

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

RADICADO:	17001-33-33-001-2018-00511-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	CONSTRUCTORA SANTA RITA LIMITADA
DEMANDADO:	DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES- DIAN-
SENTENCIA No	157
ESTADO No	102 DEL 03 DE OCTUBRE DE 2022

1. ASUNTO

Agotado como se encuentra el trámite de la instancia, procede el Despacho a proferir sentencia anticipada dentro del proceso referenciado anteriormente, de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 182A del CPACA.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones de la Demanda

La parte actora formuló las siguientes pretensiones que se transcriben literalmente -con todo y errores ortográficos y de digitación-:

PRIMERA: Que Se **DECLARE LA NULIDAD** del **AUTO DECLARATIVO No. 102382018000003 del 23 DE ENERO DE 2018**, proferida por el Jefe de la División Fiscalización Tributaria y Aduanera de la Dirección Seccional de Impuesto y Aduanas Nacional de Manizales, a través de la cual se **TIENE COMO NO PRESENTADA** la declaración de Renta y Complementarios para Personas Jurídicas correspondiente a la empresa CONSTRUCTORA SANTA RITA LIMITADA con el NIT 800.173.224-7.

SEGUNDO: Que Se **DECLARE LA NULIDAD** de la **RESOLUCIÓN No. 0004 DEL 12 DE FEBRERO DE 2018**, proferida por la líder del Grupo de Trabajo de Control de Obligaciones Formales de la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Manizales, a través de la cual se resuelve recurso de reposición contra el auto declarativo No. 102382018000003 del 23 de enero de 2018, disponiéndose no revocar el auto declarativo demandado.

TERCERO: Que Se **DECLARE LA NULIDAD** de la **RESOLUCIÓN No. 0003 de febrero 19 de 2018**, emanada por la jefe de División de Gestión y Fiscalización de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Manizales, cuya parte resolutive CONFIRMA la decisión contenida en la

Resolución No. 0004 de fecha del 12 de febrero de 2.018, por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición.

QUINTO: Que, a título de restablecimiento del derecho, se **DECLARE que la sociedad CONSTRUCTORA SANTA RITA LIMITADA**, identificada con Nit. 800.173.224-7 presento en debida forma la **DECLARACIÓN DE RENTA** correspondiente al año gravable 2015 y por tanto no tiene ninguna clase de **OBLIGACIÓN DE HACER**.

(...)

2.2. Hechos

En este apartado, el Juzgado considera oportuno transcribir la fijación del litigio que se hiciera en el proceso, en la medida que allí las partes aceptaron cuáles eran las circunstancias fácticas más relevantes para el proceso. Así las cosas, los hechos más sobresalientes se presentan así:

1. La DIAN, mediante oficio del 01 de noviembre de 2017, remitió a Oscar García Garzón, memorial en cuyo asunto se llama la atención por la presentación de declaraciones firmadas por contador sancionado. Dicha decisión fue conocida por el demandante, tal y como lo menciona en el acápite de normas violadas y concepto de la violación de la demanda. *Hecho documentado en la página 27 del archivo 01 del expediente.*
2. La DIAN, mediante resolución n° 128 del 22 de febrero de 2016 sancionó al contador Juan Guillermo Posada Ángel identificado con cédula de ciudadanía n° 17.181.956 y tarjeta profesional n° 4465-T con la suspensión por el término de un año, de su facultad para firmar declaraciones tributarias, certificar estados financieros y demás pruebas con destino a la administración tributaria. Resolución que fue notificada por edicto n° 8 del 16 de marzo de 2016 y hasta el 01 de abril del mismo año. *Hecho documentado en las páginas 40 a 50 y 235 a 244 del archivo 01 del expediente.*
3. La administración de impuestos efectuó requerimiento especial n° 102382014000033 del 19 de diciembre de 2014 en la cual se impusieron unas sanciones, entregada el 31 de diciembre de 2014 a Albeiro Nieto, según el certificado de ingreso de inter rapidísimo. *Hecho documentado en las páginas 162-185 del archivo 01 del expediente.*
4. La entidad demandada, por medio del anexo al auto declarativo n° 102382018000003 del 17 de enero de 2018, declaró no presentada la declaración de renta y complementarios, presentada electrónicamente, el 21 de abril de 2016, con adhesivo n° 91000351650796, a nombre del

contribuyente CONSTRUCTORA SANTA RITA LIMITADA. *Hecho documentado en las páginas 51-53 del archivo 01 del expediente.*

5. La misma institución emitió acto administrativo mediante el cual resolvió un recurso de reposición (0004 del 12 de febrero de 2018), en el cual resolvió NO REVOCAR la decisión adoptada. Lo anterior como consecuencia del recurso presentado el 6 de febrero de 2018. *Hecho documentado en las páginas 54 a 57 y 63 a 67 del archivo 01 del expediente.*
6. A su turno se resolvió el recurso de apelación contra el “auto declarativo” por medio del acto administrativo 0003 del 19 de febrero de 2018. *Hecho documentado en las páginas 58 a 62 del archivo 01 del expediente.*

La parte actora anunció en el acápite de normas violadas y concepto de la violación que, con sujeción a la Constitución Política, el Estatuto Tributario y la Ley 1437 de 2011, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales actuó en contravía de las disposiciones legales, al insistir en desconocer que la declaración de renta y complementarios por el año fiscal 2015, no se presentó de manera oportuna y con el cumplimiento de los requisitos suficientes y necesarios para cumplir su deber.

La circunstancia que según la DIAN se ha configurado en un acto irregular, solo se debe a la omisión y falta de requisitos incumplidos por parte de algunas dependencias de esa entidad para la correcta notificación del acto administrativo mediante el cual se sancionó al contador de la empresa.

De acuerdo a lo afirmado por la empresa demandante fue informada por la DIAN del oficio persuasivo n° UAE DIAN 11023418-00764 del 01 de noviembre de 2017, según el cual debía presentar la declaración de renta y complementarios correspondiente al año gravable 2015. Sin embargo, el representante de la entidad ignoró dicho oficio persuasivo, considerándolo un error de esa dependencia, pues se desconocía la existencia de una sanción impuesta al contador de la empresa.

Pese a lo anterior, estimó que la culpa debe ser asumida por la DIAN debido a una omisión en la realización del procedimiento administrativo para llegar a esa conclusión, en especial, en lo que tiene que ver con la correspondencia cursada a la organización. Para desarrollar lo anterior, hizo un relato pormenorizado de las circunstancias fácticas del caso concreto haciendo énfasis en la notificación de los actos administrativos a terceros, más cuando se trata de quienes van a resultar afectados por esas decisiones.

Estos y otros argumentos fueron expuestos en el escrito genitor para concluir que la DIAN violó el debido proceso y los principios de legalidad y equidad, así como el espíritu de justicia que consagra el artículo 683 del E.T.

2.3. Contestación de la Demanda

La Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales- DIAN se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda al considerar que los argumentos de la parte actora deben ser sopesados a la luz de la existencia de normas especiales que rigen el trámite administrativo tributario (art. 661-1). En este sentido, dijo haberse cumplido con lo ordenado por dicha disposición, para lo cual adjuntó las respuestas emitidas por las entidades e instituciones a las cuales se les dio a conocer la sanción del señor Juan Guillermo Posada Ángel, además de la alusión a la publicación que se efectúa en la página web de la entidad.

En su opinión, la sanción al profesional quedó debidamente publicada, ejecutoriada y ejecutada. Pero, si lo anterior no fuera poco, la DIAN sostuvo que la mencionada sanción no le era ajena al representante legal de la empresa demandante, pues el origen de la misma estaba asociada a un proceso administrativo que se tramitó en contra de Global Representaciones LTDA por el desconocimiento de unos costos registrados con proveedor ficticio; entidad en el que el señor Oscar García Garzón también fungía como representante legal. En este proceso fue proferido el respectivo requerimiento especial el cual fue debidamente notificado a la sociedad y del que se derivó la sanción para el contador.

Otra de las razones expuestas, alude a la manifestación del conocimiento que tuvo la parte actora de la comunicación del 1 de noviembre de 2017. Si bien el demandante decidió no darle importancia lo cierto es que se le advirtió de la irregularidad de la declaración de renta del año 2015 derivada de la sanción del contador. Esto es, tuvo conocimiento de la irregularidad y no presentó la declaración de corrección que correspondía.

2.4. Alegatos de Conclusión

En resumen, los siguientes fueron los argumentos principales propuestos en los alegatos de conclusión:

2.4.1. Parte demandante (archivo 11 del expediente)

La apoderada de la parte activa reiteró los argumentos expuestos en la demanda y, en consecuencia, solicitó se acceda a la prosperidad de las pretensiones del escrito

genitor. En su opinión, la declaración de renta del año 2015 fue presentada en los términos estipulados por la ley.

Sin embargo, pese a la oportuna presentación, la empresa advierte que, dos años después, la DIAN tuvo como no presentada la declaración porque el contador que la suscribió se encontraba inhabilitado para firmar las declaraciones según se le había notificado, presuntamente, desde el mes de febrero de 2016, de lo cual no tenía conocimiento la empresa, ni el profesional Juan Guillermo Posada Ángel, ni las empresas con las que el señor tenía contratos fueron notificados personalmente. Por lo cual, ni él, ni la empresa demandante fueron informados por parte de la DIAN de tal situación para corregir dicho documento, solo fue enterada de la situación hasta la notificación de la declaración con sus respectivas multas y sanciones.

En su sentir, por esta omisión, la parte actora entiende que se configuró la violación de normas constitucionales y legales, tales como el debido proceso, la extralimitación de sus funciones y la buena fe, entre otros. En este mismo sentido aclaró que la entidad demandada debe cumplir con la forma de notificación consagrada en los artículos 563 y siguientes, en concordancia con el artículo 730 y 746 del E.T. que nos indican las causales de nulidad de los actos y la presunción de veracidad que se da sobre las declaraciones tributarias mientras no se haya hecho requerimiento alguno.

Frente a este hecho y con conocimiento de la entidad demandada que el señor contador debió ser notificado personalmente y que el mismo trabajaba para varias empresas de Colombia, debió habersele notificado o por lo menos oficiarle acerca de la condición del mismo. Pero la notificación se surtió por aviso, desconociendo la empresa demandante las tales sanciones.

Por lo narrado reiteraron que, ante el desconocimiento por ambas partes del acto sancionatorio, ante el recibido a satisfacción de la declaración de renta del año 2015 y dentro de los términos establecidos para ello, no es posible sancionar a quien de buena fe presentó una declaración de renta con el lleno de los requisitos legales.

En su escrito también mencionó algunos conceptos para concluir que con las pruebas obrantes en el expediente se demuestra que tanto el contador como la empresa demandante no tenía conocimiento de la sanción y, por lo tanto, al momento de la presentación de la declaración se realizó dentro de los parámetros y fechas estipuladas para tal fin.

2.4.2. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (archivo 13 del expediente)

El apoderado de la entidad demandada abordó el análisis del problema jurídico planteado por el Despacho. En su entender, la abogada de la empresa demandante se equivoca al considerar que la decisión de sancionar al señor Juan Guillermo Posada Ángel no fue notificada en debida forma, pues desconoce que el Estatuto Tributario tiene una regulación especial para notificar esas sanciones (art. 661-1).

Bajo este entendido normativo, se encuentra acreditado el cumplimiento de este requisito con los medios de prueba que reposan en el expediente. Adicionalmente, el profesional de la defensa adujo que la DIAN cuenta con una plataforma en su página oficial en la que se publican los profesionales que han sido sancionados por la entidad tributaria; ello con sujeción a lo preceptuado por el artículo 718 del E.T. Empero, si fuera del caso que no se hubiera publicado, de igual manera la decisión sancionatoria no se vería afectada su validez.

Adicionalmente, se advirtió que la resolución por medio de la cual se impuso la sanción se expidió el 22 de febrero de 2016, mientras que la declaración de la accionante fue presentada el 21 de abril del mismo año, es decir, fecha para la cual ya se encontraba publicada y ejecutoriada la decisión sancionatoria, creando así el impedimento al respectivo contador público.

Por otro lado, se advirtió que para la fecha de los hechos el señor Oscar García Garzón fungía como representante legal de la Sociedad Comercial Global Representaciones Limitada y de la aquí demandante sociedad comercial Constructora Santa Rita S.A.S., en ambas, quien asesoraba contablemente era el señor Juan Guillermo Posada. De manera que resulta incoherente pensar que el representante legal desconocía la sanción cuando la misma se impuso por desconocimiento de costos registrados a un proveedor ficticio de la sociedad comercial Global Representaciones Limitada, cuya investigación inició en el año 2014 y cuya sanción se notificó en febrero de 2016.

2.5. Concepto del Ministerio Público: No se pronunció.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Presupuestos procesales

Este despacho es competente para decidir el proceso por la naturaleza del asunto, la cuantía y el territorio (Arts. 155 y 156 del CPACA). Asimismo, se observa que no se ha incurrido en ninguna causal de nulidad que pueda viciar lo actuado, pues las partes tienen capacidad para serlo y comparecer al proceso, están debidamente representadas; la demanda se interpuso dentro de los términos legales, la parte demandada fue notificada adecuadamente, se prescindió de la audiencia inicial con

sujeción a la ley, se incorporaron los medios probatorios allegados con la demanda y la contestación de la demanda, y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión. Es posible entonces proferir sentencia que finiquite la instancia.

Se recuerda que al finalizar cada etapa procesal se efectuó el control de legalidad, sin que se encontraran errores que necesitaran de la adopción de medidas de saneamiento. No se advirtió la necesidad de adoptar correctivo alguno, las partes tampoco manifestaron la configuración de anomalías procesales. En consecuencia, cualquier posible irregularidad se tiene por saneada.

3.2. Delimitación del caso concreto y problemas jurídicos

De conformidad con lo expuesto hasta aquí, queda claro que en el presente litigio no se discute la decisión de sancionar al profesional en contaduría que presentó la declaración de renta de la empresa demandante por el año 2015. De manera que, ninguno de los argumentos planteados en esta providencia estará orientado a dilucidar la legalidad de tal decisión. Y es que, en este proceso se demandó el acto administrativo complejo por medio del cual se tuvo por no presentada la declaración de renta de la Constructora Santa Rita Limitada por el año 2015; no un acto administrativo cuya presunción de legalidad no fue desvirtuada en su debida oportunidad, por lo tanto, una decisión de la administración que cobró ejecutoria y desplegó los efectos para la cual fue expedida.

Ahora, de acuerdo con lo alegado por las partes, el núcleo central de lo que se discute es **la notificación del acto administrativo por medio del cual se sancionó a tal profesional y si ello es constitutivo de violación al debido proceso**; lo cual tendría incidencia en la presentación del denuncia rentístico por el año 2015. La parte actora estima que, al no notificarse adecuadamente esa decisión, se incurrió en una omisión violatoria de los derechos e intereses fundamentales de la sociedad demandante. La DIAN estima que no se incurrió en tal omisión pues adelantó los trámites y gestiones para dar a conocer esa decisión de conformidad con la ley y con la disposición especial que regula la materia.

Según la entidad estatal, tanto el representante legal como el contador que suscribió la declaración de renta por la cual la entidad viene a juicio, conocieron de la sanción, pues el representante legal de la Constructora Santa Rita Limitada también funge como representante legal de otra entidad que fuera la protagonista en el procedimiento administrativo sancionatorio del cual se derivó la imposición de la sanción al contador.

En este orden de ideas, se recuerda que el problema jurídico planteado en el auto por medio del cual se prescindió de la audiencia inicial es:

¿En el proceso se encuentra demostrado que la DIAN impuso una sanción a la entidad demandante con desconocimiento del debido proceso al notificar inadecuadamente la decisión por medio de la cual le impuso una sanción al contador Juan Guillermo Posada Ángel?

Así las cosas, el itinerario que recorrerá la presente providencia girará en torno a la demostración fáctica del conocimiento que tuvieron las partes sobre las consecuencias que acarrearía la sanción del contador que presentó la declaración de renta por la sociedad demandante, pues es este el acto administrativo complejo demandado.

3.3. Tesis del Despacho

En criterio de esta dependencia judicial no existe mérito para acceder a las pretensiones de la demanda, de conformidad con el análisis legal y probatorio del caso concreto. Con sujeción a los argumentos que a continuación se desarrollarán, la entidad demandada conoció oportunamente las posibles consecuencias que le acarrearía el haber presentado una declaración de renta a través de un contador sancionado con la imposibilidad de ejercer ese tipo de actividades. No obstante, dicha decisión fue ignorada por la parte actora, quien a sabiendas de las posibles sanciones y de las consecuencias que estas podrían tener, insistió en desconocer los memoriales y demás trámites administrativos que intentaron persuadirle de realizar las correcciones en el denunció rentístico.

Si fue notificada o no la sanción que se le impuso al ciudadano Juan Guillermo Posada Ángel, lo cierto es que el representante legal de la entidad demandante sí pudo conocer de tal actuación, pero, más importante aún -y lo que es materia de debate- conoció del procedimiento adelantado en su contra por la no presentación de la declaración de renta del año 2015 debido a tal sanción y, pudiendo hacer algo para corregir el error, decidió no hacerlo. Incumpliendo así con sus elementales obligaciones como representante de una persona jurídica de comportarse como un buen hombre de negocios y actuar con la debida cautela para evitar que la administración de impuestos le impusiera las sanciones.

No puede pasarse por alto a esta altura del proceso, que en este estado del litigio no puede discutirse nada que tenga relación con un acto administrativo que no es objeto de control judicial, es decir, lo que se debate no puede llevar a desvirtuar la presunción de legalidad de un acto administrativo que ni siquiera ha sido demandado, por eso, el tema de la debida o indebida notificación de la sanción al

contador se insiste, no puede ser objeto de revisión en este proceso. El debate debe girar en torno a las causales de nulidad sobre el AUTO DECLARATIVO No. 102382018000003 del 23 DE ENERO DE 2018 y los que resolvieron los respectivos recursos.

3.4. Estudio normativo

Los artículos 660 a 661-1 del Estatuto Tributario establecen:

ARTÍCULO 660. SUSPENSIÓN DE LA FACULTAD DE FIRMAR DECLARACIONES TRIBUTARIAS Y CERTIFICAR PRUEBAS CON DESTINO A LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA. <Artículo modificado por el artículo [54](#) de la Ley 6 de 1992. El nuevo texto es el siguiente:>

<Ajuste de las cifras en valores absolutos en términos de UVT por el artículo [51](#) de la Ley 1111 de 2006 (A partir del año gravable 2007). El texto con el nuevo término es el siguiente:> Cuando en la providencia que agote la vía gubernativa, se determine un mayor valor a pagar por impuesto o un menor saldo a favor, en una cuantía superior a \$11.866.000 originado en la inexactitud de datos contables consignados en la declaración tributaria, se suspenderá la facultad al contador, auditor o revisor fiscal, que haya firmado la declaración, certificados o pruebas, según el caso, para firmar declaraciones tributarias y certificar los estados financieros y demás pruebas con destino a la Administración Tributaria, hasta por un año la primera vez; hasta por dos años la segunda vez y definitivamente en la tercera oportunidad. Esta sanción será impuesta mediante resolución por el Administrador de Impuestos respectivo y contra la misma procederá recurso de apelación ante el Subdirector General de Impuestos, el cual deberá ser interpuesto dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la sanción.

Todo lo anterior sin perjuicio de la aplicación de las sanciones disciplinarias a que haya lugar por parte de la Junta Central de Contadores.

Para poder aplicar la sanción prevista en este artículo deberá cumplirse el procedimiento contemplado en el artículo siguiente.

ARTÍCULO 661. REQUERIMIENTO PREVIO AL CONTADOR O REVISOR FISCAL. El funcionario del conocimiento enviará un requerimiento al contador o revisor fiscal respectivo, dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de la providencia, con el fin de que éste conteste los cargos correspondientes. Este requerimiento se enviará por correo a la dirección que el contador hubiere informado, o en su defecto, a la dirección de la empresa.

El contador o revisor fiscal dispondrá del término de un (1) mes para responder el requerimiento, aportar y solicitar pruebas.

Una vez vencido el término anterior, si hubiere lugar a ello, se aplicará la sanción correspondiente. La providencia respectiva se notificará personalmente o por edicto y se comunicará a la Junta Central de Contadores para los fines pertinentes.

ARTÍCULO 661-1. COMUNICACIÓN DE SANCIONES. <Artículo modificado por el artículo [54](#) de la Ley 6 de 1992. El nuevo texto es el siguiente:> Una vez en firme en la vía gubernativa las sanciones previstas en los artículos anteriores, la Administración Tributaria informará a las entidades financieras, a las Cámaras de Comercio y a las diferentes oficinas de impuestos del país, el nombre del contador y/o sociedad de contadores o firma de contadores o auditores objeto de dichas sanciones.

En este orden de ideas, queda claro que el Estatuto Tributario impone una específica forma de notificar las sanciones que se profieran en contra de los contadores y revisores fiscales.

3.5. Medios Probatorios Relevantes

- a. Certificado de existencia y representación de la Constructora Santa Rita Limitada (páginas 22 a 25 del archivo 01 del expediente).
- b. Oficio del 01 de noviembre de 2017 mediante la cual se le informa al señor Oscar García Garzón unas inconsistencias en la presentación de algunas declaraciones (Pág. 27 y 214 del archivo 1 del expediente).
- c. Correo electrónico remitido a la dirección reportada en el RUT en donde se informa la notificación por publicación de un memorial devuelto por el correo (Pág. 31 del archivo 01 del expediente).
- d. Memorial del 04 de diciembre de 2017 en el que se remite copia de la resolución sanción contador y/o revisor fiscal al señor Oscar García Garzón (Pág. 33 del archivo 1 del expediente).
- e. Resolución sanción contador n° 128 del 22 de febrero del 2016 (págs. 40 a 49 del archivo 01 del expediente).
- f. Copia edicto n° 8 por medio de la cual se publica la sanción al señor Juan Guillermo Posada Ángel (pág. 50 del archivo 01 del expediente).
- g. Auto declarativo n° 102382018000003 del 17 de enero de 2018, mediante el cual se informó que se entiende por no presentada la declaración de renta de la sociedad demandada por el año gravable 2015 (págs. 51 a 53 del archivo 01 del expediente).
- h. Resolución por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición del 12 de febrero de 2018 (págs. 54 a 56 del archivo 01 del expediente).
- i. Resolución por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación del 19 de febrero de 2018 (pág. 58 a 62 del archivo 01 del expediente).
- j. Recurso de reposición (págs. 63 a 67 del archivo 01 del expediente).
- k. Requerimiento especial del 28 de marzo de 2015, mediante el cual el señor Oscar García Garzón, como representante legal de Global Representaciones Limitada, explica algunos movimientos de la empresa que representa para procurar la firmeza de la declaración de renta presentada por el año 2012 (pás. 151 a 159 del archivo 01 del expediente).

- l. Requerimiento especial de renta sociedades obligados a llevar contabilidad a la empresa Global Representaciones Limitada (págs. 160 a 161 del archivo 01 del expediente).
- m. Anexo al requerimiento especial n° 102382014000033 del 19 de diciembre de 2014 (págs. 162 a 183 del archivo 01 del expediente).
- n. Acta de hechos expedida por la DIAN en la cual se registra una comunicación telefónica con el señor Juan Guillermo Posada Ángel sobre la suscripción de unas declaraciones de renta en la época en la cual se encontraba sancionado (pág. 213 del archivo 01 del expediente).
- o. Acta de hechos del 14 de noviembre de 2017 expedida por la DIAN mediante la comunicación en la cual se dejó constancia de la devolución y publicación del oficio del 01 de noviembre de 2017 (pág. 222 del archivo 01 del expediente).

3.6. Caso concreto

En el proceso se encuentra demostrado lo siguiente:

1. La DIAN expidió requerimiento especial n° 102382014000033 del 19 de diciembre de 2014 mediante la cual le propuso modificar a **Global Representaciones Limitada** su declaración de renta. En este documento se expusieron extensamente las razones de la decisión y se dejaron claras las consecuencias de las anomalías que se encontraban en la declaración.

En este documento se advierte, en un acápite específico -“sanción a contador o revisor fiscal”-, el contenido del artículo 659 del Estatuto Tributario y se enuncia específicamente que ha sido el señor Juan Guillermo Posada Ángel quien suscribió el denuncia rentístico objeto del procedimiento tributario (pág. 181 del archivo 01 del expediente).

Valga resaltar que el representante de la sociedad **Global Representaciones Limitada** es el señor Oscar García Garzón, es decir, el mismo representante legal de la empresa que demanda a la Dirección de Impuestos. De manera que existe evidencia de la que se puede colegir que el señor García Garzón estaba enterado de las posibles consecuencias que conllevaría la investigación que adelantaba la DIAN.

En este apartado, pese a que no se trata de un acto administrativo proferido en contra de la empresa que demanda en este proceso, lo que se quiere mostrar es que, como ambas empresas comparten el representante legal, es posible colegir el conocimiento que tenía el señor Oscar García Garzón de los trámites que adelantaba la DIAN y las posibles consecuencias que ello podría acarrearle.

2. En el expediente reposa “acta de hechos”, del 31 de octubre de 2017, en la que se refiere la comunicación que sostuvo la DIAN con el señor Juan Guillermo Posada Ángel sobre las declaraciones tributarias que se firmaron en la época en la que estuvo sancionado por la resolución 128 del 22 de febrero de 2016 (pág. 213 del archivo 01 del expediente). De ello se resalta como la señora Elda Ludivia Gallego López, funcionaria de la Administración de Impuestos, le informó que en los próximos días se remitiría el oficio persuasivo sobre el tema, ante lo cual contestó que buscaría llamar al señor García Garzón para gestionar lo pertinente.

En estos términos, en el plenario reposa prueba que demuestra que el contador de la empresa demandante conocía de las consecuencias que podría acarrear la sanción que se le impuso y se demuestra además la diligencia de la administración de impuestos para dar a conocer la decisión de invitar a corregir las declaraciones de renta objeto de revisión. No se logra explicar muy bien las razones que llevaron al empresario y su contador para no actuar de manera preventiva y evitar lo que pudo haberse evitado.

3. En el expediente también se encuentra probado que la DIAN remitió oficio UAE DIAN 110238418-00764, con destino al señor Oscar García Garzón en la que se le informa sobre inconsistencias en algunas declaraciones de renta presentadas por contador sancionado y en las que se le invita a realizar los ajustes de manera voluntaria para evitar la aplicación de las sanciones por no declarar. Dicho oficio se remitió a la calle 20 21-38 oficina 503 Edificio Banco de Bogotá (pág. 214-218 del archivo 01 del expediente).

Llama la atención el contenido de este oficio, pues es muy claro en poner en conocimiento la posibilidad de enmendar los posibles yerros en los que pudo haber incurrido la entidad y los que pudo haber subsanado con unas mínimas condiciones de previsión y autocuidado. Sin embargo, llama aún más la atención el hecho de haber sido devuelto aduciendo ser destinatario desconocido cuando la dirección y ubicación de la oficina es la misma que reposa en la información que se encuentra en el expediente para recepcionar las notificaciones.

4. Como si lo anterior fuera poco, en el expediente reposa prueba de un correo electrónico remitido a la dirección: oscargaga@une.net.co en el que se enuncia la remisión del mismo memorial mencionado en el numeral anterior, de manera que puede entenderse que la entidad tributaria realizó un esfuerzo considerable por darle a conocer la decisión en la que se llamaba la atención sobre las

posibles consecuencias que se configurarían en caso de no tomarse medidas (pág. 220).

De acuerdo con la información del expediente se encuentra que esta dirección de correo electrónico es la misma que reposa en el RUT visible en la página 205 del archivo 01 del expediente a nombre del ciudadano Oscar Garzón García. De manera que no hay razones para desestimar que el representante legal de la entidad tenía conocimiento de las posibles sanciones que se le iban a imponer si no realizaba la corrección voluntaria de las respectivas declaraciones de renta.

5. También se puede tener por probado que la DIAN se comunicó telefónicamente con el señor Oscar García Garzón con el fin de informarle sobre el correo electrónico a él remitido y la devolución del memorial dirigido a su nombre. Además, se le informó acerca de la publicación en la página web del oficio varias veces referido. Quien contestó la llamada, manifestó tomaría nota de la información y se la suministraría al señor García Garzón (pág. 222 archivo 01).

No puede desconocer e ignorar la parte actora que la administración de impuestos hizo lo que estuvo a su alcance para dar a conocer la decisión. No se le puede pedir más a una entidad pública quien por todos los medios intentó poner en sobre aviso y en alerta sobre las decisiones de la administración.

6. En el plenario reposa constancia de la publicación realizada en la página web de la entidad en la página 225 del archivo 01 del expediente digitalizado, junto con la copia de tal oficio. De lo que se puede colegir que corresponde al memorial publicado.

Es decir, que los medios que empleó la administración para dar a conocer la decisión fueron considerables.

7. Especial atención merece el oficio radicado por el señor Oscar García Garzón ante la entidad tributaria, en el que se pronuncia sobre el oficio UAE DIAN 110238418-00764 en los siguientes términos:

“Ahora bien en cuanto al asunto del oficio de la referencia que trata de las declaraciones de renta consideradas como no presentadas, de las empresas de la cuales soy representante legal (Carbogas Limitada -Global Representaciones Limitada -Constructora Santa Rita Limitada) desde el mes de febrero del día 13 de 2.017, se le solicito a la Administradora de Impuestos en ejercicio en ese entonces copia de la Resolución 128 del 22 de febrero de 2.016 para los efectos Legales y pertinente a que hubiera lugar y no fue posible que dicha petición fuera atendida en su oportunidad”.

En este sentido de esta manifestación se puede colegir que el representante legal de la sociedad actora conocía las razones por las cuales se les estaba abriendo el proceso investigativo y se les estaba permitiendo realizar la corrección voluntaria de la situación anómala. Nótese que ya desde el 13 de febrero de 2017, el señor Oscar García Garzón reclamaba la resolución por medio de la cual se sancionó a su contador, pero, debiendo actuar con prudencia y como un buen hombre de negocios en la gestión de sus actividades, prefirió ignorar la situación y no realizar las modificaciones que le fueran sugeridas.

En este sentido, la situación compagina con lo advertido en la fijación del litigio realizada por el Despacho cuando se recogió dentro del auto lo siguiente:

“De acuerdo a lo afirmado por la empresa demandante fue informada por la DIAN del oficio persuasivo n° UAE DIAN 11023418-00764 del 01 de noviembre de 2017, según el cual debía presentar la declaración de renta y complementarios correspondiente al año gravable 2015. Sin embargo, el representante de la entidad ignoró dicho oficio persuasivo, considerándolo un error de esa dependencia, pues se desconocía la existencia de una sanción impuesta al contador de la empresa”.

Dicha afirmación fue extraída de la demanda y no fue objeto de contradicción en ningún momento procesal, auscultándose así el conocimiento que tenía la sociedad demandante de los oficios remitidos por la administración de impuestos.

De manera que no puede la parte demandante endilgarle la responsabilidad a la entidad por unas omisiones en las que ella misma incurrió, pues no fue cautelosa en la presentación de unas declaraciones de renta de quien se sabía se encontraba dentro de una sanción por irregularidades cometidas en otra declaración de renta de las empresas que compartían el mismo representante legal.

8. A lo ya relatado se suma la copia del derecho de petición radicado el 13 de febrero de 2017, mediante el cual se pretendía obtener copia de la resolución sancionatoria n° 128 del 22 de febrero del año 2016 junto con la copia de la constancia de notificación por edicto. De lo anterior se desprende el conocimiento de la decisión adoptada por la administración de impuestos.
9. Ahora, en cuanto a la sanción contenida en la resolución 128 del 22 de febrero de 2017 tenemos que en el expediente reposa, no solo la resolución como tal, sino la constancia de publicación del edicto n° 8 fijado por 10 días a partir del

16 de marzo de 2016 y desfijado el 01 de abril de esa misma anualidad, todo según consta en la página 245 del archivo 01 del expediente.

De manera que, con sujeción a la norma especial que regula la comunicación de estas decisiones, la DIAN cumplió con efectuar la publicación del edicto y, por ende, se entiende que la decisión quedó en firme y es oponible a terceros por haberse surtido el proceso de comunicación respectivo.

Además, la eventual discusión que se pueda suscitar por la mencionada sanción no puede ser objeto de revisión por parte de esta servidora; pues la discusión sobre la notificación de esa sanción ha debido ventilarse en su debida oportunidad. Sin embargo, tal parece que no se hizo, o por lo menos no se demuestra en este trámite procesal, por ende, no se ha desvirtuado la firmeza de ese acto ni su presunción de legalidad.

