que en la medida en que la homologación y nivelación salarial del personal administrativo de la educación se hubiera realizado incorrectamente y esa circunstancia afecte actualmente la remuneración y prestaciones de dichos funcionarios, el derecho a solicitar la revisión de esa situación no prescribe, pues se trataría de situaciones irregulares que tienen incidencia permanente (actual) en sus garantías laborales[61]. Sin embargo, en aplicación de las normas analizadas, prescribirá hacia atrás, en tres años, el retroactivo que se derive del ajuste o corrección de la respectiva homologación.

Reitera la Sala que el derecho a recibir la remuneración que legalmente corresponde en virtud de una relación laboral se causa periódicamente (normalmente mes a mes), de modo que la revisión de esta no prescribe, aún cuando sí lo sean, hacia el pasado, los derechos crediticios nacidos de un indebido cálculo de dicha remuneración, a partir del momento en que se efectúe la reclamación, con la cual, como lo estableció la Sección Segunda del Consejo de Estado, se interrumpe la prescripción extintiva:

> "Ahora bien, la entidad recurrente considera que el término de prescripción de tres años debe contabilizarse desde la fecha de la radicación de la demanda, lo cual no es de recibo, dado que como reiteradamente lo ha señalado la jurisprudencia, dicho término se contabiliza, hacia atrás, desde el momento en que el interesado solicitó a la administración el pago de la prestación, ya que con ella se interrumpe la prescripción, criterio jurisprudencial que se reafirma en el presente caso"[62].

Con base en lo anterior,

---

mismas, bajo el régimen de liquidación anualizado." Ver también Sentencia del 23 de septiembre de 2010, expediente 2003-00376.

[61] Ver por ejemplo el caso analizado en la Sentencia de Unificación CE-SUJ2-003-16 del 25 de agosto de 2016, expediente 2013-00060, en el que la Sección Segunda del Consejo de Estado decidió favorablemente la solicitud de reajuste salarial de una persona que había pasado de ser "soldado voluntario" a "soldado profesional" en el año 2002, y quien, en el año 2012, reclamó que al momento de cambiar su vinculación con el Ejército Nacional (2002) no se le había hecho el reajuste salarial ordenado en la ley, lo que afectaba su remuneración actual.

[62] Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 2 de febrero de 2006. Rad. 25000-23-25-000-2002-12729-01(4718-04). Así mismo puede verse la sentencia de 24 de abril de 2003. Rad. 76001-23-31-000-2000-0133-01(2159-02) de la misma Sección Segunda que dispuso: "*Y si bien es cierto que los derechos prestacionales son imprescriptibles, no sucede así con las mesadas prestacionales que emanan de tal derecho, ya que dichas mesadas están sometidas al término de prescripción de tres años consagrado en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968. No obstante, el simple reclamo escrito del beneficiario ante la autoridad competente, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual*".

III. La Sala RESPONDE:

1. *Si la homologación y nivelación salarial de una persona no fue realizada adecuadamente por deficiencias en el estudio técnico realizado para el efecto, ¿tiene derecho a que se le modifique esa homologación y nivelación?;*

Sí tiene derecho, con fundamento en la garantía constitucional a la igualdad material establecida en el artículo 13 de la Carta Política, y en el principio constitucional *"a trabajo igual, salario igual"*.

En caso afirmativo: ¿Bajo qué condiciones sería procedente que la entidad territorial realice modificaciones?

¿Es la modificación del Estudio Técnico un medio idóneo para subsanar estas deficiencias?

¿Cuál(es) otro(s) mecanismo(s) sería(n) conducente(s) para realizar este trámite?

La modificación del estudio técnico inicial no es *suficiente* per se para subsanar las irregularidades detectadas en la homologación inicial. Si se verifica que los actos administrativos de homologación y nivelación salarial estuvieron basados en estudios técnicos deficientes que afectan actualmente los derechos de los funcionarios incorporados a las plantas territoriales en virtud del proceso de descentralización educativa previsto en la ley, correspondería en primer lugar distinguir lo siguiente:

(i) Si las deficiencias afectan *la generalidad* del proceso de incorporación y homologación realizado por la respectiva entidad territorial, se deben modificar o ajustar tanto los actos administrativos generales como los particulares que puedan estar afectados con las irregularidades detectadas.