10. También reposa en el plenario “informe acto administrativo” de la Dirección Seccional de Impuestos de Cali en la que se deja constancia de la remisión y notificación de la decisión al señor Juan Guillermo Posada Ángel con dirección calle 7 n° 6-45 del barrio Belalcázar del Municipio de Yumbo, Valle. Fecha de remisión 02 de marzo de 2016 (pág. 246 del archivo 01 del expediente).

De esta manera, para el Despacho no queda duda que la administración de impuestos desplegó esfuerzos administrativos considerables para dar a conocer sus decisiones, aun así, se persistió por la parte actora en la decisión de aseverar el desconocimiento de tales decisiones.

Valga resaltar que es la dirección que reposa en el RUT a nombre de Juan Guillermo Posada Ángel visible en la página 208 del archivo 01 del expediente.

11. Otro de los puntos que llama la atención de esta funcionaria judicial, es que se desconocen las razones por las cuales no se demandó el acto por medio del cual se impuso la sanción al contador. Dicho acto administrativo era susceptible de ser controlado judicialmente por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, sin embargo, en el plenario no reposa prueba alguna de que esa decisión se haya controvertido. Pareciera que la empresa demandante haya aprovechado la oportunidad para poner en tela de juicio esa decisión y hacerla parte de su alegato para exonerarse de sus obligaciones, cuando el señor Posada Ángel pudo hacerlo oportunamente.

Por esta razón el Despacho no logra ser persuadido al mostrarle un escenario virtual de desconocimiento de las decisiones de la administración tributaria, cuando las mismas no han sido objeto de revisión por autoridad judicial alguna.

No es esta entonces la oportunidad procesal para controvertir decisiones que en su momento no fueron puestas en tela de juicio y que ahora se aspira hacerlo de manera tardía.

12. De acuerdo con lo probado en el proceso no se puede confundir la firmeza del acto administrativo que impuso la sanción al contador con los actos administrativos cuya nulidad aquí se pretende. Nótese que no existe prueba documental que dé cuenta de la formulación de recurso judicial alguno en contra de la decisión que impuso la sanción al contador, pues de lo contrario habría que analizar la existencia de un pleito pendiente. Lo que conlleva a que dicha decisión se encuentre en firme, desplegó los efectos que pretendía y trajo las consecuencias que hoy son objeto de revisión.

Sin embargo, el Despacho no comparte la estrategia de litigio tendiente a que se ventile una discusión que no se esgrimió por el medio procesal idóneo, ello implicaría reavivar decisiones administrativas que ya surtieron sus consecuencias y sobre las que ya no es posible efectuar un pronunciamiento autónomo. De manera que, puede decirse, la estrategia de litigio de la parte actora es un intento fracasado por evadir una sanción pecuniaria por la no presentación de la declaración de renta en los términos legales.

13. Para el Despacho no queda duda que las causales de nulidad alegadas están relacionadas con el acto administrativo por medio del cual se sancionó a un contador, mismo que, como ya se dijo, fue el que presentó la declaración de renta por el año 2015. Esto nos lleva a decir que no se vislumbra que los actos administrativos demandados adolezcan de vicios, sino que su origen se circunscribe a un acto administrativo que no fue controvertido en sede judicial.

Y es que el tema es tan controversial que, en criterio de esta servidora, lo que se observa es que se están planteando discusiones frente a un acto administrativo que no fue demandado en su debida oportunidad y que es al que se le endilgan las causales de nulidad de los actos administrativos que le sucedieron. Por tal motivo, el Despacho no cohonesta con que se revivan discusiones que no se dieron en su momento, por lo que resulta inexcusable que, a sabiendas del llamado de atención y del oficio persuasivo emitido por la DIAN para que tomaran decisiones en torno a esa declaración de renta del año 2015, la entidad demandante no lo haya hecho y haya preferido, tácitamente, la imposición de la sanción por no realizar las correcciones del caso.

14. De conformidad con lo anterior, el Despacho no comparte la línea argumentativa del demandante cuando trae a colación los artículos sobre la notificación de los actos administrativos de la Ley 1437 de 2011, pues dicha

norma es una norma general que se aplicaría subsidiariamente si no existiera la regulación específica del Estatuto Tributario. Además, se insiste, entrar a evaluar la notificación del acto administrativo sancionatorio sería revivir discusiones jurídicas que en su momento no se dieron, lo cual escapa al examen de legalidad que se pretende en el presente proceso, pues se trata de un acto administrativo que se encuentra en firme, no fue demandado y, por lo tanto, goza de la presunción de legalidad.

3.7. Conclusión

Se negarán las pretensiones de la demanda, toda vez que en el proceso no se desvirtuó la presunción de legalidad del acto administrativo complejo demandado.

3.8. Sobre las excepciones

No se propusieron excepciones de mérito, se esbozaron argumentos en contra de la demanda, pero, no propiamente excepciones.

3.9. Condena en costas

Con fundamento en el artículo 188 del CPACA, se condena en costas a cargo de la parte actora y en favor de la entidad demandada, debido a la no prosperidad de las pretensiones de la demanda. Por agencias en derecho se fijan las sumas correspondientes al 6% de las pretensiones de la demanda, conforme lo estipulado en el artículo 5º numeral 1º del Acuerdo PSAA16-10554 agosto 5 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

4. FALLA

PRIMERO: NEGAR LAS PRETENSIONES de la demanda promovida por la sociedad CONSTRUCTORA SANTA RITA LIMITADA en contra de la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES- DIAN.

SEGUNDO: SE CONDENAN EN COSTAS a la parte actora en favor de la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES- DIAN. Las agencias en derecho se fijan en el 3% de las pretensiones de la demanda, conforme lo estipulado en el artículo 5º numeral 1º del Acuerdo PSAA16-10554 agosto 5 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, por la suma de \$4.788.690.

TERCERO: Una vez se encuentre ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previa cancelación de las anotaciones en el aplicativo Justicia XXI.

JPRC

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA

JUEZ

Firmado Por:

Claudia Yaneth Muñoz Garcia

Juez

Juzgado Administrativo

001

Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **7c07c5cb2bbd0545232204a3de9b89d93b4d5a5b46171cf2e27a53181f487fc5**

Documento generado en 30/09/2022 01:38:50 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

RADICADO:	17001-33-33-001-2019-00077-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	JOSÉ ALDEMAR FRANCO ARISTIZÁBAL
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE VILLAMARÍA- CALDAS
SENTENCIA No	158
ESTADO No	102 DEL 03 DE OCTUBRE DE 2022

1. ASUNTO

Agotado como se encuentra el trámite de la instancia, procede el Despacho a proferir sentencia anticipada dentro del proceso referenciado anteriormente, de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 182A del CPACA.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones de la demanda

La parte actora formuló las siguientes pretensiones que se transcriben literalmente -con todo y errores ortográficos y de digitación-:

1. Que **SE DECLARE** la Nulidad del oficio sin número del 22 de octubre de 2018 proferido por el **MUNICIPIO DE VILLAMARÍA** donde se niega la devolución de aportes -indemnización sustitutiva- al señor **JOSÉ ALDEMAR FRANCO ARISTIZÁBAL** a la que tiene derecho legal y económico.
2. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, igualmente **SE DECLARE** que la parte accionante tiene pleno derecho a que **EL MUNICIPIO DE VILLAMARÍA** le Reconozca y pague la devolución de aportes -indemnización sustitutiva- por valor de **\$ 5.305.511,96** de acuerdo al cálculo realizado y con base a los descuentos realizados por los períodos laborados por el demandado al servicio del ente territorial, o la cifra mayor que resulte probada.
3. **SE CONDENE** al **MUNICIPIO DE VILLAMARÍA** a pagar a favor de mi mandante, los intereses moratorios, conforme lo ordena el inciso 3ro del artículo 192 del C.P.A.C.A.

(...)

2.2. Hechos Relevantes

En este apartado, el Juzgado considera oportuno transcribir la fijación del litigio que se hiciera en el proceso, en la medida que allí las partes aceptaron cuáles eran las circunstancias fácticas más relevantes para el proceso. Así las cosas, los hechos más sobresalientes se presentan así:

1. El señor José Aldemar Franco Aristizábal nació el 03 de agosto de 1948. *Hecho aceptado por la entidad demandada y documentado en la página 71 del archivo 01 del expediente.*
2. El señor Franco Aristizábal trabajó al servicio del Municipio de Villamaría como maquinista de bomberos entre el 01 de diciembre de 1970 y el 14 de abril de 1975 y como conductor de la alcaldía entre el 24 de noviembre de 1987 hasta el 31 de diciembre de 1992. *Hecho aceptado por la entidad demandada y documentado en las páginas 69, 72, 77, 81, 87 y 110 del archivo 01 del expediente.*
3. El demandante presentó, el 12 de octubre de 2018, solicitud de reconocimiento y pago de la devolución de aportes y descuentos realizados por concepto de seguridad social durante el tiempo que laboró al servicio del ente territorial. La entidad demandada negó la solicitud. *Hecho aceptado por la entidad demandada y documentada en las páginas 106 a 109 del archivo 01 del expediente.*

En este contexto, la parte actora reclama la nulidad del oficio sin número del 22 de octubre de 2018 proferido por la entidad territorial y a título de restablecimiento del derecho se le reconozca y pague la indemnización sustitutiva o la devolución de aportes realizados al Municipio de Villamaría, intereses moratorios y se condene en costas y agencias en derecho a la mencionada entidad.

2.3. Contestación de la demanda

El Municipio de Villamaría (págs. 59 a 62 del archivo 01 del expediente), luego de pronunciarse sobre cada uno de los hechos de la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la misma por considerar que al Municipio de Villamaría no le corresponde acceder a lo pedido, debido a que la liquidación y reconocimiento de la indemnización sustitutiva le corresponde a Colpensiones, por tratarse de la institución encargada de los asuntos relacionados con el régimen de prima media con prestación definida.

Bajo este entendido, sostuvo que antes de la Ley 100 de 1993 no existía la figura exigida por el demandante. Por eso, ante cualquier reclamo, y en vista de encontrarse inscrito en Colpensiones, es ante esta entidad que se debe elevar la solicitud.

2.4. Alegatos de Conclusión

En resumen, los siguientes fueron los argumentos principales propuestos en los alegatos de conclusión:

2.4.1. Municipio de Villamaría (archivo 14 del expediente)

El apoderado del Municipio de Villamaría expresó que en la contestación de la demanda se refirió la falta de competencia de la entidad territorial para impartirle trámite a la solicitud del accionante, toda vez que la entidad sobre la que recae liquidar, devolver aportes u otorgar un reconocimiento pensional, corresponde, en el caso concreto, a Colpensiones.

Más adelante citó la respuesta que se le emitió al ciudadano para responder su petición, con el fin de ratificar su postura en torno a la falta de legitimación por pasiva para dar cumplimiento a las pretensiones de este, toda vez que desborda el marco de acción material de la entidad municipal.

2.4.2. Parte actora (archivo 16 del expediente)

En primer lugar, la parte actora hizo un recuento de las vinculaciones del demandante y, posteriormente, afirmó que la Corte Constitucional ha desarrollado una línea jurisprudencial en el sentido de reconocer la indemnización sustitutiva de los trabajadores afiliados antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993. En este sentido citó varios pronunciamientos (T-972 de 2000, T-1088 de 2007, T-099 de 2008, T-286 de 2008, T-849A de 2009, T-957-10, T-125-18, T-149-19).

Luego se refirió a la finalidad de la indemnización sustitutiva e hizo alusión a los artículos 13 de la Ley 100 de 1993 y 2 del Decreto 1730 de 2001, normas que disponen la liquidación de la indemnización sustitutiva, incluso antes de la vigencia de la referida Ley 100 de 1993.

Concluyó afirmando que de una lectura de las normas legales y de la línea decisional trazada por la Corte Constitucional el demandante tiene derecho a que el Municipio de Villamaría le reconozca y pague la respectiva devolución de aportes.

2.5. Concepto del Ministerio Público: No se pronunció.

2.6. Medios Probatorios Relevantes

- a. Petición radicada el 12 de octubre de 2018 (págs. 20 a 21 del archivo 01 del expediente).
- b. Respuesta a petición (pág. 22 del archivo 01 del expediente).
- c. Certificados de información laboral (págs. 23 a 35 del archivo 01 del expediente).
- d. Certificado de períodos laborados para el Municipio de Villamaría (pág. 36 del archivo 01 del expediente).
- e. Acto administrativo de nombramiento y posesión del señor José Aldemar Franco Aristizábal (págs. 60-70 del archivo 01 del expediente).
- f. Expediente administrativo del señor demandante (págs. 72 a 104 del archivo 01 del expediente).

4. CONSIDERACIONES

4.1. Presupuestos procesales

Este despacho es competente para decidir el proceso por la naturaleza del asunto, la cuantía y el territorio (Arts. 155 y 156 del CPACA). Asimismo, se observa que no se ha incurrido en ninguna causal de nulidad que pueda viciar lo actuado, pues las partes tienen capacidad para serlo y comparecer al proceso, están debidamente representadas; la demanda se interpuso dentro de los términos legales, la parte demandada fue notificada adecuadamente, se prescindió de la audiencia inicial con sujeción a la ley, se incorporaron los medios probatorios allegados con la demanda y la contestación de la demanda, y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión. Es posible entonces proferir sentencia que finiquite la instancia.

Se recuerda que al finalizar cada etapa procesal se efectuó el control de legalidad, sin que se encontraran errores que necesitaran de la adopción de medidas de saneamiento. No se advirtió la necesidad de adoptar correctivo alguno, las partes tampoco manifestaron la configuración de anomalías procesales. En consecuencia, cualquier posible irregularidad se tiene por saneada.

4.2. Delimitación del caso concreto y problemas jurídicos

De acuerdo con los antecedentes del caso concreto, es posible entonces concluir que el demandante persigue el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva prevista en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, bajo el entendido que

trabajó y cotizó para efectos pensionales con el Municipio de Villamaría donde se desempeñó como maquinista bombero entre el 01 de diciembre de 1970 y el 14 de abril de 1975 y como conductor de la alcaldía de ese mismo ente municipal entre el 24 de noviembre de 1987 y el 31 de diciembre de 1992.

La entidad demandada estima que no es la entidad competente para realizar este pago sino Colpensiones, administradora de fondo de pensiones en la que, supuestamente, se encuentra afiliado el demandante.

En este orden de ideas, se recuerda que el problema jurídico planteado en el auto por medio del cual se prescindió de la audiencia inicial es:

¿El demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva o devolución de aportes por parte del Municipio de Villamaría?

Con la solución al anterior problema jurídico se resolverán de contera los argumentos propuestos por la entidad demanda para su defensa.

4.3. Tesis del Despacho

En el presente caso existe mérito para acceder a las pretensiones de la demanda a la luz de las sentencias de la Corte Constitucional. En ellas se logra apreciar una línea decisional consolidada que reconoce el derecho de los afiliados a un fondo pensional privado o público para que se les haga la devolución de aportes, so pena de incurrir en enriquecimiento sin causa.

De acuerdo con lo anterior, en el proceso se demostró que el señor José Aldemar Franco Aristizábal trabajó para el Municipio de Villamaría, entidad a la que efectuó los respectivos aportes al entonces sistema pensional. También se acreditó que no le fue posible cumplir con los requisitos que establece la ley para acceder a la prestación económica por vejez; condiciones suficientes para que se pueda ordenar el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva en cabeza de la entidad territorial.

Debe decirse, en gracia de discusión, que en el plenario no se encuentra probado que el Municipio de Villamaría haya efectuado el traslado de aportes a la entidad pensional que fuere del caso con ocasión de la vigencia del sistema pensional creado por la Ley 100 de 1993, de manera que al no probarse donde reposan estos dineros, quien debe asumir la responsabilidad es a quien se le sufragaron los montos respectivos por concepto pensional.

En sintonía con el derecho a la igualdad de trato, al principio de favorabilidad laboral y a la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador, la decisión no puede ser otra, en la medida que acceder a las pretensiones de la demanda es la decisión que más se acompasa con el ordenamiento jurídico colombiano y con la Constitución Política de Colombia, como piedra angular del entramado institucional y legal.

No se puede pasar por alto que de la Constitución de 1991 se deriva la validez formal y material de las demás normas del ordenamiento jurídico, además de las funciones directiva e integradora de la supremacía constitucional, lo que supone que ante decisiones restrictivas de los derechos individuales se deba preferir las interpretaciones que mejor resuelvan o materialicen las disposiciones de la carta fundamental.

4.4. Estudio normativo y jurisprudencial

El artículo 37 de la Ley 100 de 1993 establece:

ARTÍCULO 37. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.

En primer lugar, se hace notar que la norma que se acaba de transcribir no establece límite temporal alguno, ni condiciones específicas para el pago de la indemnización sustitutiva, basta con haber cumplido la edad para acceder a la pensión, haber cotizado y no tener posibilidad de cumplir con los requisitos previstos en la ley para acceder a la prestación económica.

Por su parte el Decreto 1730 de 2001, reglamentario del artículo 37 de la Ley 100 de 1993 señala:

ARTICULO 1º-Causación del derecho. [Modificado por el Decreto Nacional 4640 de 2005](#). Habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva prevista en la Ley 100 de 1993, por parte de las administradoras del régimen de prima media con prestación definida, cuando con posterioridad a la vigencia del sistema general de pensiones se presente una de las siguientes situaciones:

- a) Que el afiliado se retire del servicio habiendo cumplido con la edad, pero sin el número mínimo de semanas de cotización exigido para tener

derecho a la pensión de vejez y declare su imposibilidad de seguir cotizando;

- b) Que el afiliado se invalide por riesgo común sin contar con el número de semanas cotizadas exigidas para tener derecho a la pensión de invalidez, conforme al artículo 39 de la Ley 100 de 1993;
- c) Que el afiliado fallezca sin haber cumplido con los requisitos necesarios para que su grupo familiar adquiera el derecho a la pensión de sobrevivientes, conforme al artículo 46 de la Ley 100 de 1993;
- d) Que el afiliado al sistema general de riesgos profesionales se invalide o muera, con posterioridad a la vigencia del Decreto-Ley 1295 de 1994, como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, la cual genere para él o sus beneficiarios pensión de invalidez o sobrevivencia de conformidad con lo previsto en el artículo 53 del Decreto-Ley 1295 de 1994.

ARTÍCULO 2º-Reconocimiento de la indemnización sustitutiva. Cada administradora del régimen de prima media con prestación definida a la que haya cotizado el trabajador, deberá efectuar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, respecto al tiempo cotizado.

En caso de que la administradora a la que se hubieren efectuado las cotizaciones haya sido liquidada, la obligación de reconocer la indemnización sustitutiva corresponde a la entidad que la sustituya en el cumplimiento de la obligación de reconocer las obligaciones pensionales.

En el caso de que las entidades que hayan sido sustituidas en la función de pagar las pensiones por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, Fopep, será ésta la entidad encargada del pago, mientras que su reconocimiento continuará a cargo de la caja o fondo que reconozca las pensiones.

Para determinar el monto de la indemnización sustitutiva se tendrán en cuenta la totalidad de semanas cotizadas, aún las anteriores a la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, la Ley 100 de 1993 cobija a todos los habitantes del territorio nacional, por tanto, las normas que regulan lo referente a la indemnización sustitutiva también tienen aplicación en relación con aquellas personas que cotizaron bajo la vigencia de la anterior normatividad y cuya situación jurídica no se consolidó en aplicación de normas precedentes. Por tanto, es viable conceder la indemnización sustitutiva reconociendo las semanas cotizadas aún con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley, ya sea en el sector público o en el privado.

4.4.1. La Jurisprudencia de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional en sentencia T-125 de 2018 reiteró la jurisprudencia que sobre el tema ha sostenido y, al efecto, sostuvo lo siguiente:

(...) 5.1 El reconocimiento de la pensión de vejez depende del cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley, ya sea del sistema general de seguridad social en pensiones o de alguno de los regímenes anteriores a su entrada en vigencia. Sin embargo, en ocasiones las personas no logran reunir las exigencias dispuestas por el Legislador para acceder a esa prestación, por lo que el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 dispuso una herramienta compensatoria denominada indemnización sustitutiva de la pensión. Dicha norma establece:

“(...)”.

Esta prestación económica generó inquietudes en cuanto al reconocimiento a favor de aquellas personas que cotizaron o prestaron sus servicios con anterioridad a su creación. La problemática fue dilucidada por la Corte al afirmar que las personas que prestaron sus servicios y/o cotizaron bajo regímenes legales anteriores tienen derecho al reconocimiento de una indemnización sustitutiva de vejez. Lo anterior bajo los siguientes argumentos¹:

(i) Su desconocimiento contraviene el principio de favorabilidad en materia laboral consagrado en el artículo 53 de la Constitución, en concordancia con el artículo 21 del Código Sustantivo de Trabajo.

(ii) Las entidades a las que se le realizaron los aportes incurren en un enriquecimiento sin causa al retener los recursos que constituyen un ahorro del trabajador y es a este a quien le correspondería, en primer lugar, disfrutarlos.

(iii) La indemnización sustitutiva prevista en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 no dispuso un límite temporal para su aplicación, luego también son beneficiarias las personas que cotizaron o prestaron sus servicios con anterioridad. Además, no se condicionó su reconocimiento a cotizaciones posteriores a su expedición.

(iv) El Sistema General de Seguridad Social en Pensiones reconoce, en el literal f) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que se puede tener en cuenta los tiempos de servicio o semanas cotizadas con anterioridad a su creación y bajo disposiciones precedentes con independencia de si fueron cotizados al Instituto de Seguro Social, caja, fondo o entidad del sector público o privado.

(v) Se trata de un derecho irrenunciable del trabajador que a su vez es imprescriptible.

(vi) Si bien el trabajador no tiene que renunciar a la expectativa de cumplir las semanas exigidas en la ley o el capital requerido, según el régimen pensional que haya elegido, lo cierto es que tampoco existe la obligación de continuar efectuando aportes hasta completar las exigencias legales para que le reconozcan la pensión, por lo que resulta válido que una vez haya alcanzado la edad mínima para acceder a la prestación periódica pueda proceder a solicitar la indemnización.

¹ Sentencia T-122 de 2016. Ver además las sentencias T-850 de 2008, T-1075 de 2012, T-083 de 211, T-062 de 2012 y T-865 de 2013

5.2 Ahora bien, la jurisprudencia constitucional adoptó esta interpretación no solo en los casos de personas que trabajaron en el sector privado, sino también para los exservidores públicos. Sobre el particular, ha concluido lo siguiente²: *i)* por virtud del derecho a la igualdad, favorabilidad pensional y el efecto útil de la norma, se aplica indistintamente de si el trabajador fue afiliado o no por la entidad territorial a una caja o fondo prestacional; *ii)* todos los tiempos servidos -debidamente acreditados- antes de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 son computados para efectos de la liquidación, de conformidad con el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, y en especial, el Decreto 1730 de 2001 modificado por el Decreto 4640 de 2005; *iii)* cuando el vínculo laboral terminó sin que la entidad territorial trasladara el riesgo a una caja o fondo, esta mantiene la responsabilidad de asunción del reconocimiento y pago de la indemnización; y *iv)* debe verificarse que el reclamante esté en imposibilidad de acceder a una pensión de vejez.

5.3 Puede decirse entonces que la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez es una figura creada por el legislador en favor de aquellas personas que no logran acreditar el mínimo de semanas de cotización exigidos en el sistema general de pensiones o en alguno de los regímenes anteriores a su entrada en vigencia. Esta prestación tiene fundamento en que es el trabajador quien debe disfrutar de sus ahorros, razón por la cual estos no pueden ser retenidos por los empleadores, *so pena* de incurrir en un enriquecimiento sin justa causa. La indemnización sustitutiva es reconocida también a quienes cotizaron o prestaron sus servicios con anterioridad a la Ley 100 de 1993, pues el artículo 37 de dicha normatividad no dispuso un límite temporal para su aplicación, ni condicionó su reconocimiento a cotizaciones posteriores a su expedición.

El Despacho es del criterio que la *ratio decidendi* acabada de esbozar es lo suficientemente clara como para que sea innecesario realizar otro tipo discusión en torno a la materia. El precedente aplicable de la Corte Constitucional resulta obligatorio no solo para las autoridades judiciales sino administrativas, motivo por el cual el Despacho acoge estos pronunciamientos que se convierten en una línea decisional consolidada y pacífica que no admite sino obediencia frente a lo ordenado por el alto Tribunal Constitucional.

En este sentido se puede concluir que los argumentos expuestos por la entidad demandada en el acto administrativo que negó el reconocimiento del derecho, no se compadecen con lo planteado por la Corte Constitucional debido a que este tribunal ha sostenido el derecho que les corresponde a los trabajadores a la indemnización sustitutiva, inclusive para quienes laboraron antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y quienes no estaban en condición de afiliados a este mismo sistema. En otras palabras, no son admisibles los argumentos según los cuales para la fecha en la que el demandante laboró no existía la indemnización sustitutiva o la devolución de aportes, pues claramente la Corte Constitucional se ha pronunciado al respecto en un sentido contrario.

² Sentencia T-164 de 2017. Ver además las sentencias T-099 de 2008, T-850 de 2008, T-180 de 2009, T-059 de 2011, T-681 de 2013 y T-122 de 2016.

4.4.2. La jurisprudencia del Consejo de Estado

Por su parte, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en pronunciamiento del 11 de marzo de 2010, Consejero Ponente Luis Rafael Vergara Quintero, decretó la nulidad del término “afiliados” y “afiliado” contenidos en el inciso 1º y en la letra a) del artículo 1º del Decreto 4640 de 2005, y consecuentemente el consagrado en la letra a) del Decreto 1730 de 2001, bajo los siguientes argumentos:

“Son válidas las acusaciones hechas por el demandante y el Ministerio Público contra el Decreto reglamentario en comento, cuando afirman que con tal exigencia -ser afiliado al Sistema General de Pensiones- se excluye de tal beneficio a las personas que para la fecha de entrada en vigencia no se encontraban vinculadas ya fuera mediante contrato de trabajo, como servidores públicos, como trabajadores oficiales, como empleados públicos, como trabajadores independientes o prestando sus servicios bajo la modalidad de prestación de servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado. En otras palabras, retiradas del servicio activo. Prohijar tal exigencia, vulneraría a todas luces el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 superior se desconocería el principio de la irrenunciabilidad de los derechos ciertos e indiscutibles y de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, así como la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho, la garantía a la seguridad social y la asistencia a las personas de la tercera edad. No hay que olvidar además, que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 establece como característica del Sistema, que para reconocer las pensiones y prestaciones que consagra dicha normativa se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la citada ley, al Instituto de Seguros Sociales o cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio. Siendo ello así, como irrefutablemente lo es, dicho beneficio no puede estar consagrado exclusivamente para los afiliados, entendido como aquellos vinculados al servicio a la entrada en vigencia de dicha Ley, sino para toda la población, a la que el mismo sistema ampara de las contingencias derivadas de la vejez, invalidez y muerte, a través del reconocimiento de las pensiones y prestaciones que él consagra, siendo una de ellas la indemnización sustitutiva. Por consiguiente, la Sala declarará la nulidad del término “afiliados” y “afiliado” contenidos en el inciso 1º y en la letra a) del artículo 1º del Decreto 4640 de 2005, y consecuentemente el consagrado en la letra a) del Decreto 1730 de 2001”.

El fallo en cita profundiza el derecho que le asiste al trabajador a obtener la indemnización sustitutiva, con independencia de la época para la cual realizó los aportes y con independencia de su condición de afiliado.

4.5. Caso concreto

En el proceso se encuentra demostrado que el señor José Aldemar Franco Aristizábal nació el 03 de agosto de 1948 y que trabajó para el Municipio de Villamaría como maquinista de bomberos entre el 01 de diciembre de 1970 y el 14 de abril de 1975 y como conductor de la alcaldía entre el 24 de noviembre de 1987 hasta el 31 de diciembre de 1992.

También se puede tener por probado que realizó los aportes pensionales a la Caja de Previsión Social del Municipio de Villamaría (página 28 del archivo 01 del expediente). De acuerdo con la información que reposa en este mismo formato, en el ítem 32, se ratifica la entidad para la cual realizaba los aportes y claramente se advierte, en el punto 33, que la entidad que responde por el período es el Municipio de Villamaría (pág. 29).

Por otro lado, de las pruebas que reposan en el expediente no se puede establecer si el demandante se encuentra vinculado a Colpensiones, pese a que, en la contestación de la demanda, en los alegatos de conclusión e incluso en el acto administrativo demandado se dijo que el competente era Colpensiones, de las pruebas que reposan en el plenario no se puede extraer tal conclusión. Tampoco se puede establecer si el accionante realizó aportes a esa misma entidad; la inactividad probatoria en este sentido es considerable. De manera que no hay elementos de prueba que apunten en la dirección argumentativa que pretende el Municipio de Villamaría.

Y es que, en todo caso, pese a que se hubiere probado que los recursos se encontraban en la Administradora de Pensiones Colpensiones, asunto que no está probado, en estricto sentido la conclusión sería la misma, en la medida que el Municipio de Villamaría tendría que agotar las etapas previstas en la ley para emitir un bono pensional tendiente a realizar dicho pago.

Dicho sea de paso, la última vinculación laboral del accionante data del 31 de diciembre de 1992, es decir, época para la cual no se encontraba vigente el régimen pensional previsto en la Ley 100 de 1993. Motivo por el cual es posible colegir, en principio, que el señor Franco Aristizábal no cotizó al Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones, razón por las que esta servidora estima que es el Municipio de Villamaría quien debe sufragar dichos pagos por ser el empleador y la entidad para la que se realizaron los respectivos aportes.

En este sentido, al haberse demostrado la vinculación y las cotizaciones efectuadas por el demandante, y a la luz de la jurisprudencia transcrita, no queda otra alternativa que fallar en favor de las pretensiones de la parte actora.

4.6. Conclusiones

Se accederá a las pretensiones de la demanda pues en el proceso se desvirtuó la presunción de legalidad del acto administrativo demandado en la medida que se pudo concluir que el Municipio de Villamaría no le reconoció ni pagó la indemnización sustitutiva al señor José Aldemar Franco Aristizábal, cuando ha debido hacerlo a la luz de la normativa aplicable y de la jurisprudencia que sobre la materia ha expedido la Corte Constitucional colombiana y ha ratificado el H. Consejo de Estado.

En cuanto a la prescripción tenemos que por tratarse de derechos laborales de aquellos que son irrenunciables e imprescriptibles no es posible declarar la prescripción de la indemnización sustitutiva.

4.7. Del restablecimiento del derecho

Con fundamento en lo anterior, al desvirtuarse la presunción de legalidad del acto administrativo, a título de restablecimiento del derecho, el Municipio de Villamaría deberá pagar la indemnización sustitutiva a que tiene derecho. Las sumas adeudadas deberán indexarse de acuerdo a la fórmula empleada por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo:

$$R = R.H. \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH) que es lo dejado de percibir por el demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente a la fecha en la cual se causó el derecho, es decir, al día siguiente de la reclamación administrativa ante la entidad, toda vez que para esa fecha se consolidó la manifestación del accionante de su imposibilidad de seguir cotizando al régimen general de pensiones.

La parte accionada cumplirá, la presente sentencia en la forma y términos de los artículos 192 y s.s. del CPACA.

4.8. Sobre las excepciones

No se propusieron excepciones de mérito, se esbozaron argumentos en contra de la demanda, pero no propiamente excepciones.

4.9. Condena en costas

Con fundamento en el artículo 188 del CPACA, se condena en costas a cargo de la parte demandada y en favor de la parte actora, debido a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. Por agencias en derecho se fijan las sumas correspondientes al 6% de las pretensiones de la demanda, conforme lo estipulado en el artículo 5º numeral 1º del Acuerdo PSAA16-10554 agosto 5 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD del oficio sin número expedido el 22 de octubre de 2018 proferido por el **MUNICIPIO DE VILLAMARÍA** donde se niega la devolución de aportes -indemnización sustitutiva- al señor **JOSÉ ALDEMAR FRANCO ARISTIZÁBAL**.

SEGUNDO: A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO se ordena al Municipio de Villamaría que expedida el acto administrativo mediante el cual se reconozca y ordene el pago de la suma que corresponda por concepto de indemnización sustitutiva por los aportes efectuados por el señor José Aldemar Franco Aristizábal.

Dicho monto deberá ser actualizado de acuerdo a la fórmula empleada por el Consejo de Estado para la actualización del dinero y de conformidad con las precisiones realizadas por el Despacho en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: SE CONDENA EN COSTAS al Municipio de Villamaría en favor de la parte actora. Por agencias en derecho se fijan en el 6% de las pretensiones de la demanda, conforme lo estipulado en el artículo 5º numeral 1º del Acuerdo PSAA16-10554 agosto 5 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, por la suma de trescientos dieciocho mil trescientos treinta pesos moneda corriente (\$318.330).

CUARTO: Una vez se encuentre ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previa cancelación de las anotaciones en el aplicativo Justicia XXI.

JPRC

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA
JUEZ

Firmado Por:
Claudia Yaneth Muñoz Garcia
Juez
Juzgado Administrativo
001
Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **f18d404008d48463f7c6445fd732164c322845ab46692f8ab1dc589a4f1ecee8**

Documento generado en 30/09/2022 01:38:54 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

RADICADO:	17001-33-33-001-2019-00112-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	CORPORACIÓN ALDEAS INFANTILES S.O.S. COLOMBIA
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE RIOSUCIO-CALDAS
SENTENCIA No	167
ESTADO No	102 DEL 03 DE OCTUBRE DE 2022.

1. ASUNTO

Agotado como se encuentra el trámite de la instancia, procede el Despacho a proferir sentencia anticipada dentro del proceso referenciado anteriormente, de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 182A del CPACA.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones de la demanda

La parte actora formuló las siguientes pretensiones que se transcriben literalmente -con todo y errores ortográficos y de digitación-:

Se recuerda que en la presente providencia se pone fin a dos procesos acumulados, por ello las pretensiones también se acumulan en este acápite:

PRIMERA: Declarar la **NULIDAD** del acto administrativo Oficio SHP-045-23-06-2018, suscrito por la Secretaría de Hacienda, la señora MARTHA OLIVA BURBANO DELGADO por medio del cual dio respuesta en sentido negativo al derecho de petición elevado, argumentando que el Convenio de Interés Público RISL N° 001-2017 suscrito obedece a un contrato de servicios sujeto al cobro de estampillas Por Cultura y Pro Anciano, por ser contrario a la Constitución y la Ley.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, ordenar al MUNICIPIO DE RIOSUCIO, representado legalmente por el señor BERNARDO ARLEY HERNÁNDEZ AYALA o por quien lo reemplace o haga sus veces, la devolución a favor de la Organización ALDEAS INFANTILES SOS

COLOMBIA, representada legalmente por ÁNGELA MARÍA MÓNICA BIBIANA ROSALES RODRÍGUEZ de los dineros descontados por concepto de Estampilla Pro Bienestar del Adulto Mayor y Estampilla Por cultura, los cuales ascienden a la suma no indexada de ONCE MILLONES SETECIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$11.700.000).

(...)

PRIMERA: Declarar la NULIDAD del acto administrativo Oficio radicado No. 642 del 15 de abril de 2019, suscrito por la Secretaría de Hacienda, la señora MARTHA OLIVA BURBANO DELGADO por medio de la cual dio respuesta en sentido negativo al derecho de petición elevado, argumentando que el Convenio de Interés Público RISL N° 002-2018 suscrito, obedece a un contrato de servicios sujeto al cobro de las estampillas Pro Cultura y Pro Anciano, por ser contrario a la Constitución y a la ley.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, ordenar al MUNICIPIO DE RIOSUCIO, representado legalmente por el señor BERNARDO ARLEY HERNÁNDEZ AYALA o por quien lo reemplace o haga sus veces, la devolución a favor de la Organización ALDEAS INFANTILES SOS COLOMBIA, representada legalmente por ÁNGELA MARÍA MÓNICA BIBIANA ROSALES RODRÍGUEZ de los dineros descontados por concepto de Estampilla Pro Bienestar del Adulto Mayor y Estampilla Por cultura, los cuales ascienden a la suma no indexada de ONCE MILLONES SETECIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$11.700.000).

(...)

2.2. Hechos

En este apartado, el Juzgado considera oportuno transcribir la fijación del litigio que se hiciera en el proceso, en la medida que allí las partes aceptaron cuáles eran las circunstancias fácticas más relevantes para resolver el litigio. Así las cosas, los hechos más sobresalientes se presentan así:

1. La Corporación Aldeas Infantiles SOS Colombia suscribió con el Municipio de Riosucio los convenios de interés público RISL NRO. 001-2017 y RISL N° 002-2018. *Hecho documentado en las páginas 35 a 47 del archivo 01 y páginas 22 a 33 del archivo 01 de la carpeta denominada ProcesoJuzgado7Administrativo del expediente.*
2. Los anteriores convenios fueron liquidados mediante actas suscritas el 20 de marzo de 2018 y el 22 de diciembre de 2018. *Hecho documentado en las*

páginas 50 y 51 del archivo 01 y páginas 33 a 36 del archivo 01 de la carpeta denominada ProcesoJuzgado7Administrativo del expediente.

3. La Corporación Aldeas Infantiles SOS Colombia pagó al Municipio de Riosucio un monto de once millones setecientos mil pesos (\$ 11.700.000) por concepto de estampillas “proanciano” y “procultura” por cada uno de los dos años en que se suscribieron los actos jurídicos. *Hecho documentado en la página 33 del archivo 01 y páginas 37 a 40 del archivo 01 de la carpeta denominada ProcesoJuzgado7Administrativo del expediente.*
4. La Corporación Aldeas Infantiles SOS Colombia solicitó la devolución de las sumas pagadas por estampillas con ocasión del acto jurídico celebrado. *Hecho documentado en las páginas 51 a 59 del archivo 01 y páginas 40 a 43 del archivo 01 de la carpeta denominada ProcesoJuzgado7Administrativo del expediente.*
5. El Municipio de Riosucio negó la petición por medio del oficio del 23 de junio de 2018 SHP-045-23-06-2018 y por medio del oficio del 10 de abril de 2018 como respuesta a la solicitud con radicado interno 1140. *Hecho documentado en las páginas 61 a 65 del archivo 01 y páginas 44 a 49 del archivo 01 de la carpeta denominada ProcesoJuzgado7Administrativo del expediente.*

La parte actora pretende la nulidad del oficio SHP-045-23-06-2018 y del oficio sin número del 10 de abril de 2018, por medio de los cuales se negó la devolución de un dinero pagado por concepto de estampillas pro cultura y pro adulto mayor. Según la entidad territorial, los convenios suscritos obedecen a contratos de servicios sujeto a cobro de este tipo de erogaciones. Sumado a lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, la parte actora solicitó ordenar al Municipio de Riosucio la devolución de once millones setecientos mil pesos (\$ 11.700.000) por cada uno de los dos convenios celebrados en el año 2017 y 2018 (total \$ 23.400.000), descontados por concepto de estampillas.

De acuerdo con lo expuesto por la organización demandante, en síntesis, en el presente proceso se configura la transgresión al principio de legalidad por el cobro de estampillas pro cultura y pro adulto mayor por hechos que no constituyen el hecho generador de esa contribución. Para la parte, el convenio suscrito con el Municipio de Riosucio no es de aquellos relacionados en los hechos generadores de las mencionadas contribuciones. En efecto, el estatuto municipal de rentas (acuerdo 273 del 31 de enero de 2013, modificado por el acuerdo 289 de 2013) establece que este elemento del tributo lo constituye la suscripción de contratos en las modalidades de suministro, consultoría, arrendamiento, publicidad, obra

pública, administración delegada y aseguramiento. Lo transcrito para ambas estampillas.

Por lo visto, el Concejo de Riosucio no incluyó los convenios de asociación o de interés público celebrados bajo el régimen especial de contratación con entidades sin ánimo de lucro, motivo por el cual, para la entidad demandante, se configura una evidente transgresión a los principios de legalidad y reserva legal.

En hilo con lo reseñado, la accionante construyó una argumentación en la que diferenció los convenios de interés público y los contratos de prestación de servicios y se pronunció sobre la destinación específica de los recursos asignados a los resguardos indígenas.

2.3. Contestación de la demanda

El Municipio de Riosucio no se pronunció en ninguno de los dos procesos acumulados.

2.4. Alegatos de conclusión

En resumen, los siguientes fueron los argumentos principales formulados en los alegatos de conclusión:

2.4.1. Parte demandante (Archivo 18 del expediente)

El apoderado de la parte activa del proceso manifestó que la entidad que representa es una organización sin ánimo de lucro dedicada a la asistencia infantil y busca ofrecer a los niños, niñas y jóvenes, huérfanos o en situación de pérdida del cuidado parental, una familia, un hogar estable y una formación sólida para organizar su vida de una manera autónoma.

En desarrollo de esta actividad se suscribieron dos convenios de interés por el año 2017 y 2018, cada uno por \$453.558.025. Sin embargo, por cada uno de los convenios celebrados se realizó un descuento por \$11.700.000 por concepto de estampillas pro cultura y pro-bienestar adulto mayor bajo el entendido que el acto jurídico celebrado tiene la naturaleza de un contrato de prestación de servicios. Interpretación con la que la parte no está de acuerdo porque el convenio tiene la condición de interés público y surge como un mecanismo mediante el cual las entidades sin ánimo de lucro reciben aportes del Estado para realizar actividades que contribuyan al bienestar general y al cumplimiento de los fines del Estado y, por tanto, se faculta a las entidades estatales para celebrar convenios de asociación

para el desarrollo en conjunto de los cometidos y las funciones que le son asignadas por éstas a la Ley. De ahí que este convenio esté directamente ligado con programas y actividades de interés público previstos en el Plan de Desarrollo.

En este sentido, para la entidad demandante no es dable afirmar que los convenios celebrados con el Municipio de Riosucio en los años 2017 y 2018, pertenecen a la categoría de contrato de prestación de servicios “de atención a la primera infancia” en razón a que en dichos convenios no existe una contraprestación directa a la entidad territorial, sino por el contrario, los beneficiarios del convenio fueron directamente los niños, niñas y familias del Resguardo Indígena San Lorenzo, ya que lo que existió fue un acuerdo de voluntades, con la convergencia de aportes de las partes para el desarrollo de programas y actividades de interés público con el fin de promover, en este caso, la diversidad étnica colombiana, como se expuso en las consideraciones del mismo convenio.

Por tanto, el municipio no adquirió un servicio mediante un contrato conmutativo, puesto que, de ser así, no era posible aplicar las normas contenidas en el Decreto 092 de 2017, sino las contenidas en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007; dicha conmutatividad implica que cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez.

Por otra parte, es preciso reiterar que los recursos aportados en los dos convenios de interés público por parte de la administración municipal, tienen una destinación específica, por tanto, solo pueden emplearse para el financiamiento de gastos de inversión incluidos en el contrato de administración celebrado con el respectivo municipio o departamento, que para el caso de los recursos de los resguardos indígenas deben orientarse y ejecutarse hacia proyectos que realmente beneficien a las respectivas comunidades indígenas, teniendo en cuenta sus planes de vida, usos y costumbres.

2.4.2. Municipio de Riosucio (Archivo 20 del expediente)

El apoderado de la entidad territorial demandada explicó cuáles eran los aspectos fácticos relevantes sobre los que debía resolverse y concluyó:

1. El contrato de interés público suscrito entre el Municipio de Riosucio y ALDEAS INFANTILES SOS COLOMBIA, contempla la prestación de servicios por parte del contratista a favor del contratante, que a su vez tiene por disposición legal la calidad de administrador de los recursos asignados en el presupuesto nacional con destino a los resguardos indígenas reconocidos en el territorio. De la lectura del objeto contractual, así como de las obligaciones del contratista y los informes de supervisión de las actividades contratadas, se puede concluir que con los dineros o

recursos aportados por el Municipio de Riosucio en el contrato 002 de 2018, el contratista prestó los servicios al resguardo indígena de San Lorenzo, servicios descritos en la cláusula TERCERA del contrato 002 de 2018, consistentes en:

- Pago del personal de apoyo psicosocial para consejería.
- Pago de los servicios de una educadora familiar.
- Pago de un facilitador para el taller escolar.
- Prestación de servicios de promoción en agroecología.
- Honorarios proyecto sana convivencia.
- Servicios de transporte y alimentación en los hogares comunitarios.
- Suministro de combustible.

De lo anterior puede afirmar que, con los recursos aportados por el municipio, el contratista se obligó a prestar los servicios descritos anteriormente, los cuales por su naturaleza se enmarcan en el concepto tributario de SERVICIOS, hecho generador de las estampillas en cuestión.

Para finalizar citó las normas del acuerdo 273 de 2013 del Concejo Municipal de Riosucio, relacionadas con las estampillas pro cultura y pro-adulto mayor, todo, con el fin de resaltar que el acto administrativo demandado goza de plena validez, motivo por el cual pidió no acceder a las pretensiones de la demanda.

2.4.3. Concepto del Ministerio Público: No se pronunció.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Presupuestos procesales

Este despacho es competente para decidir el proceso por la naturaleza del asunto, la cuantía y el territorio (Arts. 155 y 156 del CPACA). Asimismo, se observa que no se ha incurrido en ninguna causal de nulidad que pueda viciar lo actuado, pues las partes tienen capacidad para serlo y comparecer al proceso, están debidamente representadas; la demanda se interpuso dentro de los términos legales, la parte demandada fue notificada adecuadamente, se prescindió de la audiencia inicial con sujeción a la ley, se incorporaron los medios probatorios allegados con la demanda y la contestación de la demanda, y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión. Es posible entonces proferir sentencia que finiquite la instancia.

Se recuerda que al finalizar cada etapa procesal se efectuó el control de legalidad, sin que se encontraran errores que necesitaran de la adopción de medidas de saneamiento. No se advirtió la necesidad de adoptar correctivo alguno, las partes

tampoco manifestaron la configuración de anomalías procesales. En consecuencia, cualquier posible irregularidad se tiene por saneada.

3.2. Delimitación del caso concreto y problemas jurídicos

De acuerdo con los antecedentes del caso concreto es posible concluir que el demandante persigue la devolución de los montos pagados por concepto de estampillas pro-adulto mayor y pro cultura, por considerar que los actos negociales celebrados con el Municipio de Riosucio no se encuentran recogidos dentro del hecho generador de estas dos estampillas. Ello debido a que los convenios celebrados por los años 2017 y 2018 corresponden a la ejecución de actividades que no pueden ser calificadas dentro de los contratos de prestación de servicios en razón a que en dichos convenios no existe una contraprestación directa a la entidad territorial, sino por el contrario, los beneficiarios fueron los niños, niñas y familias del Resguardo Indígena San Lorenzo. Adicionalmente, según el actor, lo que existió fue un acuerdo de voluntades, con la convergencia de aportes de las partes para el desarrollo de programas y actividades de interés público con el fin de promover, en este caso, la diversidad étnica colombiana.

En sentido contrario, el Municipio de Riosucio considera que se trató de verdaderos contratos de prestación de servicios, lo cual se puede verificar con la cláusula de las obligaciones del contrato. Motivo por el cual a la luz del Estatuto Tributario del Municipio se deben aplicar los descuentos por concepto de estampillas.

De acuerdo con lo anterior, se recuerda que el problema jurídico que debe resolverse en esta instancia es el siguiente:

¿El Municipio de Riosucio transgredió el principio de legalidad al imponerle el pago de estampillas pro cultura y pro adulto mayor a la organización Aldeas Infantiles SOS Colombia, por la suscripción de convenios de asociación o de interés público?

En caso afirmativo se deberá absolver:

¿Es procedente la devolución de los montos pagados por conceptos de estampillas pro adulto mayor y pro cultura a la entidad demandante?

Con la respuesta que se emita a estos problemas jurídicos se resolverá el litigio.

3.3. Tesis del Despacho

En criterio de esta célula judicial existe mérito para acceder a las pretensiones de la demanda debido a que, las especiales características del convenio de interés público no compaginan con el hecho generador de las estampillas pro adulto mayor y pro cultura, de conformidad con el Estatuto Tributario de la entidad territorial demandada.

Debe recordarse que la imposición de tributos está sometida al principio de legalidad y a una interpretación restrictiva de la imposición tributaria, de manera que, si la norma no señala, recoge o prevé expresamente y sin lugar a ambigüedades que el convenio de interés público debe ser gravado con una imposición fiscal, mal haría esta servidora judicial en autorizar que se impongan cargas que afecten el presupuesto destinado para la satisfacción del interés público de una comunidad específica como el resguardo indígena de San Lorenzo en el Municipio de Riosucio, Caldas.

En este sentido, no se comparte la estrategia de litigio de la entidad territorial cuando advirtió que se trataba, en esencia, de verdaderos contratos de prestación de servicios, cuando en el expediente quedó probado que se tratada de convenios de interés público de los previstos por el artículo 355 de la Constitución Política y el Decreto 092 de 2017, esto es, una modalidad negocial autónoma, con características especiales, que distan sustancialmente de las características de un contrato de prestación de servicios.

Por lo anterior, se accederá a las pretensiones de la demanda, es decir se declararán nulos los actos administrativos que negaron la devolución de los dineros descontados por concepto de estampillas pro adulto mayor y pro cultura por los convenios de interés público celebrados entre el Municipio de Riosucio y la CORPORACIÓN ALDEAS INFANTILES S.O.S. COLOMBIA por los años 2017 y 2018.

3.4. Estudio normativo, jurisprudencial y doctrinal

3.4.1. Sobre los convenios administrativos de interés público

El artículo 355 de la Constitución Política establece:

ARTÍCULO 355. Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con

entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

Más adelante, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 092 de 2017, mediante el cual reglamentó esta modalidad de convenio en los siguientes términos:

ARTÍCULO 5o. ASOCIACIÓN CON ENTIDADES PRIVADAS SIN ÁNIMO DE LUCRO PARA CUMPLIR ACTIVIDADES PROPIAS DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Los convenios de asociación que celebren entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad y Entidades Estatales para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones que a estas les asigna la ley a los que hace referencia el artículo [96](#) de la Ley 489 de 1998, no estarán sujetos a competencia cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. Los recursos que compromete la entidad sin ánimo de lucro pueden ser propios o de cooperación internacional.

Si hay más de una entidad privada sin ánimo de lucro que ofrezca su compromiso de recursos en dinero para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas por ley a una Entidad Estatal, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio, la Entidad Estatal debe seleccionar de forma objetiva a tal entidad y justificar los criterios para tal selección.

Estos convenios de asociación son distintos a los contratos a los que hace referencia el artículo [2o](#) y están regidos por el artículo [96](#) de la Ley 489 de 1998 y los artículos [5o](#), [6o](#), [7o](#) y [8o](#) del presente decreto.

De conformidad con lo anterior, los convenios o contratos de interés público tienen una creación Constitucional y legal autónoma y aun cuando deba atender a los principios de la contratación estatal, se trata de una actividad propia del giro de los negocios autorizados por el constituyente que tiene unos elementos que la diferencian de otras actividades negociales del Estado.

3.4.2. Sobre el concepto doctrinal de los convenios de interés público

En la revista Derecho del Estado de la Universidad Externado de Colombia, se publicó un artículo en la que se abordó la diferenciación entre los convenios de

interés público y los convenios de asociación, previstos en el segundo inciso del artículo 355 de la Constitución Política de Colombia, en el que se advirtió¹:

“(…) Por otra parte, el convenio al que se refiere el segundo inciso de la norma es aquel que las entidades públicas, en los correspondientes niveles del Gobierno pueden celebrar con entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad para impulsar programas y actividades que guarden relación con el Plan Nacional o los planes seccionales de desarrollo. Por tal razón, a estos acuerdos jurídicos podría denominárseles –para distinguirlos de los regulados en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998– convenios de interés público. A través de estos convenios se permite que el Estado continúe participando, junto al sector privado, de la ejecución de proyectos de interés general que no impliquen contraprestaciones económicas para las partes, sino el desarrollo de tareas conjuntas, en procura de la satisfacción de las necesidades colectivas, asumiéndose esta participación pública como una “acción benéfica” del Estado. Por tal razón, la Corte Constitucional ha considerado que la celebración de estos convenios para impulsar programas y actividades de interés público acordes con los planes nacional y seccionales de desarrollo constituye una excepción a la prohibición de decretar auxilios y donaciones a favor de los particulares; es decir que admite que en este caso también el Estado estaría otorgando auxilios, pero que resultan ajustados a la Constitución

(…)

En suma, se considera que, no obstante que los convenios de interés público que se pueden celebrar para realizar programas acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo con personas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad y los convenios de asociación a los que alude el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 tienen una misma fuente constitucional, que establece requisitos conjuntos para su celebración –el artículo 355 de la Carta Política–, se ha expedido una reglamentación que los distingue formalmente.”

En este orden de ideas, puede decirse que la doctrina pese a no ser pacífica sobre la diferenciación entre los convenios de asociación y los convenios de interés público, no es menos cierto que se tratan de unas modalidades negociales diferenciadas desde las cláusulas constitucionales, y, si bien obedecen a los principios generales de la contratación estatal, se pueden entender como modalidades autónomas en cuanto a su regulación y existencia.

¹ GÓMEZ VELÁSQUEZ, A. y DÍAZ DÍEZ, C.A. Los convenios de interés público y de asociación en el régimen de contratación pública colombiana. En Revista Derecho del Estado, Universidad Externado de Colombia. N.º 44, septiembre-diciembre 2019, pp. 285-325. doi: <https://doi.org/10.18601/01229893.n44.11>

Esta conclusión se ratifica con el estudio realizado por el tratadista Augusto Ramón Chávez Marín, quien en su obra: Los convenios de la administración, entre la gestión pública y la actividad contractual, dedica el capítulo XI al estudio de los convenios previstos en el artículo 355 de la Constitución Política Colombiana. Específicamente sobre el concepto de los convenios de interés público manifestó:

*“(…) Hechas las anteriores precisiones, es posible formular un concepto que en términos generales debe atender a la prescripción constitucional mencionada, según la cual son **convenios administrativos de interés público aquellos acuerdos de voluntades celebrados por la Nación, los Departamentos, los distritos, los Municipios o alguna entidades descentralizadas, con personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro, con el objeto de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional o los planes seccionales de desarrollo, sometidos a la reglamentación especial expedida por el gobierno nacional.***

De lo expuesto se desprende que los convenios de interés público tienen características especiales que emanan directamente de la Constitución Política, en cuanto a los sujetos contratantes, el objeto sobre el cual pueden versar y sobre su régimen jurídico. Por ello, es necesario profundizar esos aspectos en los próximos apartes de este capítulo y en los específicos elementos establecidos para tales convenios por su régimen jurídico especial (...).²

En el anterior sentido, el autor aclara que las características más importantes de este tipo de convenio son:

(i) Los compromisos deben firmarse con entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad; concepto que se ha vinculado en forma general a personas jurídicas que trabajan en beneficio o utilidad común y que como su nombre lo indica con una expresión negativa, no buscan satisfacer intereses lucrativos en su favor o en favor de quienes las integran y, por ende, no implican reparto de utilidades entre sus miembros con ocasión de su liquidación o en los períodos contables, sino que sus utilidades deben revertir o acrecer el objeto social respectivo.

En consecuencia, la expresión “sin ánimo de lucro” puede entenderse en el sentido de que el objeto principal de la entidad excluye la realización de actividades comerciales o mercantiles en cuanto su desarrollo implique el reparto de utilidades entre las personas que se vinculan al nacimiento de la

² CHÁVEZ MARÍN, A. R., Los convenios de la administración, entre la gestión pública y la actividad contractual. Tercera edición. Temis. 2015. Pp 378-379.

persona jurídica correspondiente o el acrecentamiento puramente comercial y patrimonial de la entidad, sin mirar su proyección al servicio de intereses generales o de utilidad común.

(...)

Conforme a lo anterior, es importante precisar, como lo ha hecho el Consejo de Estado, que el criterio de lucro o las finalidades de esta naturaleza no hacen relación a la imposibilidad de la búsqueda de utilidades sino más bien a la destinación que se les asigne. Lo cual conduce a observar la característica desde un punto de vista positivo, que va más allá de la negación del lucro, en el sentido de que las organizaciones mencionadas y sus actividades, sean de beneficencia pública, de utilidad común, de interés público o social³.

(ii) En cuanto al objeto de los convenios de interés público tenemos que estos se celebran con el fin de impulsar programas o actividades de interés público, los cuales deben hallarse acorde con el plan nacional o los planes seccionales de desarrollo según sea el caso⁴.

(iii) Las entidades públicas contratantes no buscan al celebrarlo obtener beneficios en su favor, ni la realización de prestaciones que satisfagan intereses propios y exclusivos de ellas, sino, como se ha indicado, se trata de la ejecución de actividades de interés público. Estas actividades se dirigen a las comunidades correspondientes y más que satisfacer necesidades de la institución contratante, se proyectan sobre la sociedad en general o sobre un sector de ella⁵.

(iv) No son objeto de este tipo de convenios las transferencias que se realizan con los recursos del presupuesto nacional, departamental, distrital y municipal a personas jurídicas de derecho privado para que, en cumplimiento de un mandato legal, desarrollen funciones públicas o suministren servicios públicos cuya prestación esté a cargo del Estado, de acuerdo con la Constitución Política y las normas que la desarrollen⁶.

También están excluidos de esta modalidad los contratos de ejecución para la entidad pública, transferencias a personas naturales, apropiaciones presupuestales decretadas en favor de personas jurídicas de carácter público o de participación mixta.

³ Ibid pp 380.

⁴ Ibid pp 384.

⁵ Ibid pp 386.

⁶ Ibid pp 387.

(v) En cuanto al régimen de inhabilidades se resalta que el artículo 6 del Decreto 092 de 2017 remite a lo previsto en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, y en las normas que las modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan, o en cualquier otra norma especial.

Las anteriores posturas doctrinales ratifican la conclusión esbozada por el Despacho en líneas antecedentes, según la cual, el Estado puede celebrar negocios con entidades sin ánimo de lucro que demuestren idoneidad para impulsar programas y actividades de interés público que compaginen con el Plan de Desarrollo de la Nación o la entidad territorial correspondiente.

3.4.3. Los contratos de prestación de servicios

El Consejo de Estado, en sentencia del 9 de septiembre de 2021, emitió sentencia de unificación por importancia jurídica en la que reseñó el concepto de contrato de prestación de servicios en los siguientes términos⁷:

“(…) 84. El contrato estatal de prestación de servicios, por ser uno de los instrumentos de gestión pública y de ejecución presupuestal más importantes de la Administración para satisfacer sus necesidades y asegurar el cumplimiento de los fines del Estado, es un tipo de negocio jurídico que expresamente recoge el estatuto general de contratación pública; se trata, por tanto, de un contrato típico, pues está definido en el numeral tercero del Artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que establece lo siguiente:

3. Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

85. Ahora bien, para los propósitos que animan a la Sala a proferir esta sentencia de unificación, es necesario mencionar, además, que la regulación del contrato de prestación de servicios ha sido complementada por otras

⁷ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de unificación por importancia jurídica. Nueve (9) de septiembre de dos mil veintiuno (2021). Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho Radicado: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016) Demandante: Gloria Luz Manco Quiroz. Demandado: municipio de Medellín - Personería de Medellín y otro.

disposiciones legales y reglamentarias, entre las cuales se destacan las contenidas en la Ley 1150 de 2007 y en los decretos reglamentarios 855 de 1994, 1737, 1738 y 2209 de 1998, 2170 de 2002, 66 de 2008, 2474 de 2008, 2025 de 2009, 4266 de 2010 y 734 de 2012; muchas de ellas modificadas, subrogadas, derogadas e incluso compiladas en el Decreto 1082 de 2015 «por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional», cuyo Libro 2, Parte 2, Título 1, reúne, hoy en día, la mayor parte de las disposiciones reglamentarias de las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007.

86. Así pues, con base en las anteriores disposiciones de rango legal y reglamentario que complementan su regulación, y de un amplio acervo jurisprudencial de esta corporación, se pueden considerar como características del contrato estatal de prestación de servicios las siguientes:

87. (i) Solo puede celebrarse por un «término estrictamente indispensable» y para desarrollar «actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad», y no cabe su empleo para la cobertura indefinida de necesidades permanentes o recurrentes de esta.

88. (ii) Permite la vinculación de personas naturales o jurídicas; sin embargo, en estos casos, la entidad deberá justificar, en los estudios previos, porque las actividades «no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados».²⁵

89. (iii) El contratista conserva un alto grado de autonomía para la ejecución de la labor encomendada. En consecuencia, no puede ser sujeto de una absoluta subordinación o dependencia. De ahí que el Artículo 32, numeral 3 de la Ley 80 de 1993 determina que «En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales».²⁶

90. A este respecto, conviene aclarar que lo que debe existir entre contratante y contratista es una relación de coordinación de actividades, la cual implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente del objeto contractual, como puede ser el cumplimiento de un horario o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados.²⁷

91. En definitiva, los contratistas estatales son simplemente colaboradores episódicos y ocasionales de la Administración, que vienen a brindarle apoyo o acompañamiento transitorio a la entidad contratante, sin que pueda predicarse de su vinculación algún ánimo o vocación de permanencia (...).

2.3.2.2. Objeto del contrato estatal de prestación de servicios

92. *El objeto del contrato de prestación de servicios es bastante amplio. Esto es así, toda vez que el Artículo 32 de la Ley 80 de 1993 no solo contempla varios tipos de contratos distintos, sino que, además, dispone que cualquier contrato de prestación de servicios tiene por objeto genérico «desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad».²⁸ No obstante, la celebración del contrato de prestación de servicios debe formalizarse a través de las modalidades de la contratación directa, pues así lo dispone el Artículo 2, numeral 4, literal h), de la Ley 1150 de 2007, cuyo tenor literal es el siguiente:*

[...]

Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:

[...]

h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales.

93. *Por lo tanto, la Administración Pública puede celebrar contratos de prestación de servicios que comprendan, como objeto, atender funciones ocasionales por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra pública -como peritos, técnicos y obreros-; y, también, de manera excepcional y temporal, cumplir funciones pertenecientes al objeto misional de la respectiva entidad, siempre que no haya suficiente personal de planta o se requieran conocimientos especializados.*

En este sentido, resulta clara la regulación y alcance del contrato de prestación de servicios, considerada por la doctrina y la jurisprudencia como un contrato típico para el ejercicio de las potestades estatales y para actividades que transitoriamente deban suplirse con la contratación de una persona natural o jurídica por la inexistencia o carencia de personal de planta que pueda suplir esas necesidades.

3.4.4. La diferenciación entre las modalidades negociales acabadas de analizar

Teniendo en cuenta que el alegato principal de la entidad demandada consistió en exponer que la imposición tributaria se aplicó debido a que se trataba de un contrato de prestación de servicios, a continuación, se esbozarán las principales diferencias entre esta modalidad contractual y el convenio de interés público.

Así las cosas, tal y como se puede apreciar en los acápite anteriores, el contrato de prestación de servicios es una modalidad contractual prevista en la Ley 80 de 1993 que requiere para su ejecución una modalidad de selección del contratista muy distinta a las que se aplican para los convenios de interés público, dado que, en el caso de la prestación de servicios, se puede contratar directamente con una persona que pueda suplir la necesidad cuando previamente se ha efectuado un estudio de la viabilidad y necesidad del servicio, en cambio, en el convenio de interés público solo es posible negociar con una entidad sin ánimo de lucro con una reconocida idoneidad para asuntos de carácter benéfico o social.

Sobre la consagración y regulación normativa es importante señalar que el convenio de interés público está previsto en la Constitución Política de 1991 (artículo 355) y en el Decreto 092 de 2017, mientras que el contrato de prestación de servicios está previsto en la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes o afines. En línea con lo expuesto, se puede concluir que la fuente de nacimiento de cada una de las modalidades negociales es distinta, es decir, se trata de dos posibilidades autónomas y específicas para la concreción de las actividades de la administración.

Ahora, en cuanto a la contraprestación económica, tenemos que en el caso del contrato regulado por la Ley 80 de 1993, y normas concordantes, se pagan unos honorarios por la prestación del servicio, mientras que en el convenio de interés público se trata de unos montos girados a la entidad que no son una retribución directa tendiente a aumentar el patrimonio de una persona natural o jurídica, sino para la ejecución de actividades con el fin de impactar de manera favorable determinadas poblaciones del país, del departamento o del municipio.

Referente al objeto de cada uno de estos actos negociales encontramos que en el caso del convenio de interés público, la naturaleza misma de las actividades que se desarrollan deben ser de beneficencia pública, de utilidad común, de interés público o social, lo que no ocurre con el contrato de prestación de servicios, debido a que en este se pueden contratar a personas jurídicas o naturales para actividades que no tienen que ver con el interés público o social sino para la simple ejecución de una tarea que no puede prestarse con personal de planta o de carrera administrativa. Lo analizado sin mencionar que el objeto del contrato debe acoplarse con el Plan de Desarrollo de la entidad territorial, requisito que no se exige para los contratos de prestación de servicios.

En conclusión, para el Juzgado es evidente que las modalidades negociales son distintas, autónomas e independientes, que coexisten para el cumplimiento de las actividades del Estado, pero difieren en cuanto a su objeto, forma, partes y origen

normativo. Razón por la cual esta servidora judicial no comparte la postura de la entidad demandada en cuanto implicaría reducir la actividad desarrollada por la parte actora, al simple cumplimiento de actividades de servicio comunitario. Visión que no puede ser sostenida a la luz de los análisis aquí efectuados.

3.4.5. Sobre las estampillas pro adulto mayor y pro cultura

Los artículos 174 y siguientes del estatuto tributario del Municipio de Riosucio⁸ establecen:

ARTÍCULO 174: AUTORIZACIÓN LEGAL: Autorizada por el artículo 38 de la ley 397 de 1997, en concordancia con la ley 666 de 2001, normas en las que faculta a los concejos Municipales para que ordenen la emisión de una estampilla pro-cultura cuyos recursos serán administrados por el municipio para el fomento y el estímulo de la cultura.

ARTÍCULO 175: HECHO GENERADOR: Constituye hecho generador la suscripción de Contratos por las modalidades de Suministros, Servicios, Consultoría, Arrendamiento, Publicidad, Obra Pública, Administración Delegada y Aseguramiento.

ARTÍCULO 176: SUJETO ACTIVO: El municipio es el sujeto activo del Impuesto de Estampilla Pro cultura que se cause en su jurisdicción, y le corresponde la gestión, administración, control, recaudación, fiscalización, determinación, discusión, devolución y cobro.

ARTÍCULO 177: SUJETO PASIVO: Son sujetos pasivos de la estampilla pro cultura, los contratistas que suscriban contratos con el municipio y con sus entidades descentralizadas.

ARTÍCULO 178: CAUSACIÓN: El impuesto de la Estampilla se causa en el momento de la legalización del respectivo contrato y su pago se efectuará en la Tesorería del Municipio dentro de los plazos estipulados por la misma.

ARTÍCULO 179: BASE GRAVABLE: La base gravable, está constituida por el valor del Contrato, orden de trabajo, orden de suministro, factura o documento equivalente.

ARTÍCULO 180: TARIFA: La tarifa aplicable será como sigue:

⁸ <https://docplayer.es/205437652-Acuerdo-municipal-no-273-por-el-cual-se-adopta-la-normatividad-sustantiva-tributaria-para-el-municipio-de-riosucio-caldas.html>

- a. Todo contrato y sus condiciones celebrado por la alcaldía o sus entes descentralizados con personas naturales y/o jurídicas, sobre el monto será equivalente al UNO PUNTO CINCO por ciento (1.5%) sobre el valor total del contrato. Se exceptúan los contratos celebrados con las juntas de acción comunal y los empréstitos.

Sobre la estampilla pro adulto mayor:

ARTÍCULO 182: AUTORIZACIÓN LEGAL: Autorizada por la Ley 1276 de 2009 la cual se llamará Estampilla para el bienestar del Adulto Mayor como recurso para contribuir a la construcción, instalación, adecuación, dotación, funcionamiento y desarrollo de programas de prevención y promoción de los Centros de Bienestar del Anciano y Centros de Vida para la Tercera Edad, en cada una de sus respectivas entidades territoriales.

ARTÍCULO 183: HECHO GENERADOR: Constituye hecho generador la suscripción de Contratos por las modalidades de suministros, servicios, arrendamiento, publicidad, obra pública, administración delegada y aseguramiento.

ARTÍCULO 184: SUJETO ACTIVO: El Municipio es el sujeto activo del Impuesto de la Estampilla para el bienestar del Adulto Mayor que se cause en su jurisdicción, y le corresponde la gestión, administración, control, recaudación, fiscalización, determinación, discusión, devolución y cobro.

ARTÍCULO 185: SUJETO PASIVO: Son sujetos pasivos de la Estampilla para el bienestar del Adulto Mayor, los contratistas que suscriban contratos con el Municipio de Riosucio y con sus entidades descentralizadas.

ARTÍCULO 186: CAUSACIÓN: El impuesto de la Estampilla se causa en el momento de la legalización del respectivo contrato y su pago se efectuara en la Tesorería del Municipio dentro de los plazos estipulados por la misma.

ARTÍCULO 187: BASE GRAVABLE: La base gravable, está constituida por el valor bruto del Contrato, orden de trabajo, orden de suministro, factura o documento equivalente.

ARTÍCULO 188: TARIFAS: El cobro de la estampilla se hará mediante retención en las órdenes de pago porcentaje equivalente al establecido en el artículo 4 de la ley 1276 de 2009 de acuerdo con la categoría de la entidad territorial del valor total del respectivo pago. Que para el caso del Municipio de Riosucio es del CUATRO POR CIENTO (4%).

De acuerdo con la normativa territorial en cita, son hechos generadores de la estampilla pro adulto mayor: la suscripción de contratos por las modalidades de suministros, servicios, arrendamiento, publicidad, obra pública, administración delegada y aseguramiento. Mientras que en la estampilla pro cultura constituye hecho generador la suscripción de contratos por las modalidades de Suministros, Servicios, Consultoría, Arrendamiento, Publicidad, Obra Pública, Administración Delegada y Aseguramiento.

Se resalta que en ninguna de las anteriores prescripciones normativas se estipula que los convenios de interés público estarán gravados con alguna de estas estampillas.

3.5. Medios de prueba relevantes

- a. Certificación descuento estampillas año 2018 (pág. 33 archivo 01 del expediente).
- b. Convenio interés público RISL NRO. 001-2017 (págs. 35-47 del archivo 01 del expediente).
- c. Acta de liquidación del anterior convenio (págs. 49-50 del archivo 01 del expediente).
- d. Solicitud de devolución de pago por estampillas. (págs. 51-59 del archivo 01 del expediente).
- e. Respuesta a devolución de pago por estampillas (págs. 61-65 y 159-164 del archivo 01 del expediente).
- f. Contrato de Interés público RISL N° 002-2018 (págs. 137-146 del archivo 01 del expediente).
- g. Acta de liquidación del anterior negocio jurídico (págs. 147-148 del archivo 01 del expediente).
- h. Comprobante de egreso n° 2018-00193, 2018-00197, 2018-00271, 2018-275 (págs. 151-154 del archivo 01 del expediente).

3.6. Caso concreto

En el proceso se encuentra demostrado que el Municipio de Riosucio, a través de su representante legal, suscribió dos actos negociales denominados: (i) Convenio interés público RISL NRO. 001-2017 y (ii) Contrato de Interés público RISL N° 002-2018. El objeto de estos actos jurídicos es:

Del convenio RISL NRO. 001-2017:

“CLAUSULA PRIMERA -OBJETO DEL CONVENIO: El presente convenio tiene por objeto. CONVENIO DE INTERÉS PÚBLICO PARA PROMOVER EL DESARROLLO INTEGRAL DE NIÑOS, NIÑAS Y SUS FAMILIAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD, A TRAVÉS DEL DESARROLLO DE ACCIONES DE CIUDADANO DIARIO, DE EMPODERAMIENTO DE SUS FAMILIAS Y LA ACTIVACIÓN DE REDES COMUNITARIAS QUE FORTALEZCAN Y PRIORICEN EL CUIDADO Y LA PROTECCIÓN INFANTIL EN EL RESGUARDO INDIGENA DE SAN LORENZO”.

Del contrato de interés público RISL N° 002-2018:

“CLAUSULA PRIMERA-OBJETO DEL CONTRATO: CONTRATO DE INTERÉS PÚBLICO PARA LA PROMOCIÓN DE LA DIVERSIDAD ÉTNICA EN EL DESARROLLO INTEGRAL DE NIÑOS, NIÑAS Y SUS FAMILIAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD, A TRAVÉS DEL DESARROLLO DE ACCIONES DE CUIDADO DIARIO, EL EMPODERAMIENTO DE SUS FAMILIAS Y LA ACTIVACIÓN DE REDES COMUNITARIAS QUE FORTALEZCAN Y PRIORICEN EL CUIDADO Y LA PROTECCIÓN INFANTIL, EN APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 355 CONSTITUCIONAL Y EL DECRETO 92 DEL 2017.

A lo anterior se suman las cláusulas que contienen las responsabilidades de cada una de las partes de los convenios de interés público, sobre las cuales es menester advertir que son el reflejo palpable de la intención de desarrollar un programa de carácter eminentemente social. La cláusula tercera del convenio del 2017 (págs. 35-47 del archivo 01 del expediente) y del convenio RISL N° 002-2018 (págs. 137-146 del archivo 01 del expediente) son muy explícitas y elocuentes al desvirtuar que se trata de un contrato de servicios, pues el impacto social que se vislumbra es considerable y las obligaciones asumidas con miras a ese fin son más que evidentes.

Desde otra perspectiva, en los convenios se aborda inclusive una cofinanciación con recursos propios de la Corporación y aportes del Municipio como aporte de la autoridad indígena con los recursos de participación en el Sistema General de Participaciones del Resguardo Indígena San Lorenzo, de manera que hay suficientes hallazgos para que se desvirtúe que los negocios celebrados pueden ser interpretados como un contrato de servicios que haga viable la imposición de la estampilla. Lo cual, a la postre implicaría la disminución del dinero para la ejecución del objeto comercial y el desmedro de los programas sociales que se pretendían ejecutar.

Nótese con lo anterior que las partes claramente suscribieron un convenio de interés público; independientemente que se le haya denominado contrato (al del 2018), lo cierto es que se trata de actividades de interés público desarrolladas por una entidad sin ánimo de lucro cuya idoneidad no fue cuestionada por la entidad territorial y que, además, según el objeto de los convenios, trabajan en beneficio o utilidad común y no buscan satisfacer intereses lucrativos en su favor o en favor de quienes las integran y, por ende, no implican reparto de utilidades entre sus miembros con ocasión de su liquidación o en los períodos contables, sino que sus utilidades están orientadas a impactar o favorecer directamente los derechos de la colectividad determinada en el documento suscrito por las partes.

Es posible advertir que para la ejecución de tales propósitos implica, eventualmente, desplegar una buena cantidad de actividades que podrían denominarse genéricamente como servicios, pero, para esta servidora no puede ser de otra forma pues es connatural que la entidad deba ejercer actividades de esa naturaleza para cumplir con el objeto contractual, sin embargo, ello no tiene la suficiente capacidad para desnaturalizar la condición de verdaderos convenios de interés público.

Por otro lado, con sujeción al principio de legalidad, el acuerdo por medio del cual se implementó el Estatuto Tributario del Municipio de Riosucio no contempla que los convenios de interés público celebrados con la municipalidad sean de aquellos a los que se les debe aplicar tales gravámenes. Por lo anterior, se acoge la postura jurídica de la parte actora en la medida que la imposición de las estampillas pro cultura y pro adulto mayor, en el caso concreto, no es respetuosa del principio de legalidad y del principio de reserva legal del que deben estar revestidas todas las actuaciones de la administración en materia tributaria.

La administración no ha debido imponer este tipo de cargas a la Corporación demandante habida cuenta que el hecho generador del tributo no se armoniza con la naturaleza de los convenios de interés público que hoy son objeto de debate.

3.7. Sobre la posibilidad de ordenar la devolución de dineros por concepto de estampillas

El Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha precisado sobre la devolución de montos por pagos de estampillas lo siguiente⁹:

⁹ CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN CUARTA Consejera Ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Treinta (30) julio de dos mil quince (2015) Radicación: 08001233100020110001001 (19441) Actor: NALCO DE COLOMBIA LTDA Demandado: DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO.

“(…) Asimismo, la Sala ha establecido que en materia de devoluciones, las situaciones jurídicas no se consolidan mientras el término para solicitar la devolución no esté vencido y, por tanto, procede la solicitud de devolución.

También ha precisado que el término para pedir la devolución de pagos en exceso o de lo no debido es el señalado en los artículos 11 y 21 del Decreto 1000 de 1997, aplicable a este asunto con base en el artículo 59 de la Ley 788 de 2002. Tales normas disponen, respectivamente, lo siguiente:

«Artículo 11. Término para solicitar la devolución por pagos en exceso. Las solicitudes devolución o compensación por pagos en exceso, deberán presentarse dentro del término de prescripción de la acción ejecutiva, establecido en el artículo 2536 del Código Civil.»

«Artículo 21. Término para solicitar y efectuar la devolución de pagos de lo no debido. Habrá lugar a la devolución o compensación de los pagos efectuados a favor de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales sin que exista causa legal para hacer exigible su cumplimiento, para lo cual deberá presentarse solicitud ante la Administración de Impuestos y Aduanas donde se efectuó el pago, dentro del término establecido en el artículo 11 del presente Decreto. La Administración para resolver la solicitud contará con el término establecido en el mismo artículo.» Así, las solicitudes de devolución o compensación por pagos en exceso o de lo no debido “deberán presentarse dentro del término de prescripción de la acción ejecutiva, establecido en el artículo 2536 del Código Civil, que con la modificación introducida por el artículo 8 de la Ley 791 de 2002, es de 5 años¹⁰.

En este orden de ideas al verificarse que no ha pasado el término previsto en el precedente anterior, se estima que es posible ordenar la devolución de dineros pagados por concepto de estampillas.

3.8. Conclusiones

Se declarará la nulidad del oficio SHP-045-23-06-2018 del 23 de junio de 2018 y del oficio sin número con fecha del 10 de abril de 2018 y se ordenará, a título de restablecimiento del derecho, se agoten los trámites administrativos que sean del caso para la devolución de los montos pagados por concepto de estampillas pro adulto mayor y pro cultura pagados por la institución Aldeas infantiles S.O.S Colombia en los años 2017 y 2018.

¹⁰ ARTICULO 2536. La acción ejecutiva se prescribe por cinco (5) años. Y la ordinaria por diez (10).

En este orden de ideas, se ha desvirtuado la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados y se responden afirmativamente a las dos preguntas que hicieron las veces de problema jurídico en este proceso.

3.9. Del restablecimiento del derecho

Con fundamento en lo anterior, al desvirtuarse la presunción de legalidad del acto administrativo, a título de restablecimiento del derecho, el Municipio de Riosucio deberá realizar la devolución del dinero pagado por estampillas pro adulto mayor y pro cultura por la Corporación Aldeas Infantiles SOS Colombia por los años 2017 y 2018. Las sumas adeudadas deberán indexarse de acuerdo a la fórmula empleada por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo:

$$R=R.H. \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH) que es lo dejado de percibir por el demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente a la fecha en la cual se causó el derecho, es decir, desde el día siguiente en el que se efectuó el descuento por conceptos de estampillas de los años 2017 y 2018.

La parte accionada cumplirá, la presente sentencia en la forma y términos de los artículos 192 y s.s. del CPACA.

3.10. Sobre las excepciones

No se propusieron excepciones de mérito.

3.11. Condena en costas

Con fundamento en el artículo 188 del CPACA, se condena en costas a cargo de la parte demandada y en favor de la parte actora, debido a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. Por agencias en derecho se fijarán las sumas correspondientes al 6% de las pretensiones de la demanda, conforme lo estipulado en el artículo 5º numeral 1º del Acuerdo PSAA16-10554 agosto 5 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD oficio SHP-045-23-06-2018 del 23 de junio de 2018 y del oficio sin número con fecha del 10 de abril de 2018 (radicado interno 1140), expedidos por el **MUNICIPIO DE RIOSUCIO** en los cuales se niega la devolución de los montos pagados por concepto de estampillas pro adulto mayor y pro cultura por los años 2017 y 2018 a la Corporación Aldeas Infantiles SOS Colombia.

SEGUNDO: A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO se ordena al Municipio de Riosucio que agote los trámites pertinentes para realizar la devolución de dineros por concepto de estampillas pro adulto mayor y pro cultura por los años 2017 y 2018, pagados por la Corporación Aldeas infantiles SOS Colombia.

Dicho monto deberá ser actualizado de acuerdo a la fórmula empleada por el Consejo de Estado para la actualización del dinero, de conformidad con las pautas impartidas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SE CONDENA EN COSTAS al Municipio de Riosucio en favor de la parte actora. Por agencias en derecho se fijan el 6% de las pretensiones acumuladas de las demandas, conforme lo estipulado en el artículo 5º numeral 1º del Acuerdo PSAA16-10554 agosto 5 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, estimadas en un millón cuatrocientos cuatro mil pesos moneda corriente (\$1.404.000).

QUINTO: Una vez se encuentre ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previa cancelación de las anotaciones en el aplicativo Justicia XXI.

JPRC

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA
JUEZ

Firmado Por:
Claudia Yaneth Muñoz Garcia
Juez
Juzgado Administrativo

001

Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **38bd57edf4e57f832460630422848b124e155a6849c86634f00b4b96cf9aeba6**

Documento generado en 30/09/2022 04:35:18 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, Caldas, treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

RADICADO:	17001-33-33-001-2019-00588-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	FREIDEL FRANCISCO CANO FERNÁNDEZ
DEMANDADA:	DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN
SENTENCIA	162
ESTADO	102 DEL 03 DE OCTUBRE DE 2022

1. ASUNTO

Agotado como se encuentra el trámite de la instancia, el despacho profiere sentencia dentro del proceso referenciado, de conformidad con lo establecido en el último inciso del art. 181 del CPACA, previos los siguientes antecedentes.

2. PRELACIÓN POR LA NATURALEZA DEL ASUNTO

Precisa advertir que la Ley 446 de 1998, artículo 18, reglamentó lo relacionado con el turno para proferir sentencias, estableciendo la prohibición de alterar el orden en que hayan pasado al Despacho para fallo. No obstante, consagró una salvedad aplicable en la jurisdicción contenciosa administrativa, según la cual es factible modificar aquél, con fundamento en la naturaleza de los procesos o a solicitud del Agente del Ministerio Público en atención a su importancia jurídica o trascendencia social.

Ahora bien, la Ley 1285 de 2009 en el artículo 16 otorga prelación de los asuntos en turno para Despacho a aquellos que “... *entrañe sólo la reiteración de jurisprudencia*”.

Revisada la lista de procesos para sentencia entregada a la suscrita, se observa que existen algunos expedientes en turno para fallar que presentan similitud en el

medio de control incoado y los supuestos fácticos y jurídicos aplicables, además que constituyen únicamente reiteración de jurisprudencia, en consecuencia, para mayor celeridad en el trámite, se procederá a su fallo. Bajo los anteriores supuestos, se procede a decidir el conflicto.

3. ANTECEDENTES

3.1. Pretensiones de la demanda

Pretende la parte demandante que se declare la nulidad del acto administrativo 0606/19 UJ-SED proferido por el Departamento de Caldas – Secretaría de Educación, en cuanto negó el reconocimiento de tiempos de servicio para efectos pensionales.

Que se declare que entre el demandante y el Departamento de Caldas – Secretaría de Educación, existió una relación laboral durante el tiempo que duró el contrato por el sistema OPS del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y /o contrato de prestación de servicios.

Que se ordene reconocer al demandante los tiempos de servicio para efectos de pensión de jubilación, desde el momento de su vinculación con el ente territorial hasta la fecha de suscripción del último contrato por haber laborado con esta entidad territorial bajo la continua dependencia y subordinación como docente oficial.

Como restablecimiento del derecho solicita:

Que se ordene el envío de las cotizaciones para efectos pensionales al Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por los periodos reconocidos.

Ordenar a la entidad territorial que sobre los aportes pensionales aplique los reajustes de ley para cada año como lo ordena la Constitución Política.

Que se ordene dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro del proceso dentro en el término de 30 días tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del CPACA.

Que se expida el certificado de historia laboral y/o tiempo de servicios a nombre del demandante, relacionando los tiempos laborados objeto de reclamación.

3.2. Hechos Relevantes

En atención a lo sucedido en la audiencia inicial realizada el día 10 de diciembre de 2021, y el escrito de la demanda se tendrán en cuenta como hechos relevantes:

1. El demandante laboró al servicio docente según la orden de prestación de servicios Autorización No. 623 del 28 de abril del 2000 suscrita por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas.
2. Durante el tiempo de labores con el ente territorial no se le reconoció el tiempo de servicios para efectos pensionales.
3. Por medio de oficio 0606/19 UJ- SED del 26 de agosto de 2019, el Departamento de Caldas negó la solicitud de reconocimiento de una relación legal y reglamentaria y del tiempo de servicios para efectos pensionales.

3.3. Normas Violadas y Concepto de la Violación

En su sustentación trae a colación la Ley 80 de 1993, artículo 32 numeral 3 y expone que no existe diferencia entre los servicios prestados por el demandante y los docentes de planta, o mejor, con qué conocimientos especializados cuenta este, para que con él se suscriba un contrato de dicha naturaleza, lo cual vislumbre el deseo por parte de la entidad de evadir la responsabilidad que acarrea la celebración de un verdadero contrato laboral.

Alude también al artículo 53 de la Constitución Política en cuanto a la primacía de la realidad ante las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y alega que dicha disposición se encuentra vulnerada, pues resulta claro que el demandante nunca prestó un servicio de manera independiente, sino que realmente laboró bajo un contrato de trabajo, lo que le da derecho a reclamar que se contabilice el tiempo de servicios para posteriormente hacerse a la pensión de jubilación y no sus prestaciones por no tener la calidad de servidor público al carecer de los requisitos esenciales como son el concurso, nombramiento y posesión.

Seguidamente, trae a colación la sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997 de la Corte Constitucional que expresa claramente las diferencias entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios.

Igualmente invoca jurisprudencia del Consejo de Estado atinente al respecto y seguidamente señala que el demandante cumplía horario, rendía informes, tenía que cumplir las órdenes de sus coordinadores y no podía escoger el lugar de la prestación del servicio, sino que este obedecía al igual que los demás empleados docentes a una programación que regulaba y vigilaba el cumplimiento riguroso de su jornada habitual.

3.4. Contestación del Departamento de Caldas – Secretaría de Educación:

Manifestó oponerse a las pretensiones de la demanda e invoca el artículo 32 numeral 3 de la Ley 80 de 1993, el artículo 2 numeral 4 literal h de la Ley 1150 de 2007, respecto a la regulación de las modalidades contractuales y alude a que el Decreto 735 de 2012 y el Decreto 1510 de 2013 se han encargado de ratificar la modalidad de prestación de servicios como un mecanismo de la administración para cumplir con los fines del estado.

Refiere a los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y a la Ley 715 de 2001, y expresa que las características esenciales y especiales de los contratos de prestación de servicios han sido de orden jurisprudencial para lo cual se remite a los tribunales supremos para establecer sus características, tales como la sentencia C-739 de 2002, aduciendo la demandada que recurrió a dicha figura por no tener otro funcionario que se encargara de las funciones en dicha institución educativa para no entorpecer el proceso educativo y por el tiempo necesario requerido para contrarrestar dicha anomalía en la prestación del servicio.

Igualmente, respecto a la subordinación invoca la sentencia C-154 de 1997 y la sentencia del Consejo de Estado Sección Segunda del 21 de mayo de 2009, MP: Bertha Lucia Ramírez de Páez, radicación No. 68001-23-15-000-2000-01793-01(2094-07).

Cita además el párrafo 2 del artículo 38 de la Ley 715 de 2001, y expresa que, la parte demandante no demostró desde ningún punto de vista que en la ejecución de

los contratos se cumplieran con los requisitos esenciales de toda relación laboral, como está consagrado en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

Expresa que demuestra que nunca existió subordinación, mucho menos que fuera continuada, la contraprestación por los servicios fueron honorarios y los contratos solo fueron por determinados tiempos o periodos, nunca continuos por lo que queda claro que fue por necesidad del servicio.

La entidad demandada propuso las siguientes excepciones;

Falta de legitimación en la causa por pasiva

Expresa que se pretende que se le pague al demandante en calidad de contratista prestaciones sociales en la época de vigencia de los contratos lo cual escapa a todas luces de la competencia del Departamento de Caldas.

Invoca el acto legislativo No.1 del año 2001 artículo 2 referente al artículo 356 de la Constitución Política, el artículo 15, numeral 15.1, los artículos 18 y 21 de la Ley 715 de 2001 y el artículo 175 de la Ley 115 de 1994.

Expresa, que las entidades territoriales reciben los recursos enviados por la nación a través del sistema general de participaciones para financiar el sector educativo y distribuirlo según los parámetros fijados por el legislador y por el Ministerio de Educación.

No obstante lo expuesto, el Departamento de Caldas está facultado por la Ley 80 de 1993, la Ley 115 de 1994 y la Ley 715 de 2001, la Ley 1150 de 2007, el Decreto 734 de 2012 y el Decreto 1510 de 2013 para contratar docentes, personal administrativo, entre otros, por la modalidad de prestación de servicios cuando la necesidad del servicio lo requiera, con el objetivo de no suspender ni interrumpir la prestación del servicio público educativo.

No cumplimiento de los requisitos esenciales que regulan un contrato laboral

Expresa que la parte demandante, en ningún momento ha demostrado que el contrato ejecutado esté revestido con la existencia de los tres elementos esenciales

que debe tener toda relación laboral, en virtud de ello invoca el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

Resalta que la sola enunciación o demostración de la existencia de unos contratos por prestación de servicios entre las partes no denota la existencia del elemento que es determinante, de la subordinación o dependencia del contratista frente a su contratante, aunado, tampoco se demostró si el actor recibía órdenes o debía rendir informes y ante quien.

Por lo anterior, solicita que se declare que entre las partes no existió ningún contrato laboral disfrazado y que la relación contractual entre las partes se ajustó a derecho.

Prescripción

En caso se acceder a las súplicas de la demanda, solicita la aplicación de la prescripción trienal, conforme a lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y el Decreto 3115 de 1965 y alude a posiciones jurisprudenciales al respecto.

3.5. Traslado de Excepciones

La parte demandante no se pronunció.

3.6. Alegatos de Conclusión:

3.6.1. Parte Accionante:

Expone que el demandante laboró por contrato de prestación de servicios con el Departamento de Caldas y tiene derecho a que se le cancelen las prestaciones sociales que reconoce la ley durante el tiempo que laboró con la entidad demandada, por cuanto a la terminación del contrato de prestación de servicios no le fueron cancelados sus prestaciones sociales, a pesar de ser un cargo que pertenecía a la planta de cargos de la entidad, cumplía horario, tenía subordinación constante y permanente y recibía salario como retribución de sus servicios, lo cual se demuestra con la autorización número 623.

Refiere que los contratos de prestación de servicios deben celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o

requieran conocimientos especializados situación que se desvirtúa, pues como se ve en los contratos de prestación de servicios, el actor siempre desarrollo las mismas funciones, cumplimiento de horario y recibía el mismo tipo de subordinación.

Establece, que dentro del proceso se estructuraron los tres elementos de una relación laboral, es decir, actividad personal, remuneración y subordinación, por lo que no existió autonomía contractual, pues siempre estuvo sujeto a las instrucciones impartidas por su jefe inmediato.

3.6.2. Departamento de Caldas: No presento alegatos de conclusión.

3.7. Concepto del Ministerio Público: No se pronunció.

3.8. Pruebas Obrantes en el Expediente

Como material probatorio dentro del presente asunto, de conformidad con lo decretado en el auto de pruebas dictado en la audiencia inicial del 10 de diciembre de 2021, se tiene lo siguiente;

-Documentos referentes al trámite de conciliación extrajudicial radicación No. 1729 del 27 de noviembre de 2019 (folios 12 -28 Archivo13Cuaderno1.pdf del expediente digital)

-Petición presentada a la Secretaría de Educación Departamental (folios 29 a 33 Archivo13Cuaderno1.pdf del expediente digital)

-Documento de identificación de demandante (folio 34 Archivo13Cuaderno1.pdf del expediente digital)

-Oficio 0606/19 UJ SED del 26 de agosto de 2019 (folios 35 a 38 Archivo13Cuaderno1.pdf del expediente digital)

-Autorización No. 623 del 28 de abril de 2000 (folio 39 Archivo13Cuaderno1.pdf del expediente digital)

-Resolución 00706 del 11 de abril de 2001, Resolución 01483 del 09 de junio de 2000, Resolución 01876 del 14 de julio de 2000, Resolución 02114 del 09 de agosto de 2000, Resolución 02644 del 14 de septiembre de 2000, Resolución 02978 del 12 de octubre de 2000, Resolución 03343 del 16 de noviembre de 2000 y Resolución 03807 del 06 de diciembre de 2000 (Archivos 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32 y 33 del expediente digital).

-Certificación del 23 de marzo de 2022 suscrita por el Departamento de Caldas (Archivo 37 del expediente digital)

4. CONSIDERACIONES.

4.1. Problema Jurídico

Con base en la fijación del litigio efectuada en la audiencia inicial del diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021) es necesario resolver lo siguiente;

¿El demandante tiene derecho a que se le reconozca la existencia de una relación laboral con el Departamento de Caldas durante tiempo planteado en la demanda? y si ¿Es procedente el reconocimiento de los tiempos de servicio para efectos pensionales?

Para responder estos interrogantes se hará un análisis jurisprudencial de las sentencias que se han proferido en la materia por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, y desde luego, un análisis normativo aplicable al caso concreto. En la parte final se expondrán las conclusiones y se hará un pronunciamiento sobre la prosperidad de las excepciones de mérito.

Se aclara que lo anterior quedó definido en la audiencia inicial, motivo por el cual no es del caso pronunciarse sobre el pago de las prestaciones sociales a las que alude la parte demandante en los alegatos de conclusión allegados.

4.2. Fundamentos Normativos y Jurisprudenciales

La Corte Constitucional en sentencia C- 154 de 1.997, Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara, dispuso las diferencias entre el contrato de carácter laboral y el de prestación de servicios, así:

“ ...

b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

4.2.1. La prestación del servicio docente a través de contratos de prestación de servicios:

El Decreto 2277 de 1979 “Por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente”, define dicha profesión de la siguiente manera:

“Artículo 2. PROFESION DOCENTE. Las personas que ejercen la profesión docente se denominan genéricamente educadores. Se entiende por profesión docente el ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales y no oficiales de educación en los distintos niveles de que trata este decreto. Igualmente incluye esta definición a los docentes que ejercen funciones de dirección y coordinación de los planteles educativos de supervisión e inspección escolar, de programación y capacitación educativa, de consejería y orientación de educando, de educación especial, de alfabetización de adultos y demás actividades de educación formal autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional en los términos que determine el reglamento ejecutivo.

“Artículo 3. EDUCADORES OFICIALES. Los educadores que prestan sus servicios en entidades oficiales de orden nacional, departamental, distrital, intendencial, comisarial y municipal son empleados oficiales de

régimen especial que, una vez posesionados, quedan vinculados a la administración por las normas previstas en este decreto” (se subraya).

Las entidades territoriales iniciaron la práctica de contratar los servicios de los denominados "docentes temporales", ante la imposibilidad de vincularlos oficialmente a las plantas de personal, ya que la legislación que estaba vigente prohibía crear nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria con cargo al presupuesto estatal.

Esta definición de la labor docente fue reafirmada por el artículo 104 de la Ley General de Educación, Ley 115 de 1994, al prever que:

“El educador es el orientador en los establecimientos educativos, de un proceso de formación; enseñanza y aprendizaje de los educandos....”

Sobre ello la Corte Constitucional, en sentencia C-555 de 1994, manifestó:

“Desde el punto de vista de la actividad material que ejecutan los docentes-temporales, no parece existir diferencia respecto de la que realizan los docentes - empleados públicos. Si no se encuentra una diferencia, entre estos dos supuestos, edificada sobre un criterio de comparación que sea razonable, perdería plausibilidad el régimen jurídico asimétrico que, en las condiciones ya referidas, la ley contempla y el cual, en los aspectos principales (remuneración, prestaciones, derechos y obligaciones), es más favorable para los docentes-empleados públicos...”

Y más adelante dijo:

“Hasta tal grado no existen diferencias entre los dos supuestos estudiados - actividad de los docentes temporales y actividad de los docentes-empleados públicos -, que la única particularidad que exhiben los últimos respecto de los primeros es la de recibir un trato de favor emanado del régimen legal, cuya aplicación exclusiva, en estas condiciones, queda sin explicación distinta de la concesión de un privilegio. Lo que a menudo constituye la otra cara de la discriminación,

cuando ella es mirada desde la óptica de los excluidos...” (Negrilla fuera de texto)

Por su parte el Consejo de Estado, en materia de contrato realidad docente ha dicho lo siguiente¹:

“... ”

Ahora bien, la circunstancia de que, consciente y libremente, el trabajador haya aceptado las condiciones de contratación que le fueron planteadas en el contrato de prestación de servicios u orden de prestación de servicios resulta indiferente en una situación como la que se ha planteado pues ni aún el consentimiento puede considerarse como expediente válido para que el trabajador renuncie a los beneficios prestacionales que la ley prevé en su favor, según lo dispuso el artículo 53 de la Constitución. La misma norma de la Carta Fundamental previó, además, como uno de los principios mínimos fundamentales en materia laboral la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, precepto que sirve de base para declarar la existencia de una relación laboral cuando, no obstante haber una formalidad distinta, prima el vínculo real por concurrir en él los elementos requeridos, la prestación personal, la subordinación y la remuneración.

El caso resulta aún más evidente cuando se trata de un “contrato realidad” de docente. En efecto, la Ley 60 de 1993 permitió la vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicios pero no derogó el Decreto 2277 de 1979, artículo 2º, que dispone: “(se transcribe la norma)

Esta definición de la labor docente fue reafirmada por el artículo 104 de la Ley General de Educación (115 de 1994) al prever que “El educador es el orientador en los establecimientos educativos, de un proceso de formación, enseñanza y aprendizaje de los educandos...”

¹ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCION SEGUNDA, Subsección “B”-Consejero ponente: ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO- treinta (30) de marzo de dos mil seis (2006).

De esta manera se infiere que la labor docente no es independiente, sino que el servicio se presta en forma personal y de manera subordinada al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público de la educación.

Al respecto, la Sala Plena del Consejo de Estado, en decisión adoptada el 18 de noviembre de 2003, Radicación IJ-0039, Consejero Ponente Nicolás Pájaro Peñaranda, manifestó:

“Es inaceptable, además, porque si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad.

Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta.

En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales.”

En dicho fallo se concluyó lo siguiente:

- 1. El vínculo contractual que subyace en los contratos de prestación de servicios no es contrario a la ley.*
- 2. No existe identidad de la relación jurídica derivada del contrato (sitio donde se prestó el servicio) con la situación legal y reglamentaria, ya que, entre otras razones, el hecho de trabajar al servicio del Estado no puede en ningún caso conferir el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario.*

3. *No existe violación del derecho de igualdad por el hecho de la suscripción de los contratos de prestación de servicios, puesto que la situación del empleado público, la cual se estructura por la concurrencia de elementos sin los cuales dicha relación no tiene vida jurídica (artículo 122 de la Constitución Política), es distinta de la que se origina en razón de un contrato de prestación de servicios. Esta última no genera una relación laboral ni prestacional.*

4. *La situación del empleado público es diferente a la que da lugar al contrato de trabajo, que con la Administración sólo tiene ocurrencia cuando se trata de la construcción y mantenimiento de obras públicas.*

5. *Se hizo énfasis en la relación de coordinación entre contratante y contratista para el caso específico.*

Sin embargo y pese a lo anterior, si el interesado vinculado bajo la forma de contrato de prestación de servicios, logra desvirtuar su existencia al demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador, prestación personal del servicio y remuneración, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo. (art. 53 C.P.).”

En cuanto a la acreditación de los tres elementos propios de una relación de trabajo, en especial a la demostración de la labor en forma subordinada y dependiente respecto al empleador, el Consejo de Estado se pronunció en este sentido:²

“De acuerdo con lo anterior, en un plano teórico y general, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional.

² CONSEJO DE ESTADO, M.P. Jesús María Lemos Bustamante, expedientes 0245 y 2161, junio 23 de 2007.

Igualmente se ha dicho:

“...Aunque a primera vista se puede pensar que el cumplimiento de un horario es de suyo elemento configurativo de la subordinación transformando una relación que se consideró como contractual en laboral, lo cierto es que en determinados casos el cumplimiento de un horario es sencillamente la manifestación de una concertación contractual entre las partes, administración y particular, para desarrollar el objeto del contrato en forma coordinada con los usos y condiciones generalmente aceptadas y necesarias para llevar a cabo el cumplimiento de la labor. Entonces, constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible la subordinación y dependencia, y el hecho de que desplegó funciones públicas, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor siempre y cuando, de las circunstancias en que se desarrollaron tales actividades, no se deduzca que eran indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales. (Resaltado fuera de texto.)

*La situación particular de los docentes, resulta especialmente distinta, por cuanto los educadores que laboran en un establecimiento público educativo por medio de contratos de prestación de servicios, en honor a la verdad desarrollan la **subordinación y la dependencia** elementos que se encuentran ínsitos en la labor que cumplen, es decir, son con sustanciales al ejercicio de la función docente.”(Subrayas fuera de texto, negrillas originales)*

Posición que fue reiterada mediante sentencia del 6 de mayo de 2010³, en la que si bien se analizaba el tema de la pensión gracia, el problema jurídico central giraba en torno a si el tiempo de servicios como docente cumplido por medio de contratos de prestación de servicios administrativos se incluye para el reconocimiento y pago de la pensión gracia, el Consejo de Estado debió analizar en primer lugar la naturaleza del vínculo que surgía entre el docente- contratista y la administración para tomar una decisión al respecto, y sostuvo:

³ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCION SEGUNDA- SUBSECCION B-Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, seis (6) de mayo de dos mil diez (2010).

“En conclusión, la existencia de la relación laboral con los docentes contratistas se presume, sin que ello implique que dicho funcionario de hecho tenga los mismos derechos y obligaciones de los empleados públicos sujetos a un específico régimen legal y reglamentario, una planta de personal y la disponibilidad presupuestal correspondiente”. (Negrillas fuera de texto original)

De conformidad con lo descrito, el Despacho deduce que, en el caso en particular de los docentes que han sido contratados por órdenes de prestación de servicios, recae una presunción respecto del vínculo de subordinación cuando se pretende acreditar la existencia de un contrato realidad, trasladándose de esta manera la carga de la prueba a la entidad demandada de desvirtuar dicha presunción, dado que por razones de la actividad que ejercen estas personas y de acuerdo a lo dispuesto en la jurisprudencia, los docentes se encuentran supeditados al reglamento propio del servicio público de la educación, por lo que la dependencia en estos casos se presume como quiera que su labor obedece al cumplimiento de los lineamientos legales del sistema educativo.

4.2.2. La prescripción de los aportes pensionales en materia de contrato realidad.

En cuanto a ello la Sección Segunda del Consejo de Estado en la SU del 25 de agosto de 2016 en el expediente con radicado 23001233300020130026001 (00882015) dispuso;

“(…) 1° Unifícase la jurisprudencia respecto de las controversias relacionadas con el contrato realidad, en particular en lo que concierne a la prescripción, en el sentido de que (i) quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, (ii) sin embargo, el fenómeno prescriptivo no aplica frente a los aportes para pensión, (iii) lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal; (iv) las reclamaciones de los aportes pensionales

adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control; (v) tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho; (vi) el estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral; y (vii) el juez contencioso administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva.(...)”

Se encuentra así que, tratándose de la reclamación de cotizaciones pensionales en materia de contrato realidad, no opera el fenómeno de la prescripción tal como lo ha sentado la jurisprudencia contenciosa administrativa a través de su máximo tribunal.

4.3. Caso concreto

En el presente caso se solicita la existencia de una relación laboral entre el señor Freidel Francisco Cano Fernández con el Departamento de Caldas durante el tiempo planteado en la demanda y, en consecuencia, la procedencia del reconocimiento de esos tiempos de servicio para efectos pensionales por el lapso de tiempo ejercido como docente a través de contratos de prestación de servicios.

Igualmente, conforme a los hechos de la demanda fundamenta su solicitud en los servicios prestados en razón de la autorización No. 623 por el término de 7 meses, tal como se observa a folio 4 del Archivo *13Cuaderno1.pdf* del expediente digital.

Al respecto, observa el despacho que conforme a la Certificación del 23 de marzo de 2022 emitida por el Departamento de Caldas- Secretaria de Educación (archivo *37CertificacionSecretariaEducacion.pdf*), el señor Freidel Francisco Cano Fernández prestó sus servicios transitoriamente en el Instituto Integrado Supía (Intec) de Supía como docente de tiempo completo en virtud de la autorización No. 623 desde el 28 de abril a mayo 31 de 2000, desde el 01 de junio al 25 de junio de 2000, desde el 17 de julio al 31 de julio de 2000, desde el 01 de agosto al 31 de agosto de 2000, desde el 01 de septiembre al 30 de septiembre de 2000, desde el

01 de octubre al 31 de octubre de 2000, y desde el 01 de noviembre al 17 de diciembre de 2000.

Así pues, en consideración al material probatorio y a la jurisprudencia referida, considera esta instancia que el demandante prestó el servicio docente en virtud de órdenes de prestación de servicios a cargo del Departamento de Caldas.

El ejercicio de labor docente llevada a cabo se realizó bajo la dependencia absoluta que exige el cumplimiento de las funciones propias del sistema educativo establecidas en los reglamentos que regulan dicho servicio público, configurándose los elementos que constituyen una verdadera relación laboral como lo son la prestación del servicio, la remuneración, y la subordinación y dependencia.

Ello es así, pues la naturaleza del servicio docente prestado por los demandantes implica una prestación continua sujeta a órdenes por parte de los diferentes estamentos educativos que, ineludiblemente, conllevan a la materialización de una relación laboral y no prestacional, ya que no es posible ejercer la labor docente si no es bajo estas circunstancias.

Vistas así las cosas, en aplicación del principio de la primicia de la realidad que opera en materia laboral se concluye que en el asunto que se estudia existió un verdadero vínculo laboral.

En consecuencia, como el objeto de las pretensiones que se reclaman buscan el reconocimiento de las cotizaciones pensionales generadas durante el servicio docente referido, y al no existir prescripción de las mismas, como lo dijo el Consejo de Estado en la sentencia de unificación citada, se reconocerá la pretensión de la demanda.

Por lo tanto y en atención a la fijación del litigio se ordenará la nulidad del **oficio 0606/19 UJ- SED del 26 de agosto de 2019**.

Por lo anterior, el Departamento de Caldas deberá efectuar las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensión por el periodo de tiempo laborado que ha sido objeto de prueba y que se acaba de referir, según la certificación expedida por el Departamento de Caldas.

4.4. Sobre las excepciones

Con los argumentos expuestos en esta sentencia y con el análisis del caso concreto se ha dado respuesta a las excepciones de mérito propuestas por el Departamento de Caldas.

Así mismo, al encontrarse que en criterio de este Despacho existen razones jurídicas para la prosperidad de las pretensiones de la demanda, se ha resuelto, de contera, la carencia de mérito para la prosperidad de los medios de defensa: *i) falta de legitimación en la causa por pasiva ii) no cumplimiento de los requisitos esenciales que regulan un contrato laboral iii) Prescripción*. Por lo tanto, se despacharán desfavorablemente.

En consecuencia, se declarará la nulidad del acto administrativo por medio del cual se negó el reconocimiento de una relación laboral y se ordenará a título de restablecimiento del derecho efectuar el pago de las cotizaciones pensionales del demandante correspondientes a los periodos establecidos.

4.5. Costas

Con fundamento en el art. 188 del CPACA, se condena en costas a cargo de la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se harán conforme al CGP (Arts. 365 y 366). Por agencias en derecho se fijará la suma equivalente al 6 % de las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

5. FALLA

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de *i) falta de legitimación en la causa por pasiva ii) no cumplimiento de los requisitos esenciales que regulan un contrato laboral y iii) Prescripción*, propuestas por el Departamento de Caldas.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del Oficio 0606/19 UJ- SED del 26 de agosto de 2019, por lo expuesto.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR al DEPARTAMENTO DE CALDAS – SECRETARIA DE EDUCACIÓN efectuar las cotizaciones en pensión del señor **Freidel Francisco Cano Fernández** en virtud de

la existencia de una relación laboral con el Departamento de Caldas por los periodos laborados como docente comprendidos entre el 28 de abril a mayo 31 de 2000, el 01 de junio al 25 de junio de 2000, el 17 de julio al 31 de julio de 2000, el 01 de agosto al 31 de agosto de 2000, el 01 de septiembre al 30 de septiembre de 2000, el 01 de octubre al 31 de octubre de 2000, y el 01 de noviembre al 17 de diciembre de 2000, de conformidad con los motivos expuestos.

CUARTO: SE CONDENA EN COSTAS a la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el CGP arts. 365 y 366.

Por agencias en derecho se fija la suma de \$34.388,87 correspondiente al 6 % de las pretensiones de la demanda.

QUINTO: A la sentencia se le dará cumplimiento en los términos previstos en el arts. 192 y normas concordantes y siguientes del CPACA.

SEXTO: Desde ya se autoriza la expedición de copias auténticas de la presente sentencia de conformidad con lo establecido en el art. 114 del CGP.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA

JUEZ

Firmado Por:

Claudia Yaneth Muñoz Garcia

Juez

Juzgado Administrativo

001

Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **2ec8c43fb325985b6e7c9f792c7ff62bba8f95ea393cd05a69ee571fddd6434**

Documento generado en 30/09/2022 01:38:54 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, Caldas, treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

RADICADO:	17001-33-33-001-2020-00055-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMADANTE:	MARIA GLADYS CARDONA BOTERO
DEMANDADA:	DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN
SENTENCIA	163
ESTADO	102 DEL 03 DE OCTUBRE DE 2022

1. ASUNTO

Agotado como se encuentra el trámite de la instancia, el despacho profiere sentencia dentro del proceso referenciado, de conformidad con lo establecido en el último inciso del art. 181 del CPACA, previos los siguientes antecedentes.

2. PRELACIÓN POR LA NATURALEZA DEL ASUNTO

Precisa advertir que la Ley 446 de 1998, artículo 18, reglamentó lo relacionado con el turno para proferir sentencias, estableciendo la prohibición de alterar el orden en que hayan pasado al Despacho para fallo. No obstante, consagró una salvedad aplicable en la jurisdicción contenciosa administrativa, según la cual es factible modificar aquél, con fundamento en la naturaleza de los procesos o a solicitud del Agente del Ministerio Público en atención a su importancia jurídica o trascendencia social.

Ahora bien, la Ley 1285 de 2009 en el artículo 16 otorga prelación de los asuntos en turno para Despacho a aquellos que “... *entrañe sólo la reiteración de jurisprudencia*”.

Revisada la lista de procesos para sentencia entregada a la suscrita, se observa que existen algunos expedientes en turno para fallar que presentan similitud en el

medio de control incoado y los supuestos fácticos y jurídicos aplicables, además que constituyen únicamente reiteración de jurisprudencia, en consecuencia, para mayor celeridad en el trámite, se procederá a su fallo. Bajo los anteriores supuestos, se procede a decidir el conflicto.

3. ANTECEDENTES

3.1. Pretensiones de la demanda

Pretende la parte demandante que se declare la nulidad del acto administrativo 0642/19 UJ-SED del 11 de septiembre de 2019 proferido por el Departamento de Caldas – Secretaría de Educación, en cuanto negó el reconocimiento de los tiempos de servicios para efectos pensionales.

Que se declare que entre la demandante y el Departamento de Caldas – Secretaría de Educación, existió una relación laboral durante el tiempo que duró el contrato por el sistema OPS del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y /o contrato de prestación de servicios.

Que se ordene reconocer a la demandante los tiempos de servicios para efectos de pensión de jubilación, desde el momento de su vinculación con el ente territorial hasta la fecha de suscripción del último contrato por haber laborado con esta entidad territorial bajo la continua dependencia y subordinación como docente oficial.

Como restablecimiento del derecho solicita:

Que se ordene el envío de las cotizaciones para efectos pensionales al Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por los periodos reconocidos.

Ordenar a la entidad territorial que sobre los aportes pensionales aplique los reajustes de ley para cada año como lo ordena la Constitución Política.

Que se ordene dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro del proceso dentro en el término de 30 días tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del CPACA.

Que se expida el certificado de historia laboral y/o tiempo de servicios a nombre del demandante relacionando los tiempos laborados objeto de reclamación.

3.2. Hechos Relevantes

En atención a lo sucedido en la audiencia inicial realizada el día 10 de diciembre de 2021, y el escrito de la demanda se tendrán en cuenta como hechos relevantes:

1. Laboró al servicio docente según las certificaciones allegadas de la siguiente manera;

En el jardín infantil Confamiliar entre los años 2000 y 2002.

Liceo Isabel la Católica desde el 27 de febrero hasta el 17 de marzo de 1996.

Liceo Comercial Santa María Micaela desde el 03 de marzo hasta el 30 de noviembre de 1999 y desde 01 de mayo hasta el 30 de noviembre del 2000.

Como docente en el municipio de Villamaría (a través de la corporación Corpored) desde el 01 de febrero de 2002 hasta el 30 de noviembre de 2007.

En el Instituto Villamaría desde el 15 de agosto hasta el 15 de diciembre de 2003 y desde el 1 de septiembre hasta el 17 de diciembre de 2004 como docente de tiempo completo y desde el 1 de marzo al 30 de junio y desde el 1 de agosto al 30 de noviembre de 2005.

En el Instituto Gerardo Arias se desempeñó como docente de tiempo completo desde el 15 de agosto al 15 de diciembre de 2002 y desde el 01 de febrero al 30 de mayo de 2003.

2. Durante el tiempo de labores con el ente territorial no se le reconoció el tiempo de servicios para efectos pensionales.
3. Por medio de oficio 0642/19 UJ SED del 11 de septiembre de 2019, el Departamento de Caldas negó la solicitud de reconocimiento de una relación legal y reglamentaria o del contrato realidad y de la relación laboral y del tiempo de servicios.

3.3. Normas Violadas y Concepto de la Violación

En su sustentación trae a colación la Ley 80 de 1993, artículo 32 numeral 3 y expone que no existe diferencia entre los servicios prestados por la demandante y los docentes de planta, o mejor, con qué conocimientos especializados cuenta esta, para que con ella se suscriba un contrato de dicha naturaleza, lo cual vislumbra el deseo por parte de la entidad de evadir la responsabilidad que acarrea la celebración de un verdadero contrato laboral.

Alude también al artículo 53 de la Constitución Política en cuanto a la primacía de la realidad ante las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y alega que dicha disposición se encuentra vulnerada, pues resulta claro que el demandante nunca prestó un servicio de manera independiente, si no que realmente laboró bajo un contrato de trabajo, lo que le da derecho a reclamar que se contabilice el tiempo de servicios para posteriormente hacerse a la pensión de jubilación y no sus prestaciones por no tener la calidad de servidor público al carecer de los requisitos esenciales como son el concurso, nombramiento y posesión.

Seguidamente, trae a colación la sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997 de la Corte Constitucional que expresa claramente las diferencias entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios.

Igualmente invoca jurisprudencia del Consejo de Estado atinente al respecto y seguidamente señala que, el demandante cumplía horario, rendía informes, tenía que cumplir las órdenes de sus coordinadores y no podía escoger el lugar de la prestación del servicio, si no que este obedecía al igual que los demás empleados docentes a una programación que regulaba y vigilaba el cumplimiento riguroso de su jornada habitual.

3.4. Contestación del Departamento de Caldas – Secretaría de Educación:

Manifestó oponerse a las pretensiones de la demanda e invoca el artículo 32 numeral 3 de la Ley 80 de 1993, el artículo 2 numeral 4 literal h de la Ley 1150 de 2007, respecto a la regulación de las modalidades contractuales y alude a que el Decreto 735 de 2012 y el Decreto 1510 de 2013 se han encargado de ratificar la

modalidad de prestación de servicios como un mecanismo de la administración de cumplir con los fines del estado.

Refiere a los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y a la Ley 715 de 2001, y expresa que las características esenciales y especiales de los contratos de prestación de servicios han sido de orden jurisprudencial para lo cual se remite a los tribunales supremos para establecer sus características, tales como la sentencia C-739 de 2002, aduciendo la demandada que recurrió a dicha figura por no tener otro funcionario que se encargara de las funciones en dicha institución educativa para no entorpecer el proceso educativo y por el tiempo necesario requerido para contrarrestar dicha anomalía en la prestación del servicio.

Igualmente, respecto a la subordinación, invoca la sentencia C-154 de 1997 y la sentencia del Consejo de Estado Sección Segunda del 21 de mayo de 2009, MP: Bertha Lucía Ramírez de Páez, radicación No. 68001-23-15-000-2000-01793-01(2094-07).

Cita además el párrafo 2 del artículo 38 de la Ley 715 de 2001, y expresa que la parte demandante no demostró desde ningún punto de vista que en la ejecución de los contratos se cumplieran con los requisitos esenciales de toda relación laboral, como está consagrado en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

Expresa que demuestra que nunca existió subordinación, mucho menos que fuera continuada, la contraprestación por los servicios fueron honorarios y los contratos solo fueron por determinados tiempos o periodos, nunca continuos por lo que queda claro que fue por necesidad del servicio.

La entidad demandada propuso las siguientes excepciones;

Falta de legitimación en la causa por pasiva

Expresa que se pretende que se le pague al demandante en calidad de contratista prestaciones sociales en la época de vigencia de los contratos lo cual escapa a todas luces de la competencia del Departamento de Caldas.

Invoca el acto legislativo No.1 del año 2001 artículo 2 referente al artículo 356 de la Constitución Política, el artículo 15, numeral 15.1, los artículos 18 y 21 de la Ley 715 de 2001 y el artículo 175 de la Ley 115 de 1994.

Expresa que las entidades territoriales reciben los recursos enviados por la nación a través del sistema general de participaciones para financiar el sector educativo y distribuirlo según los parámetros fijados por el legislador y por el Ministerio de Educación.

No obstante lo expuesto, el Departamento de Caldas está facultado por la Ley 80 de 1993, la Ley 115 de 1994 y la Ley 715 de 2001, la Ley 1150 de 2007, el Decreto 734 de 2012 y el Decreto 1510 de 2013 para contratar docentes, personal administrativo, entre otros, por la modalidad de prestación de servicios cuando la necesidad del servicio lo requiera, con el objetivo de no suspender, ni interrumpir la prestación del servicio público educativo.

No cumplimiento de los requisitos esenciales que regulan un contrato laboral

Expresa que la parte demandante en ningún momento ha demostrado que el contrato ejecutado esté revestido con los tres elementos esenciales que debe tener toda relación laboral, en virtud de ello invoca el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

Resalta que la sola enunciación o demostración de la existencia de unos contratos por prestación de servicios entre las partes no denota la existencia del elemento que es determinante, de la subordinación o dependencia del contratista frente a su contratante, aunado, tampoco se demostró si el actor recibía órdenes o debía rendir informes y ante quién.

Por lo anterior, solicita que se declare que entre las partes no existió ningún contrato laboral disfrazado y que la relación contractual entre las partes se ajustó a derecho.

Prescripción

En caso se acceder a las súplicas de la demanda, solicita la aplicación de la prescripción trienal, conforme a lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y el Decreto 3115 de 1965 y alude a posiciones jurisprudenciales al respecto.

3.5. Traslado de Excepciones

La parte demandante no se pronunció.

3.6. Alegatos de Conclusión:

3.6.1. Parte Accionante:

Expone que la demandante laboró por contrato de prestación de servicios con el Departamento de Caldas y tiene derecho a que se le cancelen las prestaciones

sociales que reconoce la ley durante el tiempo que laboró con la entidad demandada, por cuanto a la terminación del contrato de prestación de servicios no le fueron cancelados sus prestaciones sociales, a pesar de ser un cargo que pertenecía a la planta de cargos de la entidad, cumplía horario, tenía subordinación constante y permanente y recibía salario como retribución de sus servicios, lo cual se demuestra con las órdenes de prestación de servicios y / o los contratos de prestación de servicios con Maria Gladys Cardona Botero mediante constancias de la Institución Educativa de Villamaria, Jardín Infantil de Confamiliares y el Liceo Isabel La Católica.

Refiere que los contratos de prestación de servicios deben celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados situación que se desvirtúa, pues como se ve en los contratos de prestación de servicios, siempre desarrollo las mismas funciones, cumplimiento de horario y recibía el mismo tipo de subordinación.

Establece, que dentro del proceso se estructuraron los tres elementos de una relación laboral, es decir, actividad personal, remuneración y subordinación, por lo que no existió autonomía contractual, pues siempre estuvo sujeta a las instrucciones impartidas por su jefe inmediato.

3.6.2. Departamento de Caldas: No presento alegatos de conclusión.

3.7. Concepto del Ministerio Público: No se pronunció.

3.8. Pruebas Obrantes en el Expediente

Como material probatorio dentro del presente asunto, de conformidad con lo decretado en el auto de pruebas dictado en la audiencia inicial del 10 de diciembre de 2021, se tiene lo siguiente;

-Documentos referentes al trámite de conciliación extrajudicial radicación No. 1773 del 05 de diciembre de 2019 (folios 12 -26 Archivo01Cuaderno1.pdf del expediente digital)

-Petición presentada a la Secretaría de Educación Departamental (folios 27 a 31 Archivo01Cuaderno1.pdf del expediente digital)

-Oficio 0642/19 UJ SED del 11 de septiembre de 2019 (folios 32 a 35 Archivo01Cuaderno1.pdf del expediente digital)

-Certificados y constancias del Jardín Infantil Confamiliares, del Liceo Isabel la Católica, Liceo Comercial Santa María Micaela, Depto de Caldas, de la Corporación Corpored, el Instituto Villamaria, Institución Educativa Gerardo Arias (folios 36,38,39,40,41,42,43,44,45,46 del Archivo01Cuaderno1.pdf del expediente digital)

-Resolución No. 015 del 27 de febrero de 1996 (folio 47 del Archivo01Cuaderno1.pdf del expediente digital)

-Documento de identificación de la demandante (folio 48 Archivo01Cuaderno1.pdf del expediente digital)

-Resolución 01187 del 16 de abril de 2019, Resolución 001268 del 22 de abril de 1996, Resolución 01668 del 14 de mayo de 1999, Resolución 02147 del 17 de junio de 1999, Resolución No. 03587 del 15 de septiembre de 1999, Resolución No. 03947 del 14 de octubre de 1999, Resolución 04404 del 16 de noviembre de 1999, Resolución 04709 del 06 de diciembre de 1999 (Archivos 29,30,31,32,33,34,35,36 y37 pdf del expediente digital)

-Certificación del 23 de marzo de 2022 suscrita por el Departamento de Caldas – Secretaría de Educación (Archivo39 del expediente digital)

4. CONSIDERACIONES.

4.1. Problema Jurídico

Con base en la fijación del litigio efectuada en la audiencia inicial del diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021) es necesario resolver lo siguiente;

¿La demandante tiene derecho a que se le reconozca la existencia de una relación laboral con el Departamento de Caldas durante tiempo planteado en la demanda? y si ¿Es procedente el reconocimiento de los tiempos de servicio para efectos pensionales?

Para responder estos interrogantes se hará un análisis jurisprudencial de las sentencias que se han proferido en la materia por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, y desde luego, un análisis normativo aplicable al caso concreto. En la parte final se expondrán las conclusiones y se hará un pronunciamiento sobre la prosperidad de las excepciones de mérito.

Se aclara que lo anterior quedó definido en la audiencia inicial, motivo por el cual no es del caso pronunciarse sobre el pago de las prestaciones sociales a las que alude la parte demandante en los alegatos de conclusión allegados.

4.2. Fundamentos Normativos y Jurisprudenciales

La Corte Constitucional en sentencia C- 154 de 1.997, Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara, dispuso las diferencias entre el contrato de carácter laboral y el de prestación de servicios, así:

“... ”

b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

4.2.1. La prestación del servicio docente a través de contratos de prestación de servicios:

El Decreto 2277 de 1979 “Por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente”, define dicha profesión de la siguiente manera:

“Artículo 2. PROFESION DOCENTE. Las personas que ejercen la profesión docente se denominan genéricamente educadores. Se entiende por profesión docente el ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales y no oficiales de educación en los distintos niveles de que trata este decreto. Igualmente incluye esta definición a los docentes que ejercen funciones de dirección y coordinación de los planteles educativos

de supervisión e inspección escolar, de programación y capacitación educativa, de consejería y orientación de educando, de educación especial, de alfabetización de adultos y demás actividades de educación formal autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional en los términos que determine el reglamento ejecutivo.

“Artículo 3. EDUCADORES OFICIALES. Los educadores que prestan sus servicios en entidades oficiales de orden nacional, departamental, distrital, intendencial, comisarial y municipal son empleados oficiales de régimen especial que, una vez posesionados, quedan vinculados a la administración por las normas previstas en este decreto” (se subraya).

Las entidades territoriales iniciaron la práctica de contratar los servicios de los denominados "docentes temporales", ante la imposibilidad de vincularlos oficialmente a las plantas de personal, ya que la legislación que estaba vigente prohibía crear nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria con cargo al presupuesto estatal.

Esta definición de la labor docente fue reafirmada por el artículo 104 de la Ley General de Educación, Ley 115 de 1994, al prever que:

“El educador es el orientador en los establecimientos educativos, de un proceso de formación; enseñanza y aprendizaje de los educandos...”

Sobre ello la Corte Constitucional, en sentencia C-555 de 1994, manifestó:

“Desde el punto de vista de la actividad material que ejecutan los docentes-temporales, no parece existir diferencia respecto de la que realizan los docentes - empleados públicos. Si no se encuentra una diferencia, entre estos dos supuestos, edificada sobre un criterio de comparación que sea razonable, perdería plausibilidad el régimen jurídico asimétrico que, en las condiciones ya referidas, la ley contempla y el cual, en los aspectos principales (remuneración, prestaciones, derechos y obligaciones), es más favorable para los docentes-empleados públicos...”

Y más adelante dijo:

“Hasta tal grado no existen diferencias entre los dos supuestos estudiados - actividad de los docentes temporales y actividad de los docentes-empleados públicos -, que la única particularidad que exhiben los últimos respecto de los primeros es la de recibir un trato de favor emanado del régimen legal, cuya aplicación exclusiva, en estas condiciones, queda sin explicación distinta de la concesión de un privilegio. Lo que a menudo constituye la otra cara de la discriminación, cuando ella es mirada desde la óptica de los excluidos...” (Negrilla fuera de texto)

Por su parte el Consejo de Estado, en materia de contrato realidad docente ha dicho lo siguiente¹:

“... ”

Ahora bien, la circunstancia de que, consciente y libremente, el trabajador haya aceptado las condiciones de contratación que le fueron planteadas en el contrato de prestación de servicios u orden de prestación de servicios resulta indiferente en una situación como la que se ha planteado pues ni aún el consentimiento puede considerarse como expediente válido para que el trabajador renuncie a los beneficios prestacionales que la ley prevé en su favor, según lo dispuso el artículo 53 de la Constitución. La misma norma de la Carta Fundamental previó, además, como uno de los principios mínimos fundamentales en materia laboral la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, precepto que sirve de base para declarar la existencia de una relación laboral cuando, no obstante haber una formalidad distinta, prima el vínculo real por concurrir en él los elementos requeridos, la prestación personal, la subordinación y la remuneración.

El caso resulta aún más evidente cuando se trata de un “contrato realidad” de docente. En efecto, la Ley 60 de 1993 permitió la vinculación

¹ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCION SEGUNDA, Subsección “B” -Consejero ponente: ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO- treinta (30) de marzo de dos mil seis (2006).

de docentes bajo la modalidad de prestación de servicios pero no derogó el Decreto 2277 de 1979, artículo 2º, que dispone: "(se transcribe la norma)

Esta definición de la labor docente fue reafirmada por el artículo 104 de la Ley General de Educación (115 de 1994) al prever que "El educador es el orientador en los establecimientos educativos, de un proceso de formación, enseñanza y aprendizaje de los educandos...."

De esta manera se infiere que la labor docente no es independiente, sino que el servicio se presta en forma personal y de manera subordinada al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público de la educación.

Al respecto, la Sala Plena del Consejo de Estado, en decisión adoptada el 18 de noviembre de 2003, Radicación IJ-0039, Consejero Ponente Nicolás Pájaro Peñaranda, manifestó:

"Es inaceptable, además, porque si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad.

Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta.

En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales."

En dicho fallo se concluyó lo siguiente:

1. *El vínculo contractual que subyace en los contratos de prestación de servicios no es contrario a la ley.*
2. *No existe identidad de la relación jurídica derivada del contrato (sitio donde se prestó el servicio) con la situación legal y reglamentaria, ya que, entre otras razones, el hecho de trabajar al servicio del Estado no puede en ningún caso conferir el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario.*
3. *No existe violación del derecho de igualdad por el hecho de la suscripción de los contratos de prestación de servicios, puesto que la situación del empleado público, la cual se estructura por la concurrencia de elementos sin los cuales dicha relación no tiene vida jurídica (artículo 122 de la Constitución Política), es distinta de la que se origina en razón de un contrato de prestación de servicios. Esta última no genera una relación laboral ni prestacional.*
4. *La situación del empleado público es diferente a la que da lugar al contrato de trabajo, que con la Administración sólo tiene ocurrencia cuando se trata de la construcción y mantenimiento de obras públicas.*
5. *Se hizo énfasis en la relación de coordinación entre contratante y contratista para el caso específico.*

Sin embargo y pese a lo anterior, si el interesado vinculado bajo la forma de contrato de prestación de servicios, logra desvirtuar su existencia al demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador, prestación personal del servicio y remuneración, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo. (art. 53 C.P.).”

En cuanto a la acreditación de los tres elementos propios de una relación de trabajo, en especial a la demostración de la labor en forma subordinada y dependiente respecto al empleador el Consejo de Estado se pronunció en este sentido:²

² CONSEJO DE ESTADO, M.P. Jesús María Lemos Bustamante, expedientes 0245 y 2161, junio 23 de 2007.

“De acuerdo con lo anterior, en un plano teórico y general, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional.

Igualmente se ha dicho:

“...Aunque a primera vista se puede pensar que el cumplimiento de un horario es de suyo elemento configurativo de la subordinación transformando una relación que se consideró como contractual en laboral, lo cierto es que en determinados casos el cumplimiento de un horario es sencillamente la manifestación de una concertación contractual entre las partes, administración y particular, para desarrollar el objeto del contrato en forma coordinada con los usos y condiciones generalmente aceptadas y necesarias para llevar a cabo el cumplimiento de la labor. Entonces, constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible la subordinación y dependencia, y el hecho de que desplegó funciones públicas, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor siempre y cuando, de las circunstancias en que se desarrollaron tales actividades, no se deduzca que eran indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales. (Resaltado fuera de texto.)

*La situación particular de los docentes, resulta especialmente distinta, por cuanto los educadores que laboran en un establecimiento público educativo por medio de contratos de prestación de servicios, en honor a la verdad desarrollan la **subordinación y la dependencia** elementos que se encuentran ínsitos en la labor que cumplen, es decir, son con sustanciales al ejercicio de la función docente.”(Subrayas fuera de texto, negrillas originales)*

Posición que fue reiterada mediante sentencia del 6 de mayo de 2010³, en la que si bien se analizaba el tema de la pensión gracia, el problema jurídico central giraba en torno a si el tiempo de servicios como docente cumplido por medio de contratos de prestación de servicios administrativos se incluye para el reconocimiento y pago de la pensión gracia, el Consejo de Estado debió analizar en primer lugar la naturaleza del vínculo que surgía entre el docente- contratista y la administración para tomar una decisión al respecto, y sostuvo:

“En conclusión, la existencia de la relación laboral con los docentes contratistas se presume, sin que ello implique que dicho funcionario de hecho tenga los mismos derechos y obligaciones de los empleados públicos sujetos a un específico régimen legal y reglamentario, una planta de personal y la disponibilidad presupuestal correspondiente”. (Negrillas fuera de texto original)

De conformidad con lo descrito, el Despacho deduce que, en el caso en particular de los docentes que han sido contratados por órdenes de prestación de servicios, recae una presunción respecto del vínculo de subordinación cuando se pretende acreditar la existencia de un contrato realidad, trasladándose de esta manera la carga de la prueba a la entidad demandada de desvirtuar dicha presunción, dado que por razones de la actividad que ejercen estas personas y de acuerdo a lo dispuesto en la jurisprudencia, los docentes se encuentran supeditados al reglamento propio del servicio público de la educación, por lo que la dependencia en estos casos se presume como quiera que su labor obedece al cumplimiento de los lineamientos legales del sistema educativo.

4.2.2. La prescripción de los aportes pensionales en materia de contrato realidad.

En cuanto a ello la sección segunda del Consejo de Estado en la SU del 25 de agosto de 2016 en el expediente con radicado 23001233300020130026001 (00882015) dispuso;

“(…) 1° Unifícase la jurisprudencia respecto de las controversias relacionadas con el contrato realidad, en particular en lo que concierne a la prescripción, en el sentido de que (i) quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral

³ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCION SEGUNDA- SUBSECCION B-Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, seis (6) de mayo de dos mil diez (2010).

con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, (ii) sin embargo, el fenómeno prescriptivo no aplica frente a los aportes para pensión, (iii) lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal; (iv) las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control; (v) tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho; (vi) el estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral; y (vii) el juez contencioso administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva.(...)”

Se encuentra así que tratándose de la reclamación de cotizaciones pensionales en materia de contrato realidad no opera el fenómeno de la prescripción, tal como lo ha sentado la jurisprudencia contenciosa administrativa a través de su máximo tribunal.

4.3. Caso concreto

En el presente caso se solicita la existencia de una relación laboral entre la señora Maria Gladys Cardona Botero con el Departamento de Caldas durante el tiempo planteado en la demanda y, en consecuencia, la procedencia del reconocimiento de esos tiempos de servicio para efectos pensionales por el lapso de tiempo ejercido como docente a través de contratos de prestación de servicios.

Igualmente, conforme a los hechos de la demanda fundamenta su solicitud en los servicios prestados, así; Instituto Villamaria por 23 meses y 17 días, Jardín Infantil

Confamiliares por 24 meses, Liceo Comercial Santa Maria Micaela por 15 meses y 27 días, en el Liceo Isabel la Católica por 18 días y en la Secretaría de Deporte y Recreación de Caldas por 22 meses, tal como se observa en el Archivo *04EscritoCorreccionDemanda.pdf* del expediente digital.

Al respecto, observa el despacho que conforme a la Certificación del 23 de marzo de 2022 emitida por el Departamento de Caldas- Secretaria de Educación (archivo *37CertificacionSecretariaEducacion.pdf*), la señora Maria Gladys Cardona Botero prestó sus servicios así;

Desde febrero 27 a marzo 17 de 1996 en el Liceo Isabel La Católica, por autorización No. 276 desde marzo 3 a marzo 28 de 1999, desde el 5 a al 30 de abril de 1999, desde el 1 al 31 de mayo de 1999, desde el 26 de julio al 31 de agosto de 1999, desde el 01 al 30 de septiembre de 1999, desde el 01 al 31 de octubre de 1999, desde noviembre 1 a diciembre 12 de 1999 en la escuela Popular Madre Sacramento de Manizales como docente de tiempo completo.

Ahora bien, encuentra el despacho que conforme a los servicios referidos en la demanda, solamente se encuentra probado lo concerniente al tiempo laborado en el Liceo Isabel la Católica, y si bien en la certificación del 23 de marzo de 2022 suscrita por el Departamento de Caldas no se estableció que era por el servicio docente, el Departamento de Caldas tampoco objetó lo dicho por la demandante al respecto, por lo que entiende esta instancia que al no ser desvirtuado, la demandante prestó el servicio docente en ese periodo.

Igualmente, se encuentran probados algunos de los tiempos de servicios prestados en la Escuela Popular Madre Sacramento de Manizales como docente de tiempo completo, por lo que los mismos se reconocerán hasta el 30 de noviembre de 1999, ya que hasta dicha fecha fueron solicitados los correspondientes a dicho año por la demandante, como se observa en el Archivo *04EscritoCorreccionDemanda.pdf* del expediente digital.

Ahora bien, con respecto a las certificaciones suscritas por el Departamento de Caldas, visibles a folios 41, 42 y 43 del Archivo *01Cuaderno1.pdf*, se tiene que los mismos no dan claridad sobre si existió vinculación directa con el Departamento de Caldas para prestar los servicios docentes en el Municipio de Villamaria Caldas, así como tampoco las certificaciones del Instituto Villamaria de Caldas obrante a folios 44 y 46 del Archivo *01Cuaderno1.pdf*, y la certificación de la Institución Educativa Gerardo Arias Ramírez visible a folio 45 del Archivo *01Cuaderno1.pdf* de la

actuación, además, dichos periodos no fueron certificados por el Departamento de Caldas, tal como quedó dicho.

Así pues, en consideración al material probatorio y a la jurisprudencia referida, considera esta instancia que la demandante prestó el servicio docente en virtud de órdenes de prestación de servicios a cargo del Departamento de Caldas en el periodo de tiempo comprendido entre febrero 27 a marzo 17 de 1996 en el Liceo Isabel La Católica y los periodos comprendidos desde marzo 3 a marzo 28 de 1999, desde el 5 al 30 de abril de 1999, desde el 1 al 31 de mayo de 1999, desde el 26 de julio al 31 de agosto de 1999, desde el 01 al 30 de septiembre de 1999, desde el 01 al 31 de octubre de 1999, desde noviembre 1 a noviembre 30 de 1999, fecha hasta la cual se solicitó en la demanda.

El ejercicio de labor docente llevada a cabo se realizó bajo la dependencia absoluta que exige el cumplimiento de las funciones propias del sistema educativo establecidas en los reglamentos que regulan dicho servicio público, configurándose los elementos que constituyen una verdadera relación laboral como lo son la prestación del servicio, la remuneración, y la subordinación y dependencia.

Ello es así, pues la naturaleza del servicio docente prestado por los demandantes implica una prestación continúa sujeta a órdenes por parte de los diferentes estamentos educativos que, ineludiblemente, conllevan a la materialización de una relación laboral y no prestacional, ya que no es posible ejercer la labor docente si no es bajo estas circunstancias.

Vistas así las cosas, en aplicación del principio de la primicia de la realidad que opera en materia laboral se concluye que en el asunto que se estudia existió un verdadero vínculo laboral.

En consecuencia, como el objeto de las pretensiones que se reclaman buscan el reconocimiento de las cotizaciones pensionales generadas durante el servicio docente referido, y al no existir prescripción de las mismas, como lo dijo el Consejo de Estado en la sentencia de unificación citada, se reconocerá la pretensión de la demanda.

Por lo tanto y en atención a la fijación del litigio se ordenará la nulidad del **oficio 0642/19 UJ- SED del 11 de septiembre de 2019**.

Por lo anterior, el Departamento de Caldas deberá efectuar las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensión por el periodo de tiempo laborado que ha

sido objeto de prueba, según la certificación expedida por el Departamento de Caldas.

4.4. Sobre las excepciones

Con los argumentos expuestos en esta sentencia y con el análisis de cada uno de los casos concretos se ha dado respuesta a las excepciones de mérito propuestas por el Departamento de Caldas.

Así mismo, al encontrarse que en criterio de este Despacho existen razones jurídicas para la prosperidad de las pretensiones de la demanda, se ha resuelto, de contera, la carencia de mérito para la prosperidad de los medios de defensa: *i) falta de legitimación en la causa por pasiva ii) no cumplimiento de los requisitos esenciales que regulan un contrato laboral iii) Prescripción*. Por lo tanto, se despacharán desfavorablemente.

En consecuencia, se declarará la nulidad del acto administrativo por medio del cual se negó el reconocimiento de una relación laboral y se ordenará a título de restablecimiento del derecho efectuar el pago de las cotizaciones pensionales de la demandante correspondientes a los periodos establecidos.

4.5. Costas

Con fundamento en el art. 188 del CPACA, se condena en costas a cargo de la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se harán conforme al CGP (Arts. 365 y 366). Por agencias en derecho se fija las sumas equivalentes al 6 % de las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

5. F A L L A

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de *i) falta de legitimación en la causa por pasiva ii) no cumplimiento de los requisitos esenciales que regulan un contrato laboral y iii) Prescripción*, propuestas por el Departamento de Caldas.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del Oficio 0642/19 UJ- SED del 11 de septiembre de 2019, por lo expuesto.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR al DEPARTAMENTO DE CALDAS – SECRETARIA DE EDUCACIÓN efectuar las cotizaciones en pensión de la señora **Maria Gladys Cardona Botero** en virtud de la existencia de una relación laboral con el Departamento de Caldas por el periodo laborado como docente comprendido desde el 27 de febrero a marzo 17 de 1996, marzo 3 a marzo 28 de 1999, desde el 5 a al 30 de abril de 1999, desde el 1 al 31 de mayo de 1999, desde el 26 de julio al 31 de agosto de 1999, desde el 01 al 30 de septiembre de 1999, desde el 01 al 31 de octubre de 1999, desde noviembre 1 a noviembre 30 de 1999, de conformidad con los motivos expuestos.

CUARTO: SE CONDENA EN COSTAS a la parte demandante, en cada uno los procesos, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el CGP arts. 365 y 366.

Por agencias en derecho se fija la suma de \$350.768,82 correspondiente al 6% de las pretensiones de la demanda.

QUINTO: A la sentencia se le dará cumplimiento en los términos previstos en el arts. 192 y normas concordantes y siguientes del CPACA.

SEXTO: Desde ya se autoriza la expedición de copias auténticas de la presente sentencia de conformidad con lo establecido en el art. 114 del CGP.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA
JUEZ

Firmado Por:
Claudia Yaneth Muñoz Garcia
Juez
Juzgado Administrativo
001
Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **7bf0a057c874584ae963ccc22ecf3a258fed41ad21fab34ba0712515b62a1ad9**

Documento generado en 30/09/2022 01:38:57 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, Caldas, treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

RADICADO:	17001-33-33-001-2020-00065-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	LUZ ADIELA BERNAL BETANCOURTH
DEMANDADA:	DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN
SENTENCIA	164
ESTADO	102 DEL 03 DE OCTUBRE DE 2022

1. ASUNTO

Agotado como se encuentra el trámite de la instancia, el despacho profiere sentencia dentro del proceso referenciado, de conformidad con lo establecido en el último inciso del art. 181 del CPACA.

2. PRELACIÓN POR LA NATURALEZA DEL ASUNTO

Precisa advertir que la Ley 446 de 1998, artículo 18, reglamentó lo relacionado con el turno para proferir sentencias, estableciendo la prohibición de alterar el orden en que hayan pasado al Despacho para fallo. No obstante, consagró una salvedad aplicable en la jurisdicción contenciosa administrativa, según la cual es factible modificar aquél, con fundamento en la naturaleza de los procesos o a solicitud del Agente del Ministerio Público en atención a su importancia jurídica o trascendencia social.

Ahora bien, la Ley 1285 de 2009 en el artículo 16 otorga prelación de los asuntos en turno para Despacho a aquellos que “... *entrañe sólo la reiteración de jurisprudencia*”.

Revisada la lista de procesos para sentencia entregada a la suscrita, se observa que existen algunos expedientes en turno para fallar que presentan similitud en el medio de control incoado y los supuestos fácticos y jurídicos aplicables, además que constituyen únicamente reiteración de jurisprudencia, en consecuencia, para mayor celeridad en el trámite, se procederá a su fallo. Bajo los anteriores supuestos, se procede a decidir el conflicto.

3. ANTECEDENTES

3.1. Pretensiones de la demanda

Pretende la parte demandante que se declare la nulidad del acto administrativo 0645/19 UJ-SED del 11 de septiembre de 2019 proferido por el Departamento de Caldas – Secretaría de Educación, en cuanto negó el reconocimiento de los tiempos de servicios para efectos pensionales.

Que se declare que entre la demandante y el Departamento de Caldas – Secretaría de Educación, existió una relación laboral durante el tiempo que duró el contrato por el sistema OPS del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y /o contrato de prestación de servicios.

Que se ordene reconocer a la demandante los tiempos de servicios, para efectos de pensión de jubilación, desde el momento de su vinculación con el ente territorial hasta la fecha de suscripción del último contrato por haber laborado con esta entidad territorial bajo la continua dependencia y subordinación como docente oficial.

Como restablecimiento del derecho solicita:

Que se ordene el envío de las cotizaciones para efectos pensional al Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio por los periodos reconocidos.

Ordenar a la entidad territorial que sobre los aportes pensionales aplique los reajustes de ley para cada año como lo ordena la Constitución Política.

Que se ordene dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro del proceso dentro en el término de 30 días tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del CPACA.

Que se expida el certificado de historia laboral y/o tiempo de servicios a nombre del demandante relacionando los tiempos laborados objeto de reclamación.

3.2. Hechos Relevantes

En atención a lo sucedido en la audiencia inicial realizada el día 10 de diciembre de 2021, y el escrito de la demanda se tendrán en cuenta como hechos relevantes:

1. La demandante laboró al servicio docente en el colegio Ramón Marín de Marmato Caldas desde el año 1996 a 2000, 2002 y 2003 y en el colegio El Llano durante el año 2001 para un total de 88 meses según lo informado en los hechos de la demanda en su respectiva corrección (Tal como se observa a folio 39 del C.1. en la certificación del jefe de división de la educación municipal y director de núcleo de desarrollo educativo No. 38 de Marmato Caldas del 10 de febrero de 2004)
2. Durante el tiempo de labores con el ente territorial no se le reconoció el tiempo de servicios para efectos pensionales.
3. Por medio de oficio 0645/19 UJ SED del 11 de septiembre de 2019, el Departamento de Caldas negó la solicitud de reconocimiento del contrato realidad.

3.3. Normas Violadas y Concepto de la Violación

En su sustentación trae a colación la Ley 80 de 1993, artículo 32 numeral 3 y expone que no existe diferencia entre los servicios prestados por el demandante y los docentes de planta, o mejor, con qué conocimientos especializados cuenta este, para que con él se suscriba un contrato de dicha naturaleza, lo cual vislumbra el deseo por parte de la entidad de evadir la responsabilidad que acarrea la celebración de un verdadero contrato laboral.

Alude también al artículo 53 de la Constitución Política en cuanto a la primacía de la realidad ante las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y alega que dicha disposición se encuentra vulnerada, pues resulta claro que el demandante nunca prestó un servicio de manera independiente, sino que realmente laboró bajo un contrato de trabajo, lo que le da derecho a reclamar que

se contabilice el tiempo de servicios para posteriormente hacerse a la pensión de jubilación y no sus prestaciones por no tener la calidad de servidor público al carecer de los requisitos esenciales como son el concurso, nombramiento y posesión.

Seguidamente, trae a colación la sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997 de la Corte Constitucional que expresa claramente las diferencias entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios.

Igualmente invoca jurisprudencia del Consejo de Estado atinente al respecto y seguidamente señala que el demandante cumplía horario, rendía informes, tenía que cumplir las órdenes de sus coordinadores y no podía escoger el lugar de la prestación del servicio, sino que este obedecía al igual que los demás empleados docentes a una programación que regulaba y vigilaba el cumplimiento riguroso de su jornada habitual.

3.4. Contestación del Departamento de Caldas – Secretaría de Educación:

Manifestó oponerse a las pretensiones de la demanda e invoca el artículo 32 numeral 3 de la Ley 80 de 1993, el artículo 2 numeral 4 literal h de la Ley 1150 de 2007, respecto a la regulación de las modalidades contractuales y alude a que el Decreto 735 de 2012 y el Decreto 1510 de 2013 se han encargado de ratificar la modalidad de prestación de servicios como un mecanismo de la administración para cumplir con los fines del estado.

Refiere a los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y a la Ley 715 de 2001, y expresa que las características esenciales y especiales de los contratos de prestación de servicios han sido de orden jurisprudencial para lo cual se remite a los tribunales supremos para establecer sus características, tales como la sentencia C-739 de 2002, aduciendo la demandada que recurrió a dicha figura por no tener otro funcionario que se encargara de las funciones en dicha institución educativa para no entorpecer el proceso educativo y por el tiempo necesario requerido para contrarrestar dicha anomalía en la prestación del servicio.

Igualmente, respecto a la subordinación invoca la sentencia C-154 de 1997 y la sentencia del Consejo de Estado Sección Segunda del 21 de mayo de 2009, MP: Bertha Lucia Ramírez de Páez, radicación No. 68001-23-15-000-2000-01793-01(2094-07).

Cita además el párrafo 2 del artículo 38 de la Ley 715 de 2001, y expresa que, la parte demandante no demostró desde ningún punto de vista que en la ejecución de los contratos se cumplieran con los requisitos esenciales de toda relación laboral, como está consagrado en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

Expresa que demuestra que nunca existió subordinación, mucho menos que fuera continuada, la contraprestación por los servicios fueron honorarios y los contratos solo fueron por determinados tiempos o periodos, nunca continuos por lo que queda claro que fue por necesidad del servicio.

La entidad demandada propuso las siguientes excepciones;

Falta de legitimación en la causa por pasiva

Expresa que se pretende que se le pague al demandante en calidad de contratista prestaciones sociales en la época de vigencia de los contratos lo cual escapa a todas luces de la competencia del Departamento de Caldas.

Invoca el acto legislativo No.1 del año 2001 artículo 2 referente al artículo 356 de la Constitución Política, el artículo 15, numeral 15.1, los artículos 18 y 21 de la Ley 715 de 2001 y el artículo 175 de la Ley 115 de 1994.

Expresa, que las entidades territoriales reciben los recursos enviados por la nación a través del sistema general de participaciones para financiar el sector educativo y distribuirlo según los parámetros fijados por el legislador y por el Ministerio de Educación.

No obstante lo expuesto, el Departamento de Caldas está facultado por la Ley 80 de 1993, la Ley 115 de 1994 y la Ley 715 de 2001, la Ley 1150 de 2007, el Decreto 734 de 2012 y el Decreto 1510 de 2013 para contratar docentes, personal administrativo, entre otros, por la modalidad de prestación de servicios cuando la necesidad del servicio lo requiera, con el objetivo de no suspender ni interrumpir la prestación del servicio público educativo.

No cumplimiento de los requisitos esenciales que regulan un contrato laboral

Expresa que la parte demandante, en ningún momento ha demostrado que el contrato ejecutado esté revestido con la existencia de los tres elementos esenciales que debe tener toda relación laboral, en virtud de ello invoca el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

Resalta que la sola enunciación o demostración de la existencia de unos contratos por prestación de servicios entre las partes no denota la existencia del elemento que es determinante, de la subordinación o dependencia del contratista frente a su contratante, aunado, tampoco se demostró si el actor recibía órdenes o debía rendir informes y ante quién.

Por lo anterior, solicita que se declare que entre las partes no existió ningún contrato laboral disfrazado y que la relación contractual entre las partes se ajustó a derecho.

Prescripción

En caso se acceder a las súplicas de la demanda, solicita la aplicación de la prescripción trienal, conforme a lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y el Decreto 3115 de 1965 y alude a posiciones jurisprudenciales al respecto.

3.5. Traslado de Excepciones

La parte demandante no se pronunció.

3.6. Alegatos de Conclusión:

3.6.1. Parte Accionante:

Expone que el demandante laboró por contrato de prestación de servicios con el Departamento de Caldas y tiene derecho a que se le cancelen las prestaciones sociales que reconoce la ley durante el tiempo que laboró con la entidad demandada, por cuanto a la terminación del contrato de prestación de servicios no le fueron cancelados sus prestaciones sociales, a pesar de ser un cargo que pertenecía a la planta de cargos de la entidad, cumplía horario, tenía subordinación constante y permanente y recibía salario como retribución de sus servicios.

Refiere que los contratos de prestación de servicios deben celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados situación que se desvirtúa, pues como se ve en los contratos de prestación de servicios, el actor siempre desarrollo las mismas funciones, cumplimiento de horario y recibía el mismo tipo de subordinación.

Establece, que dentro del proceso se estructuraron los tres elementos de una relación laboral, es decir, actividad personal, remuneración y subordinación, por lo que no existió autonomía contractual, pues siempre estuvo sujeto a las instrucciones impartidas por su jefe inmediato.

3.6.2. Departamento de Caldas: No presento alegatos de conclusión.

3.7. Concepto del Ministerio Público: No se pronunció.

3.8. Pruebas Obrantes en el Expediente

Como material probatorio dentro del presente asunto, de conformidad con lo decretado en el auto de pruebas dictado en la audiencia inicial del 10 de diciembre de 2021, se tiene lo siguiente;

-Documentos referentes al trámite de conciliación extrajudicial radicación No. 1782 del 05 de diciembre de 2019 (folios 12 a 24 Archivo15Cuaderno1.pdf del expediente digital).

-Petición presentada a la Secretaría de Educación Departamental (folios 25 a 29 Archivo15Cuaderno1.pdf del expediente digital)

-Oficio 0645/19 UJ SED del 11 de septiembre de 2019 (folios 30 a 33 Archivo15Cuaderno1.pdf del expediente digital)

-Certificación del 10 de febrero de 2004, suscrito por el jefe de división de la educación municipal y director de núcleo de desarrollo educativo No. 38 de Marmato Caldas del 10 de febrero de 2004 (folio 38 Archivo15Cuaderno1.pdf del expediente digital)

-Documento de identificación de la demandante (folio 35 Archivo15Cuaderno1.pdf del expediente digital)

-Autorización No. 1447 del 23 de abril de 2003, Resolución No. 1823 del 13 de junio de 2003, Resolución No. 2217 del 18 de julio de 2003, Resolución 2534 del 14 de agosto de 2003, Resolución 03501 del 10 de noviembre de 2003, Resolución 3950 del 15 de diciembre de 2003. (Archivos 28, 29, 30, 31,32 y 33 pdf del expediente digital)

-Certificación del 23 de marzo de 2022 suscrita por el Departamento de Caldas – Secretaría de Educación (Archivo36 del expediente digital)

4. CONSIDERACIONES.

4.1. Problema Jurídico

Con base en la fijación del litigio efectuada en la audiencia inicial del diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021) es necesario resolver lo siguiente;

¿La demandante tiene derecho a que se le reconozca la existencia de una relación laboral con el Departamento de Caldas durante tiempo planteado en la demanda? y si ¿Es procedente el reconocimiento de los tiempos de servicio para efectos pensionales?

Para responder estos interrogantes se hará un análisis jurisprudencial de las sentencias que se han proferido en la materia por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, y desde luego, un análisis normativo aplicable al caso concreto. En la parte final se expondrán las conclusiones y se hará un pronunciamiento sobre la prosperidad de las excepciones de mérito.

Se aclara que lo anterior quedó definido en la audiencia inicial, motivo por el cual no es del caso pronunciarse sobre el pago de las prestaciones sociales a las que alude la parte demandante en los alegatos de conclusión allegados.

4.2. Fundamentos Normativos y Jurisprudenciales

La Corte Constitucional en sentencia C- 154 de 1.997, Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara, dispuso las diferencias entre el contrato de carácter laboral y el de prestación de servicios, así:

“...

b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

4.2.1. La prestación del servicio docente a través de contratos de prestación de servicios:

El Decreto 2277 de 1979 “Por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente”, define dicha profesión de la siguiente manera:

“Artículo 2. PROFESION DOCENTE. Las personas que ejercen la profesión docente se denominan genéricamente educadores. Se entiende por profesión docente el ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales y no oficiales de educación en los distintos niveles de que trata este decreto. Igualmente incluye esta definición a los docentes que ejercen funciones de dirección y coordinación de los planteles educativos de supervisión e inspección escolar, de programación y capacitación educativa, de consejería y orientación de educando, de educación especial, de alfabetización de adultos y demás actividades de educación formal autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional en los términos que determine el reglamento ejecutivo.

“Artículo 3. EDUCADORES OFICIALES. Los educadores que prestan sus servicios en entidades oficiales de orden nacional, departamental, distrital, intendencial, comisarial y municipal son empleados oficiales de régimen especial que, una vez posesionados, quedan vinculados a la administración por las normas previstas en este decreto” (se subraya).

Las entidades territoriales iniciaron la práctica de contratar los servicios de los denominados "docentes temporales", ante la imposibilidad de vincularlos oficialmente a las plantas de personal, ya que la legislación que estaba vigente prohibía crear nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria con cargo al presupuesto estatal.

Esta definición de la labor docente fue reafirmada por el artículo 104 de la Ley General de Educación, Ley 115 de 1994, al prever que:

“El educador es el orientador en los establecimientos educativos, de un proceso de formación; enseñanza y aprendizaje de los educandos...”

Sobre ello la Corte Constitucional, en sentencia C-555 de 1994, manifestó:

“Desde el punto de vista de la actividad material que ejecutan los docentes-temporales, no parece existir diferencia respecto de la que realizan los docentes -empleados públicos. Si no se encuentra una diferencia, entre estos dos supuestos, edificada sobre un criterio de comparación que sea razonable, perdería plausibilidad el régimen jurídico asimétrico que, en las condiciones ya referidas, la ley contempla y el cual, en los aspectos principales (remuneración, prestaciones, derechos y obligaciones), es más favorable para los docentes-empleados públicos...”

Y más adelante dijo:

“Hasta tal grado no existen diferencias entre los dos supuestos estudiados - actividad de los docentes temporales y actividad de los docentes-empleados públicos -, que la única particularidad que exhiben los últimos respecto de los primeros es la de recibir un trato de favor emanado del régimen legal, cuya

aplicación exclusiva, en estas condiciones, queda sin explicación distinta de la concesión de un privilegio. Lo que a menudo constituye la otra cara de la discriminación, cuando ella es mirada desde la óptica de los excluidos....” (Negrilla fuera de texto)

Por su parte el Consejo de Estado, en materia de contrato realidad docente ha dicho lo siguiente¹:

“...

Ahora bien, la circunstancia de que, consciente y libremente, el trabajador haya aceptado las condiciones de contratación que le fueron planteadas en el contrato de prestación de servicios u orden de prestación de servicios resulta indiferente en una situación como la que se ha planteado pues ni aún el consentimiento puede considerarse como expediente válido para que el trabajador renuncie a los beneficios prestacionales que la ley prevé en su favor, según lo dispuso el artículo 53 de la Constitución. La misma norma de la Carta Fundamental previó, además, como uno de los principios mínimos fundamentales en materia laboral la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, precepto que sirve de base para declarar la existencia de una relación laboral cuando, no obstante haber una formalidad distinta, prima el vínculo real por concurrir en él los elementos requeridos, la prestación personal, la subordinación y la remuneración.

El caso resulta aún más evidente cuando se trata de un “contrato realidad” de docente. En efecto, la Ley 60 de 1993 permitió la vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicios pero no derogó el Decreto 2277 de 1979, artículo 2º, que dispone: “(se transcribe la norma)

Esta definición de la labor docente fue reafirmada por el artículo 104 de la Ley General de Educación (115 de 1994) al prever que “El educador es el orientador en los establecimientos educativos, de un proceso de formación, enseñanza y aprendizaje de los educandos....”

De esta manera se infiere que la labor docente no es independiente, sino que el servicio se presta en forma personal y de manera subordinada al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público de la educación.

¹ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCION SEGUNDA, Subsección “B” -Consejero ponente: ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO- treinta (30) de marzo de dos mil seis (2006).

Al respecto, la Sala Plena del Consejo de Estado, en decisión adoptada el 18 de noviembre de 2003, Radicación IJ-0039, Consejero Ponente Nicolás Pájaro Peñaranda, manifestó:

“Es inaceptable, además, porque si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad.

Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta.

En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales.”

En dicho fallo se concluyó lo siguiente:

- 1. El vínculo contractual que subyace en los contratos de prestación de servicios no es contrario a la ley.*
- 2. No existe identidad de la relación jurídica derivada del contrato (sitio donde se prestó el servicio) con la situación legal y reglamentaria, ya que, entre otras razones, el hecho de trabajar al servicio del Estado no puede en ningún caso conferir el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario.*
- 3. No existe violación del derecho de igualdad por el hecho de la suscripción de los contratos de prestación de servicios, puesto que la situación del empleado público, la cual se estructura por la concurrencia de elementos sin los cuales dicha relación no tiene vida jurídica (artículo 122 de la Constitución Política), es distinta de la que se origina en razón de un contrato de prestación de servicios. Esta última no genera una relación laboral ni prestacional.*

4. *La situación del empleado público es diferente a la que da lugar al contrato de trabajo, que con la Administración sólo tiene ocurrencia cuando se trata de la construcción y mantenimiento de obras públicas.*
5. *Se hizo énfasis en la relación de coordinación entre contratante y contratista para el caso específico.*

Sin embargo y pese a lo anterior, si el interesado vinculado bajo la forma de contrato de prestación de servicios, logra desvirtuar su existencia al demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador, prestación personal del servicio y remuneración, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo. (art. 53 C.P.).”

En cuanto a la acreditación de los tres elementos propios de una relación de trabajo, en especial a la demostración de la labor en forma subordinada y dependiente respecto al empleador el Consejo de Estado se pronunció en este sentido:²

“De acuerdo con lo anterior, en un plano teórico y general, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional.

Igualmente se ha dicho:

“...Aunque a primera vista se puede pensar que el cumplimiento de un horario es de suyo elemento configurativo de la subordinación transformando una relación que se consideró como contractual en laboral, lo cierto es que en determinados casos el cumplimiento de un horario es sencillamente la manifestación de una concertación contractual entre las partes, administración y particular, para desarrollar el objeto del contrato en forma coordinada con los usos y condiciones generalmente aceptadas y necesarias para llevar a cabo el cumplimiento de la labor. Entonces, constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible la subordinación y dependencia, y el hecho de que desplegó funciones públicas, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor siempre y cuando, de las circunstancias en

² CONSEJO DE ESTADO, M.P. Jesús María Lemos Bustamante, expedientes 0245 y 2161, junio 23 de 2007.

que se desarrollaron tales actividades, no se deduzca que eran indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.

(Resaltado fuera de texto.)

La situación particular de los docentes, resulta especialmente distinta, por cuanto los educadores que laboran en un establecimiento público educativo por medio de contratos de prestación de servicios, en honor a la verdad desarrollan la **subordinación y la dependencia** elementos que se **encuentran ínsitos en la labor que cumplen**, es decir, son con sustanciales al ejercicio de la función docente."(Subrayas fuera de texto, negrillas originales)

Posición que fue reiterada mediante sentencia del 6 de mayo de 2010³, en la que si bien se analizaba el tema de la pensión gracia, el problema jurídico central giraba en torno a si el tiempo de servicios como docente cumplido por medio de contratos de prestación de servicios administrativos se incluye para el reconocimiento y pago de la pensión gracia, el Consejo de Estado debió analizar en primer lugar la naturaleza del vínculo que surgía entre el docente- contratista y la administración para tomar una decisión al respecto, y sostuvo:

"En conclusión, la existencia de la relación laboral con los docentes contratistas se presume, sin que ello implique que dicho funcionario de hecho tenga los mismos derechos y obligaciones de los empleados públicos sujetos a un específico régimen legal y reglamentario, una planta de personal y la disponibilidad presupuestal correspondiente". (Negrillas fuera de texto original)

De conformidad con lo descrito, el Despacho deduce que, en el caso en particular de los docentes que han sido contratados por órdenes de prestación de servicios, recae una presunción respecto del vínculo de subordinación cuando se pretende acreditar la existencia de un contrato realidad, trasladándose de esta manera la carga de la prueba a la entidad demandada de desvirtuar dicha presunción, dado que por razones de la actividad que ejercen estas personas y de acuerdo a lo dispuesto en la jurisprudencia, los docentes se encuentran supeditados al reglamento propio del servicio público de la educación, por lo que la dependencia en estos casos se presume como quiera que su labor obedece al cumplimiento de los lineamientos legales del sistema educativo.

³ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCION SEGUNDA- SUBSECCION B-Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, seis (6) de mayo de dos mil diez (2010).

4.2.2. La prescripción de los aportes pensionales en materia de contrato realidad.

En cuanto a ello la Sección Segunda del Consejo de Estado en la SU del 25 de agosto de 2016 en el expediente con radicado 23001233300020130026001 (00882015) dispuso;

“(...) 1° Unifícase la jurisprudencia respecto de las controversias relacionadas con el contrato realidad, en particular en lo que concierne a la prescripción, en el sentido de que (i) quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, (ii) sin embargo, el fenómeno prescriptivo no aplica frente a los aportes para pensión, (iii) lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal; (iv) las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control; (v) tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho; (vi) el estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral; y (vii) el juez contencioso administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva.(...)”

Se encuentra así que, tratándose de la reclamación de cotizaciones pensionales en materia de contrato realidad, no opera el fenómeno de la prescripción tal como lo ha sentado la jurisprudencia contenciosa administrativa a través de su máximo tribunal.

4.3. Caso concreto

En el presente caso se solicita la existencia de una relación laboral entre la señora Luz Adíela Bernal Betancourth con el Departamento de Caldas durante el tiempo planteado en la demanda y, en consecuencia, la procedencia del reconocimiento de esos tiempos de servicio para efectos pensionales por el lapso de tiempo ejercido como docente a través de contratos de prestación de servicios.

Igualmente, conforme a los hechos de la demanda fundamenta su solicitud en los servicios prestados en razón del certificado expedido por el jefe de educación municipal y director de núcleo educativo de desarrollo educativo No. 38 de Marmato Caldas, pretendiendo el reconocimiento de 88 meses laborados así en el Colegio Agropecuario General Ramón Marín en los años 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2002 y 2003 por 11 meses en cada año y en el colegio el llano por 11 meses para el año 2001 como se observa en el Archivo *04EscritoCorrecciónDemanda.pdf* del expediente digital.

Al respecto, observa el despacho que conforme a la Certificación del 23 de marzo de 2022 emitida por el Departamento de Caldas- Secretaría de Educación (archivo *37CertificacionSecretariaEducacion.pdf*), la señora Luz Adíela Bernal Betancourt, prestó los servicios transitoriamente, como docente de tiempo completo, en el Colegio General Ramón Marín Torres de Marmato Caldas así;

Mediante autorización No. 1447 del 23 de abril de 2003, desde el 23 de abril a mayo 31 de 2003, desde junio 1 a junio 22 de 2003 y desde el 14 al 31 de julio de 2003. Y prestó sus servicios por orden de prestación de servicios desde el 1 al 30 de octubre de 2003 y desde el 01 al 30 de noviembre del mismo año, sin que se especifique la institución en la que prestó los servicios.

Aunado, conforme a la certificación suscrita por el jefe de división de la educación municipal y director de núcleo de desarrollo educativo No. 38 de Marmato Caldas del 10 de febrero de 2004 obrante a folio 38 *Archivo15Cuaderno1.pdf* del expediente digital en el que consta la prestación de los servicios por los años 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002 y 2003, la misma establece que por los años 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001 y 2002, el tipo de contratación fue como OPS municipal y en el año 2003 fue vinculada mediante autorización No. 1447 como OPS Departamental.

Así pues, en consideración al material probatorio y a la jurisprudencia referida, considera esta instancia que la demandante prestó el servicio docente en virtud de órdenes de prestación de servicios a cargo del Departamento de Caldas en el

periodo de tiempo comprendido entre el 23 de abril a mayo 31 de 2003, desde junio 1 a junio 22 de 2003, desde el 14 al 31 de julio de 2003, desde el 1 al 30 de octubre de 2003 y desde el 01 al 30 de noviembre del mismo año.

El ejercicio de labor docente llevada a cabo se realizó bajo la dependencia absoluta que exige el cumplimiento de las funciones propias del sistema educativo establecidas en los reglamentos que regulan dicho servicio público, configurándose los elementos que constituyen una verdadera relación laboral como lo son la prestación del servicio, la remuneración, y la subordinación y dependencia.

Ello es así, pues la naturaleza del servicio docente prestado por los demandantes implica una prestación continúa sujeta a órdenes por parte de los diferentes estamentos educativos que, ineludiblemente, conllevan a la materialización de una relación laboral y no prestacional, ya que no es posible ejercer la labor docente si no es bajo estas circunstancias.

Vistas así las cosas, en aplicación del principio de la primicia de la realidad que opera en materia laboral se concluye que en el asunto que se estudia existió un verdadero vínculo laboral.

En consecuencia, como el objeto de las pretensiones que se reclaman buscan el reconocimiento de las cotizaciones pensionales generadas durante el servicio docente referido, y al no existir prescripción de las mismas, como lo dijo el Consejo de Estado en la sentencia de unificación citada, se reconocerá la pretensión de la demanda.

Por lo tanto y en atención a la fijación del litigio se ordenará la nulidad del **oficio 0645/19 UJ- SED del 11 de septiembre de 2019**.

Por lo anterior, el Departamento de Caldas deberá efectuar las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensión por el periodo de tiempo laborado que ha sido objeto de prueba y que se acaba de referir, según la certificación expedida por el Departamento de Caldas.

4.4. Sobre las excepciones

Con los argumentos expuestos en esta sentencia y con el análisis del caso concreto se ha dado respuesta a las excepciones de mérito propuestas por el Departamento de Caldas.

Así mismo, al encontrarse que en criterio de este Despacho existen razones jurídicas para la prosperidad de las pretensiones de la demanda, se ha resuelto, de contera, la carencia de mérito para la prosperidad de los medios de defensa: *i) falta de legitimación en la causa por pasiva ii) no cumplimiento de los requisitos esenciales que regulan un contrato laboral iii) Prescripción*. Por lo tanto, se despacharán desfavorablemente.

En consecuencia, se declarará la nulidad del acto administrativo por medio del cual se negó el reconocimiento de una relación laboral y se ordenará a título de restablecimiento del derecho efectuar el pago de las cotizaciones pensionales del demandante correspondientes a los periodos establecidos.

4.5. Costas

Con fundamento en el art. 188 del CPACA, se condena en costas a cargo de la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se harán conforme al CGP (Arts. 365 y 366). Por agencias en derecho se fijará la suma equivalente al 6 % de las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

5. FALLA

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de *i) falta de legitimación en la causa por pasiva ii) no cumplimiento de los requisitos esenciales que regulan un contrato laboral y iii) Prescripción*, propuestas por el Departamento de Caldas.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del Oficio 0645/19 UJ- SED del 11 de septiembre de 2019, por lo expuesto.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR al DEPARTAMENTO DE CALDAS – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN a efectuar las cotizaciones en pensión de la señora **Luz Adiela Bernal Betancour** en virtud de una existencia de una relación laboral con el Departamento de Caldas por el periodo laborado como docente comprendido desde el 23 de abril a mayo 31 de 2003, desde junio 1 a junio 22 de 2003, desde el 14 al 31 de julio de 2003, desde el 1 al

30 de octubre de 2003 y desde el 01 al 30 de noviembre del mismo año, de conformidad con los motivos expuestos.

CUARTO: SE CONDENA EN COSTAS a la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el CGP arts. 365 y 366.

Por agencias en derecho se fija la suma de \$203.822,52 correspondiente al 6 % de las pretensiones de la demanda.

QUINTO: A la sentencia se le dará cumplimiento en los términos previstos en el arts. 192 y normas concordantes y siguientes del CPACA.

SEXTO: Desde ya se autoriza la expedición de copias auténticas de la presente sentencia de conformidad con lo establecido en el art. 114 del CGP.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA

JUEZ

Firmado Por:
Claudia Yaneth Muñoz Garcia
Juez
Juzgado Administrativo
001
Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **2138c7fdd2a8c426fe22a6b0707f5be01ba571e910c334280ed0435be10712c2**

Documento generado en 30/09/2022 01:39:01 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES
Manizales, Caldas, treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

RADICADO:	17001-33-33-001-2020-00066-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	GLORIA PATRICIA ARANGO CALDERÓN
DEMANDADA:	DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN
SENTENCIA	165
ESTADO	102 DEL 03 DE OCTUBRE DE 2022

1. ASUNTO

Agotado como se encuentra el trámite de la instancia, el despacho profiere sentencia dentro del proceso referenciado, de conformidad con lo establecido en el último inciso del art. 181 del CPACA.

2. PRELACIÓN POR LA NATURALEZA DEL ASUNTO

Precisa advertir que la Ley 446 de 1998, artículo 18, reglamentó lo relacionado con el turno para proferir sentencias, estableciendo la prohibición de alterar el orden en que hayan pasado al Despacho para fallo. No obstante, consagró una salvedad aplicable en la jurisdicción contenciosa administrativa, según la cual es factible modificar aquél, con fundamento en la naturaleza de los procesos o a solicitud del Agente del Ministerio Público en atención a su importancia jurídica o trascendencia social.

Ahora bien, la Ley 1285 de 2009 en el artículo 16 otorga prelación de los asuntos en turno para Despacho a aquellos que “... *entrañe sólo la reiteración de jurisprudencia*”.

Revisada la lista de procesos para sentencia entregada a la suscrita, se observa que existen algunos expedientes en turno para fallar que presentan similitud en el medio de control incoado y los supuestos fácticos y jurídicos aplicables, además que constituyen únicamente reiteración de jurisprudencia, en consecuencia, para mayor celeridad en el trámite, se procederá a su fallo. Bajo los anteriores supuestos, se procede a decidir el conflicto.

3. ANTECEDENTES

3.1. Pretensiones de la demanda

Pretende la parte demandante que se declare la nulidad del acto administrativo 0646/19 UJ-SED proferido por el Departamento de Caldas – Secretaría de Educación, en cuanto negó el reconocimiento de los tiempos de servicios para efectos pensionales.

Que se declare que entre el demandante y el Departamento de Caldas – Secretaría de Educación, existió una relación laboral durante el tiempo que duró el contrato por el sistema OPS del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y /o contrato de prestación de servicios.

Que se ordene reconocer a la demandante los tiempos de servicios, para efectos de pensión de jubilación, desde el momento de su vinculación con el ente territorial hasta la fecha de suscripción del último contrato por haber laborado con esta entidad territorial bajo la continua dependencia y subordinación como docente oficial.

Como restablecimiento del derecho solicita:

Que se ordene el envío de las cotizaciones para efectos pensional al Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio por los periodos reconocidos.

Ordenar a la entidad territorial que sobre los aportes pensionales aplique los reajustes de ley para cada año como lo ordena la Constitución Política.

Que se ordene dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro del proceso dentro en el término de 30 días tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del CPACA.

Que se expida el certificado de historia laboral y/o tiempo de servicios a nombre del demandante relacionando los tiempos laborados objeto de reclamación.

3.2. Hechos Relevantes

En atención a lo sucedido en la audiencia inicial realizada el día 10 de diciembre de 2021, y el escrito de la demanda se tendrán en cuenta como hechos relevantes:

1. La demandante laboró al servicio docente en el Departamento de Caldas según las autorizaciones 210 del 14 de abril de 1998, 814 del 29 de mayo de 2000, 190 del 29 de enero de 2001, 298 de febrero de 2002, 318 del 27 de enero 5 de 2003 (fls.31, 32, 33,34 y 35 C.1).
2. Durante el tiempo de labores con el ente territorial no se le reconoció el tiempo de servicios para efectos pensionales.
3. Por medio de oficio 0646/19 UJ SED del 11 de septiembre de 2019, el Departamento de Caldas negó la solicitud de reconocimiento de una relación laboral con los efectos prestacionales que se derivan de ella.

3.3. Normas Violadas y Concepto de la Violación

En su sustentación trae a colación la Ley 80 de 1993, artículo 32 numeral 3 y expone que no existe diferencia entre los servicios prestados por el demandante y los docentes de planta, o mejor, con qué conocimientos especializados cuenta este, para que con él se suscriba un contrato de dicha naturaleza, lo cual vislumbra el deseo por parte de la entidad de evadir la responsabilidad que acarrea la celebración de un verdadero contrato laboral.

Alude también al artículo 53 de la Constitución Política en cuanto a la primacía de la realidad ante las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y alega que dicha disposición se encuentra vulnerada, pues resulta claro que el demandante nunca prestó un servicio de manera independiente, sino que realmente laboró bajo un contrato de trabajo, lo que le da derecho a reclamar que se contabilice el tiempo de servicios para posteriormente hacerse a la pensión de jubilación y no sus prestaciones por no tener la calidad de servidor público al carecer de los requisitos esenciales como son el concurso, nombramiento y posesión.

Seguidamente, trae a colación la sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997 de la Corte Constitucional que expresa claramente las diferencias entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios.

Igualmente invoca jurisprudencia del Consejo de Estado atinente al respecto y seguidamente señala que el demandante cumplía horario, rendía informes, tenía que cumplir las órdenes de sus coordinadores y no podía escoger el lugar de la prestación del servicio, sino que este obedecía al igual que los demás empleados

docentes a una programación que regulaba y vigilaba el cumplimiento riguroso de su jornada habitual.

3.4. Contestación del Departamento de Caldas – Secretaría de Educación:

Manifestó oponerse a las pretensiones de la demanda e invoca el artículo 32 numeral 3 de la Ley 80 de 1993, el artículo 2 numeral 4 literal h de la Ley 1150 de 2007, respecto a la regulación de las modalidades contractuales y alude a que el Decreto 735 de 2012 y el Decreto 1510 de 2013 se han encargado de ratificar la modalidad de prestación de servicios como un mecanismo de la administración para cumplir con los fines del estado.

Refiere a los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y a la Ley 715 de 2001, y expresa que las características esenciales y especiales de los contratos de prestación de servicios han sido de orden jurisprudencial para lo cual se remite a los tribunales supremos para establecer sus características, tales como la sentencia C-739 de 2002, aduciendo la demandada que recurrió a dicha figura por no tener otro funcionario que se encargara de las funciones en dicha institución educativa para no entorpecer el proceso educativo y por el tiempo necesario requerido para contrarrestar dicha anomalía en la prestación del servicio.

Igualmente, respecto a la subordinación invoca la sentencia C-154 de 1997 y la sentencia del Consejo de Estado Sección Segunda del 21 de mayo de 2009, MP: Bertha Lucia Ramírez de Páez, radicación No. 68001-23-15-000-2000-01793-01(2094-07).

Cita además el párrafo 2 del artículo 38 de la Ley 715 de 2001, y expresa que, la parte demandante no demostró desde ningún punto de vista que en la ejecución de los contratos se cumplieran con los requisitos esenciales de toda relación laboral, como está consagrado en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

Expresa que demuestra que nunca existió subordinación, mucho menos que fuera continuada, la contraprestación por los servicios fueron honorarios y los contratos solo fueron por determinados tiempos o periodos, nunca continuos por lo que queda claro que fue por necesidad del servicio.

La entidad demandada propuso las siguientes excepciones;

Falta de legitimación en la causa por pasiva

Expresa que se pretende que se le pague al demandante en calidad de contratista prestaciones sociales en la época de vigencia de los contratos lo cual escapa a todas luces de la competencia del Departamento de Caldas.

Invoca el acto legislativo No.1 del año 2001 artículo 2 referente al artículo 356 de la Constitución Política, el artículo 15, numeral 15.1, los artículos 18 y 21 de la Ley 715 de 2001 y el artículo 175 de la Ley 115 de 1994.

Expresa, que las entidades territoriales reciben los recursos enviados por la nación a través del sistema general de participaciones para financiar el sector educativo y distribuirlo según los parámetros fijados por el legislador y por el Ministerio de Educación.

No obstante lo expuesto, el Departamento de Caldas está facultado por la Ley 80 de 1993, la Ley 115 de 1994 y la Ley 715 de 2001, la Ley 1150 de 2007, el Decreto 734 de 2012 y el Decreto 1510 de 2013 para contratar docentes, personal administrativo, entre otros, por la modalidad de prestación de servicios cuando la necesidad del servicio lo requiera, con el objetivo de no suspender ni interrumpir la prestación del servicio público educativo.

No cumplimiento de los requisitos esenciales que regulan un contrato laboral

Expresa que la parte demandante, en ningún momento ha demostrado que el contrato ejecutado esté revestido con la existencia de los tres elementos esenciales que debe tener toda relación laboral, en virtud de ello invoca el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

Resalta que la sola enunciación o demostración de la existencia de unos contratos por prestación de servicios entre las partes no denota la existencia del elemento que es determinante, de la subordinación o dependencia del contratista frente a su contratante, aunado, tampoco se demostró si el actor recibía órdenes o debía rendir informes y ante quien.

Por lo anterior, solicita que se declare que entre las partes no existió ningún contrato laboral disfrazado y que la relación contractual entre las partes se ajustó a derecho.

Prescripción

En caso se acceder a las súplicas de la demanda, solicita la aplicación de la prescripción trienal, conforme a lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y el Decreto 3115 de 1965 y alude a posiciones jurisprudenciales al respecto.

3.5. Traslado de Excepciones

La parte demandante no se pronunció.

3.6. Alegatos de Conclusión:

3.6.1. Parte Accionante:

Expone que el demandante laboró por contrato de prestación de servicios con el Departamento de Caldas y tiene derecho a que se le cancelen las prestaciones sociales que reconoce la ley durante el tiempo que laboró con la entidad demandada, por cuanto a la terminación del contrato de prestación de servicios no le fueron cancelados sus prestaciones sociales, a pesar de ser un cargo que pertenecía a la planta de cargos de la entidad, cumplía horario, tenía subordinación

constante y permanente y recibía salario como retribución de sus servicios, lo cual se demuestra con la autorización número 623.

Refiere que los contratos de prestación de servicios deben celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados situación que se desvirtúa, pues como se ve en los contratos de prestación de servicios, el actor siempre desarrollo las mismas funciones, cumplimiento de horario y recibía el mismo tipo de subordinación.

Establece, que dentro del proceso se estructuraron los tres elementos de una relación laboral, es decir, actividad personal, remuneración y subordinación, por lo que no existió autonomía contractual, pues siempre estuvo sujeto a las instrucciones impartidas por su jefe inmediato.

3.6.2. Departamento de Caldas: No presento alegatos de conclusión.

3.7. Concepto del Ministerio Público: No se pronunció.

3.8. Pruebas Obrantes en el Expediente

Como material probatorio dentro del presente asunto, de conformidad con lo decretado en el auto de pruebas dictado en la audiencia inicial del 10 de diciembre de 2021, se tiene lo siguiente;

-Documentos referentes al trámite de conciliación extrajudicial radicación No. 1779 del 05 de diciembre de 2019 (folios 12 -23 Archivo15Cuaderno1.pdf del expediente digital)

-Petición presentada a la Secretaría de Educación Departamental (folios 24 a 26 Archivo15Cuaderno1.pdf del expediente digital)

-Oficio 0646/19 UJ SED del 11 de septiembre de 2019 (folios 27 a 38 Archivo13Cuaderno1.pdf del expediente digital)

-Autorización No. 210 del 14 de abril de 1998, Autorización No. 814 del 29 de mayo de 2000, Autorización No. 190 del 29 de enero de 2001, Autorización No.298 de febrero de 2002, Autorización No.318 del 27 de enero 2003, Autorización 1938 del 27 de agosto de 2003 (folios 31 a 36 Archivo15Cuaderno1.pdf del expediente digital)

-Documento de identificación de la demandante (folio 37 Archivo15Cuaderno1.pdf del expediente digital)

-Resolución 01876 del 14 de julio de 2000, Resolución 2114 del 09 de agosto de 2000, Resolución No. 02574 del 21 de julio de 1998, Resolución No.02644 del 14 de septiembre de 2000, Resolución No. 03343 del 16 de noviembre de 2000, Resolución 03807 del 05 de diciembre de 2000, autorización 190 del 29 de enero de 2001, autorización No. 318 del 27 de enero de 2003,Resolución 00495 del 15 de marzo de 2001, Resolución No.00563 del 18 de marzo de 2002,Resolución 00706 del 11 de abril de 2001,Resolución 00890 del 22 de abril de 2002, Resolución 01062 del 10 de mayo de 2001,Resolución 01252 del 30 de abril de 2003,Resolución 01296 del 24 de mayo de 2002, Resolución 01518 del 18 de junio de 2002,Resolucion 01550 del 20 de junio de 2001,Resolucion 01555 del 22 de mayo de 2003,Resolucion 01744 del 09 de julio de 2002,Resolucion 01823 del 13 de junio de 2003,Resolucion 01842 del 18 de julio de 2001, Resolución 2046 del 17 de agosto de 2001,Resolucion 2217 del 18 de julio de 2003,Resolución No. 2430 del 24 de septiembre de 2001,Resolucion 02534 del 14 de agosto de 2003, Resolución 02695 del 19 de octubre de 2001,Resolucion 02814 del 18 de septiembre de 2002,Resolucion 02909 del 16 de noviembre de 2001,Resolucion No.02998 del 17 de septiembre de 2003, Resolución 03275 del 17 de diciembre de 2001,Resolucion 03501 del 10 de noviembre de 2003, Resolución 03529 del 19 de noviembre de 2002, Resolución 03865 del 19 de diciembre de 2002,Resolucion 03939 del 24 de diciembre de 2002, Resolución 03950 del 15 de diciembre de 2003, Resolución 04107 del 31 de diciembre de 2003, (Archivos 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63 pdf del expediente digital)

-Certificación del 23 de marzo de 2022 suscrita por el Departamento de Caldas – Secretaría de Educación (Archivo37 del expediente digital)

4. CONSIDERACIONES.

4.1. Problema Jurídico

Con base en la fijación del litigio efectuada en la audiencia inicial del diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021) es necesario resolver lo siguiente;

¿La demandante tiene derecho a que se le reconozca la existencia de una relación laboral con el Departamento de Caldas durante tiempo planteado en la demanda?

y si ¿Es procedente el reconocimiento de los tiempos de servicio para efectos pensionales?

Para responder estos interrogantes se hará un análisis jurisprudencial de las sentencias que se han proferido en la materia por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, y desde luego, un análisis normativo aplicable al caso concreto. En la parte final se expondrán las conclusiones y se hará un pronunciamiento sobre la prosperidad de las excepciones de mérito.

Se aclara que lo anterior quedó definido en la audiencia inicial, motivo por el cual no es del caso pronunciarse sobre el pago de las prestaciones sociales a las que alude la parte demandante en los alegatos de conclusión allegados.

4.2. Fundamentos Normativos y Jurisprudenciales

La Corte Constitucional en sentencia C- 154 de 1.997, Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara, dispuso las diferencias entre el contrato de carácter laboral y el de prestación de servicios, así:

“...

b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

4.2.1. La prestación del servicio docente a través de contratos de prestación de servicios:

El Decreto 2277 de 1979 “Por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente”, define dicha profesión de la siguiente manera:

“Artículo 2. PROFESION DOCENTE. Las personas que ejercen la profesión docente se denominan genéricamente educadores. Se entiende por profesión docente el ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales y no oficiales de educación en los distintos niveles de que trata este decreto. Igualmente incluye esta definición a los docentes que ejercen funciones de dirección y coordinación de los planteles

educativos de supervisión e inspección escolar, de programación y capacitación educativa, de consejería y orientación de educando, de educación especial, de alfabetización de adultos y demás actividades de educación formal autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional en los términos que determine el reglamento ejecutivo.

“Artículo 3. EDUCADORES OFICIALES. Los educadores que prestan sus servicios en entidades oficiales de orden nacional, departamental, distrital, intendencial, comisarial y municipal son empleados oficiales de régimen especial que, una vez posesionados, quedan vinculados a la administración por las normas previstas en este decreto” (se subraya).

Las entidades territoriales iniciaron la práctica de contratar los servicios de los denominados "docentes temporales", ante la imposibilidad de vincularlos oficialmente a las plantas de personal, ya que la legislación que estaba vigente prohibía crear nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria con cargo al presupuesto estatal.

Esta definición de la labor docente fue reafirmada por el artículo 104 de la Ley General de Educación, Ley 115 de 1994, al prever que:

“El educador es el orientador en los establecimientos educativos, de un proceso de formación; enseñanza y aprendizaje de los educandos....”

Sobre ello la Corte Constitucional, en sentencia C-555 de 1994, manifestó:

“Desde el punto de vista de la actividad material que ejecutan los docentes-temporales, no parece existir diferencia respecto de la que realizan los docentes -empleados públicos. Si no se encuentra una diferencia, entre estos dos supuestos, edificada sobre un criterio de comparación que sea razonable, perdería plausibilidad el régimen jurídico asimétrico que, en las condiciones ya referidas, la ley contempla y el cual, en los aspectos principales (remuneración, prestaciones, derechos y obligaciones), es más favorable para los docentes-empleados públicos...”

Y más adelante dijo:

“Hasta tal grado no existen diferencias entre los dos supuestos estudiados - actividad de los docentes temporales y actividad de los docentes-empleados públicos -, que la única particularidad que exhiben los últimos respecto de los primeros es la de recibir un trato de favor emanado del régimen legal, cuya aplicación exclusiva, en estas condiciones, queda sin explicación distinta de la concesión de un privilegio. Lo que a menudo constituye la otra cara de la discriminación, cuando ella es mirada desde la óptica de los excluidos....” (Negrilla fuera de texto)

Por su parte el Consejo de Estado, en materia de contrato realidad docente ha dicho lo siguiente¹:

“... ”

Ahora bien, la circunstancia de que, consciente y libremente, el trabajador haya aceptado las condiciones de contratación que le fueron planteadas en el contrato de prestación de servicios u orden de prestación de servicios resulta indiferente en una situación como la que se ha planteado pues ni aún el consentimiento puede considerarse como expediente válido para que el trabajador renuncie a los beneficios prestacionales que la ley prevé en su favor, según lo dispuso el artículo 53 de la Constitución. La misma norma de la Carta Fundamental previó, además, como uno de los principios mínimos fundamentales en materia laboral la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, precepto que sirve de base para declarar la existencia de una relación laboral cuando, no obstante haber una formalidad distinta, prima el vínculo real por concurrir en él los elementos requeridos, la prestación personal, la subordinación y la remuneración.

El caso resulta aún más evidente cuando se trata de un “contrato realidad” de docente. En efecto, la Ley 60 de 1993 permitió la vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicios pero no derogó el Decreto 2277 de 1979, artículo 2º, que dispone: “(se transcribe la norma)

Esta definición de la labor docente fue reafirmada por el artículo 104 de la Ley General de Educación (115 de 1994) al prever que “El educador es el orientador en los establecimientos educativos, de un proceso de formación, enseñanza y aprendizaje de los educandos....”

De esta manera se infiere que la labor docente no es independiente, sino que el servicio se presta en forma personal y de manera subordinada al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público de la educación.

¹ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCION SEGUNDA, Subsección “B” -Consejero ponente: ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO- treinta (30) de marzo de dos mil seis (2006).

Al respecto, la Sala Plena del Consejo de Estado, en decisión adoptada el 18 de noviembre de 2003, Radicación IJ-0039, Consejero Ponente Nicolás Pájaro Peñaranda, manifestó:

“Es inaceptable, además, porque si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad.

Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta.

En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales.”

En dicho fallo se concluyó lo siguiente:

- 1. El vínculo contractual que subyace en los contratos de prestación de servicios no es contrario a la ley.*
- 2. No existe identidad de la relación jurídica derivada del contrato (sitio donde se prestó el servicio) con la situación legal y reglamentaria, ya que, entre otras razones, el hecho de trabajar al servicio del Estado no puede en ningún caso conferir el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario.*
- 3. No existe violación del derecho de igualdad por el hecho de la suscripción de los contratos de prestación de servicios, puesto que la situación del empleado público, la cual se estructura por la concurrencia de elementos sin los cuales dicha relación no tiene vida jurídica (artículo 122*

de la Constitución Política), es distinta de la que se origina en razón de un contrato de prestación de servicios. Esta última no genera una relación laboral ni prestacional.

4. *La situación del empleado público es diferente a la que da lugar al contrato de trabajo, que con la Administración sólo tiene ocurrencia cuando se trata de la construcción y mantenimiento de obras públicas.*

5. *Se hizo énfasis en la relación de coordinación entre contratante y contratista para el caso específico.*

Sin embargo y pese a lo anterior, si el interesado vinculado bajo la forma de contrato de prestación de servicios, logra desvirtuar su existencia al demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador, prestación personal del servicio y remuneración, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo. (art. 53 C.P.).”

En cuanto a la acreditación de los tres elementos propios de una relación de trabajo, en especial a la demostración de la labor en forma subordinada y dependiente respecto al empleador el Consejo de Estado se pronunció en este sentido:²

“De acuerdo con lo anterior, en un plano teórico y general, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional.

Igualmente se ha dicho:

“...Aunque a primera vista se puede pensar que el cumplimiento de un horario es de suyo elemento configurativo de la subordinación transformando una

² CONSEJO DE ESTADO, M.P. Jesús María Lemos Bustamante, expedientes 0245 y 2161, junio 23 de 2007.

relación que se consideró como contractual en laboral, lo cierto es que en determinados casos el cumplimiento de un horario es sencillamente la manifestación de una concertación contractual entre las partes, administración y particular, para desarrollar el objeto del contrato en forma coordinada con los usos y condiciones generalmente aceptadas y necesarias para llevar a cabo el cumplimiento de la labor. Entonces, constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible la subordinación y dependencia, y el hecho de que desplegó funciones públicas, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor siempre y cuando, de las circunstancias en que se desarrollaron tales actividades, no se deduzca que eran indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales. (Resaltado fuera de texto.)

*La situación particular de los docentes, resulta especialmente distinta, por cuanto los educadores que laboran en un establecimiento público educativo por medio de contratos de prestación de servicios, en honor a la verdad desarrollan la **subordinación y la dependencia** elementos que se encuentran ínsitos en la labor que cumplen, es decir, son con sustanciales al ejercicio de la función docente. (Subrayas fuera de texto, negrillas originales)*

Posición que fue reiterada mediante sentencia del 6 de mayo de 2010³ en la que si bien se analizaba el tema de la pensión gracia, el problema jurídico central giraba en torno a si el tiempo de servicios como docente cumplido por medio de contratos de prestación de servicios administrativos se incluye para el reconocimiento y pago de la pensión gracia, el Consejo de Estado debió analizar en primer lugar la naturaleza del vínculo que surgía entre el docente- contratista y la administración para tomar una decisión al respecto, y sostuvo:

“En conclusión, la existencia de la relación laboral con los docentes contratistas se presume, sin que ello implique que dicho funcionario de hecho tenga los mismos derechos y obligaciones de los empleados públicos sujetos a un específico régimen legal y reglamentario, una planta de personal y la

³ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCION SEGUNDA- SUBSECCION B-Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, seis (6) de mayo de dos mil diez (2010).

disponibilidad presupuestal correspondiente”. (Negrillas fuera de texto original)

De conformidad con lo descrito, el Despacho deduce que, en el caso en particular de los docentes que han sido contratados por órdenes de prestación de servicios, recae una presunción respecto del vínculo de subordinación cuando se pretende acreditar la existencia de un contrato realidad, trasladándose de esta manera la carga de la prueba a la entidad demandada de desvirtuar dicha presunción, dado que por razones de la actividad que ejercen estas personas y de acuerdo a lo dispuesto en la jurisprudencia, los docentes se encuentran supeditados al reglamento propio del servicio público de la educación, por lo que la dependencia en estos casos se presume como quiera que su labor obedece al cumplimiento de los lineamientos legales del sistema educativo.

La prescripción de los aportes pensionales en materia de contrato realidad.

En cuanto a ello la sección segunda del Consejo de Estado en la SU del 25 de agosto de 2016 en el expediente con radicado 23001233300020130026001 (00882015) dispuso;

“(…) 1° Unifícase la jurisprudencia respecto de las controversias relacionadas con el contrato realidad, en particular en lo que concierne a la prescripción, en el sentido de que (i) quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, (ii) sin embargo, el fenómeno prescriptivo no aplica frente a los aportes para pensión, (iii) lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal; (iv) las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control; (v) tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito

previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho; (vi) el estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral; y (vii) el juez contencioso administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva.(...)”

Se encuentra así que tratándose de la reclamación de cotizaciones pensionales en materia de contrato realidad no opera el fenómeno de la prescripción, tal como lo ha sentado la jurisprudencia contenciosa administrativa a través de su máximo tribunal.

4.3. Caso concreto

En el presente caso se solicita la existencia de una relación laboral entre el señor Freidel Francisco Cano Fernández con el Departamento de Caldas durante el tiempo planteado en la demanda y, en consecuencia, la procedencia del reconocimiento de esos tiempos de servicio para efectos pensionales por el lapso de tiempo ejercido como docente a través de contratos de prestación de servicios.

Igualmente, conforme a los hechos de la demanda fundamenta su solicitud en los servicios prestados en razón de la autorización No. 210 del 14 de abril de 1998 (tiempo comprendido entre el 14 de abril de 1998 al 27 de junio de 1998) 2 meses con 13 días, autorización No. 814 del 29 de mayo de 2000 (tiempo comprendido entre el 29 de mayo del 2000 al 30 de diciembre de 2000) 7 meses, autorización No. 190 del 29 de enero de 2001 (tiempo comprendido entre el 29 de enero de 2001 al 30 de diciembre de 2001) total 11 meses, autorización No. 298 del 04 de febrero de 2002 (tiempo comprendido entre el 04 de febrero de 2002 al 30 de diciembre de 2002) 10 meses con 24 días, autorización No. 318 del 27 de enero de 2003 (tiempo comprendido entre el 27 de enero de 2003 al 30 de diciembre de 2003) total 11 meses con 3 días, tal como se observa en el Archivo *04EscritoCorreccionDemanda.pdf*.

Al respecto, observa el despacho que conforme a la Certificación del 23 de marzo de 2022 emitida por el Departamento de Caldas- Secretaria de Educación (archivo *37CertificacionSecretariaEducacion.pdf*), la señora Gloria Patricia Arango Calderón, prestó sus servicios como docente de tiempo completo, en el Centro Educativo Santa Juana de Arco de Chinchiná, mediante autorización No. 210 del 14 de abril al 14 de junio de 1998, mediante autorización No. 814 desde el 29 de mayo a junio 25 de 2000, desde el 17 de julio a julio 31, desde el 01 de agosto al 31 de agosto de 2000, desde septiembre 1 a octubre 31 del 2000, desde el 01 de noviembre a diciembre 24 del 2000.

Mediante autorización No. 190 del 29 de enero de 2001 desde febrero 7 a febrero 28 del 2001, desde marzo 1 a abril 8 del 2000 (sic), lo cual entiende el despacho es 2001, desde el 16 al 30 de abril del 2001, desde el 1 al 31 de mayo de 2001, desde el 01 al 17 de junio del 2001, desde el 16 al 31 de julio de 2001, desde el 15 de agosto de 2001 al 15 de agosto de 2001, desde agosto 16 a septiembre 30 de 2001, desde el 01 al 31 de octubre de 2001, desde noviembre 1 a diciembre 9 de 2001.

Por medio de autorización 298 desde febrero 4 a marzo 24 de 2002, desde el 1 al 30 de abril de 2002, desde el 1 al 31 de mayo de 2002, desde el 01 al 30 de junio de 2002, desde el 22 de julio a agosto 31 de 2002, desde el 1 al 31 de octubre de 2002, desde el 01 al 30 de noviembre de 2002, desde el 01 al 08 de diciembre de 2002.

En virtud de la autorización 318 del 27 de enero de 2003, desde enero 27 a 31 de marzo de 2003, desde el 1 al 13 de abril de 2003 y desde el 21 al 30 de abril de 2003, desde el 01 al 31 de mayo de 2003, desde el 01 al 22 de junio de 2003, desde el 14 al 31 de julio de 2003, desde el 01 al 31 de agosto de 2003, desde el 01 de octubre al 31 de octubre de 2003, desde el 01 de noviembre al 30 de noviembre de 2003 y del 01 de diciembre al 30 de diciembre de 2003.

Así pues, en consideración al material probatorio y a la jurisprudencia referida, considera esta instancia que la demandante prestó el servicio docente en virtud de órdenes de prestación de servicios a cargo del Departamento de Caldas.

Ello es así, pues la naturaleza del servicio docente prestado por los demandantes implica una prestación continua sujeta a órdenes por parte de los diferentes estamentos educativos que, ineludiblemente, conllevan a la materialización de una relación laboral y no prestacional, ya que no es posible ejercer la labor docente si no es bajo estas circunstancias.

Vistas así las cosas, en aplicación del principio de la primicia de la realidad que opera en materia laboral se concluye que en el asunto que se estudia existió un verdadero vínculo laboral.

En consecuencia, como el objeto de las pretensiones que se reclaman buscan el reconocimiento de las cotizaciones pensionales generadas durante el servicio docente referido, y al no existir prescripción de las mismas, como lo dijo el Consejo de Estado en la sentencia de unificación citada, se reconocerá la pretensión de la demanda.

Por lo tanto y en atención a la fijación del litigio se ordenará la nulidad del **oficio 0646/19 UJ- SED del 11 de septiembre de 2019**.

Por lo anterior, el Departamento de Caldas deberá efectuar las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensión por el periodo de tiempo laborado que ha sido objeto de prueba y que se acaba de referir, según la certificación expedida por el Departamento de Caldas.

Finalmente, debe decirse que con respecto a la autorización 1938 del 27 de agosto de 2003 aportada al proceso como se observa a folio 40 del Archivo *15Cuaderno1.pdf* del expediente digital, y respecto al cual se alude en los alegatos de conclusión presentados por la parte demandante como se observa a folio 1 del Archivo *72AlegatosDemandante.pdf*, no se hará pronunciamiento alguno pues ello no fue objeto de la demanda como se desprende en el escrito de corrección de la misma visible en Archivo *04EscritoCorreccionDemanda.pdf* del expediente digital, aunado tampoco fue mencionado en la certificación del 23 de marzo de 2022 suscrita por el Departamento de Caldas- Secretaria de Educación, visible en el archivo *66CertificacionSecretariaEducacion.pdf*.

4.4. Sobre las excepciones

Con los argumentos expuestos en esta sentencia y con el análisis del caso concreto se ha dado respuesta a las excepciones de mérito propuestas por el Departamento de Caldas.

Así mismo, al encontrarse que en criterio de este Despacho existen razones jurídicas para la prosperidad de las pretensiones de la demanda, se ha resuelto, de contera, la carencia de mérito para la prosperidad de los medios de defensa: *i) falta de legitimación en la causa por pasiva ii) no cumplimiento de los requisitos*

esenciales que regulan un contrato laboral iii) *Prescripción*. Por lo tanto, se despacharán desfavorablemente.

En consecuencia, se declarará la nulidad del acto administrativo por medio del cual se negó el reconocimiento de una relación laboral y se ordenará a título de restablecimiento del derecho efectuar el pago de las cotizaciones pensionales de la demandante correspondientes a los periodos establecidos.

4.5. Costas

Con fundamento en el art. 188 del CPACA, se condena en costas a cargo de la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se harán conforme al CGP (Arts. 365 y 366). Por agencias en derecho se fijará la suma equivalente al 6 % de las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

5. FALLA

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de *i) falta de legitimación en la causa por pasiva* *ii) no cumplimiento de los requisitos esenciales que regulan un contrato laboral* y *iii) Prescripción*, propuestas por el Departamento de Caldas.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del Oficio 0646/19 UJ- SED del 11 de septiembre de 2019, por lo expuesto.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR al DEPARTAMENTO DE CALDAS – SECRETARIA DE EDUCACIÓN a efectuar las cotizaciones en pensión de la señora **Gloria Patricia Arango Calderón** en virtud de una existencia de una relación laboral con el Departamento de Caldas por el periodo laborado como docente comprendido desde el 14 de abril al 14 de junio de 1998, desde el 29 de mayo a junio 25 de 2000, desde el 17 de julio a julio 31, desde el 01 de agosto al 31 de agosto de 2000, desde septiembre 1 a octubre 31 del 2000, desde el 01 de noviembre a diciembre 24 del 2000.

Desde febrero 7 a febrero 28 del 2001, desde marzo 1 a abril 8 del 2001, desde el 16 al 30 de abril del 2001, desde el 1 al 31 de mayo de 2001, desde el 01 al 17 de junio del 2001, desde el 16 al 31 de julio de 2001, desde el 01 al 30 de septiembre de 2001, desde el 01 al 31 de octubre de 2001 y desde noviembre 1 a diciembre 9 de 2001.

Desde febrero 4 a marzo 24 de 2002, desde el 1 al 30 de abril de 2002, desde el 1 al 31 de mayo de 2002, desde el 01 al 30 de junio de 2002, desde el 22 de julio a agosto 31 de 2002, desde el 1 al 31 de octubre de 2002, desde el 01 al 30 de noviembre de 2002 y desde el 01 al 08 de diciembre de 2002.

Desde enero 27 a 31 de marzo de 2003, desde el 1 al 13 de abril de 2003 y desde el 21 al 30 de abril de 2003, desde el 01 al 31 de mayo de 2003, desde el 01 al 22 de junio de 2003, desde el 14 al 31 de julio de 2003, desde el 01 al 31 de agosto de 2003, desde el 01 de octubre al 31 de octubre de 2003, desde el 01 de noviembre al 30 de noviembre de 2003 y del 01 de diciembre al 30 de diciembre de 2003, de conformidad con los motivos expuestos.

CUARTO: SE CONDENA EN COSTAS a la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el CGP arts. 365 y 366.

Por agencias en derecho se fija la suma de \$198.961,08 correspondiente al 6 % de las pretensiones de la demanda.

QUINTO: A la sentencia se le dará cumplimiento en los términos previstos en el arts. 192 y normas concordantes y siguientes del CPACA.

SEXTO: Desde ya se autoriza la expedición de copias auténticas de la presente sentencia de conformidad con lo establecido en el art. 114 del CGP.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA

JUEZ

Firmado Por:
Claudia Yaneth Muñoz Garcia
Juez
Juzgado Administrativo
001
Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **47fb47eed13a798b9346c8057f9355d998e3f894d0130b3ad5a5ee96afa97da3**

Documento generado en 30/09/2022 01:39:04 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

RADICADO:	17001-33-33-001-2021-00149-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	DEPARTAMENTO DE CALDAS
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
AUTO N°	1458
ESTADO N°	102 DEL 03 DE OCTUBRE DE 2022

1. ASUNTO

El Despacho resuelve la medida cautelar solicitada por la parte actora en el proceso de la referencia.

2. ANTECEDENTES

2.1. La solicitud y su fundamentación

La entidad demandante formuló la siguiente medida cautelar:

“(...) Por lo expuesto, solicito muy respetuosamente al Despacho, decretar la suspensión provisional de las Resoluciones SUB 193788 del 11 de septiembre de 2020, SUB 263680 del 3 de diciembre de 2020 y DPE 8 del 4 de enero de 2021, proferidas por Colpensiones, para lo cual la administradora de pensiones deberá asumir la prestación hasta tanto se resuelva el fondo de la litis (...)”

Para soportar la petición, la parte actora afirmó, en síntesis, que el acto administrativo por medio del cual se reconoce una pensión de vejez al señor ALBERTO HOYOS LOPEZ, y le asigna una cuota parte por 360 días por un valor de \$62.068 equivalente al 3.07% al Departamento de Caldas por el periodo laborado del señor HOYOS LOPEZ entre el 1 de marzo de 1981 y el 28 de febrero de 1982 en el Hospital San José del Municipio de Samaná, no se ajusta a derecho, porque el Departamento de Caldas no fue su empleador y que de manera equivocada en el certificado laboral para bono pensional se le asignó dicha responsabilidad sin justificación legal alguna.

Además, sostuvo entre otros argumentos, que entre el Departamento de Caldas y la Nación – Ministerio de Salud se celebró un contrato de concurrencia No 083 de 2001, en los términos señalados en la resolución No 2937 del 20 de noviembre del 2000, emanada por el Ministerio de Salud, para el pago de la deuda prestacional correspondientes a los funcionarios y exfuncionarios de la Dirección Seccional de Salud de Caldas con sede en Manizales y los Hospitales San José de Aguadas, Hospital San Vicente de Paúl de Anserma; San Vicente de Paúl de Aránzazu, Hospital San José de Belalcázar, Hospital San Marcos de Chinchiná, Hospital San Hernando de Anserma, Hospital San Félix de la Dorada, Hospital La Merced de La Merced, Hospital Santa Sofía de Manizales, Hospital San Antonio de Manzanares, Hospital San Antonio de Marmato, Hospital San Cayetano de Marquetalia, Hospital San José de Marulanda, Hospital San José de Neira, Hospital Santa Teresita de Pácora, Hospital Santa Ana de Palestina, Hospital San Juan de Dios de Pensilvania, Hospital San Juan de Dios de Riosucio, Hospital San Rafael de Risaralda, Hospital Felipe Suárez de Salamina, Hospital San José de Samaná, Hospital San Lorenzo de Supía, Hospital San Simón de Victoria, Hospital San Antonio de Villamaría, Hospital San José de Viterbo, con sus Puestos y Centros de Salud, adscritos, los cuales son Entidades de derecho público, y el Hospital Rafael Henao Toro entidad de derecho privado, que reúnen los requisitos consagrados en el artículo 33 de la Ley 60 de 1993, en concordancia con el literal a) del artículo 8º del Decreto 530 de 1994, para acceder a los recursos del Fondo de Pasivos Prestacional, reconocidos como beneficiarios del Fondo de Pasivo Prestacional.

También indicó que el Departamento se obligó a Gestionar la sustitución de las instituciones de salud objeto del contrato que tenían a su cargo el pago de pensiones a 31 de diciembre de 1993, por el Fondo Territorial de Pensiones del Departamento de Caldas. C) Constituir un encargo fiduciario, o Patrimonio autónomo que administre los recursos que giren por concepto de Reserva Pensional de Activos y Reserva Pensional de Jubilados la Nación y el Departamento de Caldas, al Fondo Territorial de Pensiones del Departamento de Caldas. (...)” y que de acuerdo a la cláusula 7 del convenio de concurrencia cubrió los períodos comprendidos entre el 1 de septiembre de 1979 y el 31 de diciembre de 1993, por el concepto de Reserva Pensional de Activos (Bonos y Títulos Pensionales), Reserva pensional de Jubilados (Pensiones) pero no comprendió cuotas partes, por lo que éstas deben ser asumidas por el empleador y en este caso el Departamento de Caldas no era el empleador del señor ALBERTO HOYOS LÓPEZ.

Manifiesta que la Gobernación de Caldas mediante decreto 00023 del 4 de febrero de 2002 delegó en la Dirección Territorial de Salud de Caldas la ordenación, dirección, y realización del proceso de licitación No 001-2002, para la selección del contratista, el acto de adjudicación, la elaboración, perfeccionamiento, legalización y ejecución del respectivo contrato, liquidación, terminación, modificación, adición

prórroga del mismo y la realización de los demás actos propios o inherentes de la Contratación estatal, cuyo objeto será constituir el encargo fiduciario o patrimonio autónomo que administre los recursos que giren como reserva pensional de activos y reserva pensional de jubilados, la Nación, El Departamento de Caldas y el Municipio de Manizales.

Que conforme con la certificación de beneficiarios del 11 de junio de 1999 expedido por el Ministerio de Salud, el señor ALBERTO HOYOS LOPEZ, es beneficiario del pasivo prestacional, por tanto, la consulta debió haberla hecho Colpensiones a la Dirección Territorial de Salud de Caldas como administradora del patrimonio autónomo.

Según la parte actora, el Departamento de Caldas no tiene competencia para impartir instrucciones respecto al cambio de destinación de las reservas económicas asignadas dentro del Patrimonio Autónomo que administra la Dirección Territorial de Salud de Caldas, dicha competencia le asiste única y exclusivamente al Ministerio de Hacienda, por ser el mayor aportante de recursos, al concurrir con un 78,18% y el Departamento de Caldas sólo concurre con el 21,82%, como es este caso, en el cual la reserva está asignada para bono pensional y no para cuota parte como es requerido, y que con la actuación de Colpensiones vulneró los principios esenciales del estado como lo son promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de derechos y deberes consagrados la Constitución y asegurar la vigencia de un orden justo. Que con la actuación desplegada por Colpensiones se vulneran estos principios y se desconoce el derecho fundamental al debido proceso, al expedir los actos demandados, en los que determinó la cuota parte del ALBERTO HOYOS LÓPEZ al Departamento de Caldas sin que éste nunca prestara sus servicios a la entidad territorial.

2.2. Traslado

El Juzgado corrió traslado de la solicitud de medidas cautelares mediante auto del 19 de agosto de 2021, notificado personalmente al demandado el 20 de agosto de 2021 (archivo 15 del expediente digital). El demandado no se pronunció sobre dicha solicitud (archivo 20 del expediente).

3. CONSIDERACIONES

3.1. Aspectos generales sobre las medidas cautelares

El capítulo XI de la Ley 1437 de 2011, modificada por la Ley 2080 de 2021, reguló las medidas cautelares aplicables en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Específicamente, el art. 231 señaló los requisitos así:

ARTÍCULO 231. REQUISITOS PARA DECRESTAR LAS MEDIDAS CAUTELARES. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.
2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.
3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.
4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:
 - a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o
 - b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.

Según la Corte Constitucional en sentencia SU-691 del 2017:

(...) Para su procedencia se estableció que la solicitud debe encontrarse debidamente sustentada y presentada en cualquier estado del proceso. Lo anterior significó un cambio importante respecto del Código Contencioso Administrativo, el que limitaba la solicitud de medidas cautelares a la presentación de la demanda, lo que limitaba, efectivamente su eficacia, en particular, frente a nuevos eventos que ameritaran la cautela. Prescribió además que el juez o magistrado ponente podrían decretarlas si las considera necesarias con el fin de proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. En todo caso, por disposición legal expresa, dispuso el Código que la decisión sobre la medida cautelar no implicaría prejuzgamiento, con el fin de dar libertad al juez en la adopción de esta decisión (...).

Sobre la manera en la que el Juez aborda ese análisis inicial, el Consejo de Estado sostuvo¹:

*«Para el estudio de la procedencia de esta cautela se requiere una **valoración del acto acusado** que comúnmente se ha llamado **valoración inicial**, y que implica una **confrontación de legalidad de aquél con las normas superiores invocadas, o con las pruebas allegadas junto a la solicitud.** Este análisis*

*inicial permite abordar el objeto del proceso, la discusión de ilegalidad en la que se enfoca la demanda, **pero con base en una aprehensión sumaria, propia de una instancia en la que las partes aún no han ejercido a plenitud su derecho a la defensa.** Y esa valoración inicial o preliminar, como bien lo contempla el inciso 2º del artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, **no constituye prejuzgamiento,** y es evidente que así lo sea, dado que su resolución parte de un conocimiento sumario y de un estudio que, si bien permite efectuar interpretaciones normativas o valoraciones iniciales, no sujeta la decisión final.» (Negrita fuera del texto).*

*“Como lo refiere la providencia transcrita, es importante la prevención efectuada por el legislador al advertir que la decisión sobre la medida cautelar de ningún modo implica **prejuzgamiento,** teniendo en cuenta que, como lo ha precisado la Jurisprudencia de esta Sala, se trata de «mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto».^{2º}*

Además, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en providencia de 17 de marzo de 2015 (exp. 2014-03799, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez), señaló los criterios que se deben tener en cuenta para decretar medidas cautelares:

*“(…) La doctrina también se ha ocupado de estudiar, en general, los criterios que deben tenerse en cuenta para el decreto de medidas cautelares, los cuales se sintetizan en el *fumus boni iuris* y *periculum in mora*. El primero, o apariencia de buen derecho, se configura cuando el Juez encuentra, luego de una apreciación provisional con base en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, la posible existencia de un derecho. El segundo, o perjuicio de la mora, exige la comprobación de un daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho. (…)*”.

La Sección Tercera, mediante auto de 13 de mayo de 2015 (exp. 2015-00022, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa), señaló otro criterio a tener en cuenta:

*“(…) Lo anterior quiere significar que el marco de discrecionalidad del Juez no debe entenderse como de arbitrariedad, razón por la cual le es exigible a éste la adopción de una decisión judicial suficientemente motivada, conforme a los materiales jurídicos vigentes y de acuerdo a la realidad fáctica que la hagan comprensible intersubjetivamente para cualquiera de los sujetos protagonistas del proceso y, además, que en ella se refleje la pretensión de justicia, razón por la cual es dable entender que **en el escenario de las medidas cautelares,** el Juez se enfrenta a la exposición de un razonamiento en donde, **además de***

verificar los elementos tradicionales de procedencia de toda cautela, es decir el fumus boni iuris y el periculum in mora, debe proceder a un estudio de ponderación y sus sub principios integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad stricto sensu, ya que se trata, antes que nada, de un ejercicio de razonabilidad". (7) (Negrillas por fuera del texto original)

Así pues, conforme a la Jurisprudencia mencionada, en el examen de procedibilidad de la medida solicitada, deberá verificarse la concurrencia de los elementos que ameritan la imposición de la cautela, a saber: (i) *fumus boni iuris*, o apariencia de buen derecho, (ii) *periculum in mora*, o perjuicio de la mora, y, (iii) la ponderación de intereses.

En suma, como se trata de una suspensión provisional, la procedencia o no de la medida cautelar solicitada también queda determinada por los siguientes requisitos: i) que se invoque a petición de parte, ii) que exista una violación que surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud y, iii) si se trata de un medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, que se acredite, de manera sumaria, los perjuicios que se alegan como causados.

Visto lo anterior, la procedencia de la medida cautelar solicitada queda determinada por la violación del ordenamiento jurídico y la necesidad de proteger provisionalmente la legalidad, mientras se profiere la decisión definitiva respecto del acto administrativo demandado³.

3. 2. Contextualización del problema jurídico y análisis del caso concreto

De conformidad con los antecedentes expuestos en la primera parte de esta providencia, la parte actora denuncia la existencia de unas irregularidades en la expedición del acto administrativo cuya suspensión se pretende, consistente en la configuración de posibles vicios de nulidad por violación de las normas en las que debía fundarse, en los que se determinó una cuota parte de la pensión del señor ALBERTO HOYOS LÓPEZ al Departamento de Caldas sin que éste nunca prestara sus servicios a la entidad territorial.

Por lo visto, el problema jurídico se contrae a establecer si en el presente caso se cumplen los requisitos para acceder a la suspensión provisional de las resoluciones SUB 193788 del 11 de septiembre de 2020, SUB 263680 del 3 de diciembre de 2020 y DPE 8 del 4 de enero de 2021, proferidas por Colpensiones.

3.3. Análisis del caso concreto

Si partimos del inciso segundo del artículo 231 del CPACA, señala: “En los demás casos las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos”, se puede interpretar que unas son las condiciones para la medida cautelar de suspensión de actos administrativos (primer inciso) y otros son los requerimientos para los demás escenarios en los que se pidan otro tipo de medidas. No obstante, lo anterior no es óbice para que los requisitos enlistados en la segunda parte del artículo sean excluidos del análisis, y por el contrario sirvan de faro para tomar una decisión.

En ese entendido, recordemos que, cuando se trata de la solicitud de suspensión provisional de actos administrativos, los requisitos que deben ser analizados son los siguientes:

- 1. La suspensión de los efectos procede por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o por la solicitud que se realice en escrito separado**

De lo narrado hasta aquí, queda claro que la parte actora expuso su solicitud en escrito aparte. Así las cosas, la estrategia de litigio queda suficientemente ilustrada para adoptar una decisión. Se hace notar que la abogada de la entidad demandante expuso sus argumentos apoyada en normas vigentes.

- 2. Cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud**

Sobre este punto, el Despacho es del criterio que en este momento procesal no se logra apreciar, preliminarmente, la vulneración de las normas superiores invocadas en la demanda y la solicitud de medidas cautelares, por cuanto pretermitir el debate probatorio que implica la adopción de una medida cautelar no permite establecer con claridad a quien le corresponde la cuota parte pensional que cuestiona el Departamento de Caldas, menos aún endilgar la misma a la propia entidad que profirió el acto administrativo sin que se haya decantado como tal el juicio de legalidad y se haya determinado que es efectivamente a esta y no a otra entidad a quien corresponde asumir la cuota parte.

Y es que tal aseveración cobra verdadero peso cuando se parte de la premisa según la cual el pensionado no puede resultar perjudicado por los problemas de índole administrativo de quienes están obligados a concurrir al pago de su prestación, tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional en Sentencia T-850 de 2004, por lo que es evidente que suspendida la cuota parte que le fue asignada al Departamento

de Caldas en la *Resolución SUB 193788 del 11 de septiembre de 2020*, *SUB 263680 del 3 de diciembre de 2020* y *DPE 8 del 4 de enero de 2021*, la pensión de vejez reconocida al señor ALBERTO HOYOS LÓPEZ permanecería incólume, por lo que la cuota parte suspendida tendría que ser asumida, en este caso, por Colpensiones, juicio de legalidad que no puede adelantarse en esta etapa incipiente del proceso, porque también es factible que podría ser a otra entidad a quien le correspondiera la misma.

Ahora bien, en muy reciente pronunciamiento jurisprudencial del Consejo de Estado¹ sobre las medidas cautelares en el CPACA, se indicó:

“...El marco general de las medidas cautelares descansa en el loci propuesto por Chiovenda según el cual: «el tiempo necesario para tener razón no debe causar daño a quien tiene razón»², de allí que la principal misión de esta interesante institución procesal es la tutela judicial efectiva, de tal suerte que se proteja y garantice el objeto del proceso, en forma temprana y provisional. En igual sentido, la norma en cita precisa que la medida cautelar principalmente propugna por la efectividad de la sentencia, esto es, que la decisión final, acompasada con la cautela, resuelva el litigio en sentido material y no como un simple formalismo sin alcances o incidencias en los derechos de los usuarios de la justicia.

*Se entiende que el objeto del proceso es la cuestión litigiosa o «*thema decidendi*», el cual se sustenta inicialmente en la demanda que contiene las pretensiones, los fundamentos de derecho y de hecho. **Para el juez es un reto decidir la medida cautelar presentada antes de la notificación del auto admisorio de la demanda³, puesto que básicamente solo tiene como fundamento la propuesta primaria de la solicitud y algunas luces adicionales en el escrito de la contraparte al descorrer el traslado⁴. Prima facie, es cierto que la sola demanda podría ser un punto de partida precario, que lo es menos, si la petición de amparo temprano contiene argumentos sólidos y coherentes, lo cual denominamos fortaleza interna, la cual se reafirma si existe un nivel confiable de seguridad jurídica***

¹ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A C.P. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, seis (6) de junio de dos mil veintidós (2022) Radicación: 11001032500020210022200 (1385-2021)

² 3 Chiovenda, g., «notas a cass. roma, 7 de marzo de 1921». *giur. civ e comm.*, 1921, p. 362

³ La medida cautelar puede presentarse antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada (art. 229 del CPACA)

⁴ Excepto cuando se trate de solicitud de urgencia. artículo 234. medidas cautelares de urgencia. desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el juez o magistrado ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que, por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior. esta decisión será susceptible de los recursos a que haya lugar. la medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decreta.

(fortaleza externa), esto es, si hay sentencias de unificación o precedentes consolidados que le pueden dar un mayor grado de certeza al juez cuando decida la medida cautelar.

Por ello, la primera condición de éxito de la solicitud la arraiga el artículo 229 del CPACA en que esté «debidamente sustentada», esto es, que tenga el potencial de convencer al juez, quien, por su parte, en actitud dialógica, estará dispuesto a escuchar los buenos argumentos y hacer la valoración de las pruebas aportadas, si fuere el caso.

La firmeza del punto de partida aquí señalado será la clave del ejercicio hermenéutico que ensamble los dos extremos, principio y fin del litigio. En efecto, cuando la decisión de la medida cautelar goza de precisión fáctica, normativa y apoyo en sentencias de unificación, ello ofrece al juez y a las partes una luz o faro que irradia todas sus etapas, con lo cual se avanza en la fijación temprana del litigio, orienta las etapas procesales e incluso tiene la virtud de hacer visibles o anunciar los principales fundamentos de hecho y de derecho de la sentencia, sin que ello signifique que se trata de una sentencia sumaria o anticipada, pues siempre ha de recordarse que la medida cautelar es provisional y, por tanto, puede ser revocada o ajustada en el transcurso del proceso, lo cual implica que el juez deberá estar atento a las múltiples variables jurídicas y fácticas que puedan incidir en los fundamentos en que se sustentó la decisión cautelar.

Esta última consideración es un punto crucial, puesto que en derecho no hay respuestas únicas correctas y de allí que el margen de desviación interpretativa es una variable difícilmente controlable por los jueces. Por ello, es preclaro el artículo 235 del CPACA que permite al juez de oficio o a petición de parte levantar, modificar o revocar la medida cautelar. Y en el mismo sentido, el artículo 229 del CPACA se convierte en un eficaz resguardo del juez respecto de posibles cuestionamientos o dudas sobre las decisiones adoptadas en una medida cautelar al indicar que «La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento». Por tanto, en el transcurso del proceso podrá ratificar, ajustar, corregir e incluso contradecir la decisión cautelar y, por ende, los argumentos consignados en la medida cautelar al momento de proferir la sentencia definitiva.

Es posible que tengan alguna razón (pero no toda) aquellos que sostienen que la medida cautelar es para el juez una sentencia «a ciegas», lo cual no es necesariamente cierto si la decisión se ajusta a lo indicado en el artículo