(ii) Si las deficiencias recaen exclusivamente *sobre casos específicos y aislados*, solamente será necesario corregir los actos particulares y concretos que puedan estar causando la violación de los derechos de las personas afectadas.

En cualquiera de estas dos hipótesis es indispensable que los nuevos actos administrativos (generales y particulares) estén debidamente motivados en las razones constitucionales y legales, además de técnicas, que den cuenta de la necesidad de revisar la homologación original. Por lo mismo, la modificación de los actos administrativos iniciales exige la realización de nuevos estudios técnicos, que den plena certeza de:

(i) Las deficiencias de los estudios técnicos iniciales y, por ende, de la necesidad de modificar los actos administrativos expedidos con base en ellos;

(ii) La existencia de situaciones en curso que están siendo afectadas por la homologación irregular anterior;

(iii) El rigor, precisión y estricta legalidad de los nuevos estudios técnicos, de manera que los actos administrativos modificatorios se ajusten a la Constitución y la ley y se garantice que a futuro no será necesario hacer nuevas revisiones de la homologación.

Por último, la Nación y las entidades territoriales al estudiar la posibilidad de revisar la homologación original derivada del proceso de descentralización de la educación, estarán sujetas a los principios de legalidad, seguridad jurídica, legalidad del gasto y sostenibilidad fiscal.

En conclusión, la revisión o modificación de la homologación inicial:

(i) Exige la elaboración de un nuevo estudio técnico;

(ii) Debe hacerse mediante actos administrativos motivados que adopten las conclusiones del estudio técnico y dispongan los ajustes que correspondan a la homologación inicial; y

(iii) Debe sujetarse a los principios de legalidad, seguridad jurídica, legalidad del gasto y sostenibilidad fiscal.

¿Con cargo a qué recursos se deben pagar los costos derivados de la nueva homologación y nivelación salarial?

De conformidad con lo establecido en el artículo 148 de la Ley 1450 de 2011, prorrogado por la Ley 1753 de 2015, en concordancia con las leyes de presupuesto expedidas para regular la materia, los costos que se deriven de una eventual revisión de la homologación derivada del proceso de descentralización de la educación, deben ser cubiertos con recursos del Sistema General de participaciones y, en su defecto, con recursos del Presupuesto General de la Nación.

En ningún caso las entidades territoriales podrán intentar, ni la Nación validar o certificar, una revisión de la homologación inicial que contraríe la Constitución y la ley, o que esté fundada en elementos salariales o prestacionales reconocidos al margen de sus competencias, ni siquiera si se pretende sufragar con recursos de las propias entidades territoriales.

RESERVADO

¿Ese derecho prescribe? ¿Opera la prescripción para el pago de retroactivo? ¿En cuánto tiempo y en qué condiciones?

El derecho de los servidores actualmente vinculados a las plantas de personal de las entidades territoriales a solicitar la revisión de su remuneración, como consecuencia de defectos en el proceso de homologación y nivelación salarial derivado de la descentralización del servicio educativo, no prescribe. El retroactivo está sujeto a la prescripción trienal prevista en la ley, de modo que una vez sea hecha una corrección de la homologación o el funcionario la solicite (y sea procedente), solo se podría reconocer el retroactivo hasta tres (3) años antes de esa circunstancia.

2. *Dentro del proceso de homologación y nivelación salarial del personal administrativo del sector educativo, ¿el Ministerio de Educación está facultado para validar y certificar modificaciones a los estudios técnicos presentados por las entidades territoriales?*

Sí, en virtud de los principios constitucionales y legales de concurrencia y subsidiariedad y del deber que expresamente le impone al Ministerio de Educación Nacional el artículo 148 de la Ley 1450 de 2011, prorrogado por la Ley 1753 de 2015.

Remítase al Ministerio de Educación Nacional y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Presidente de la Sala

OSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
Consejero de Estado

EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Consejero de Estado

ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado

LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala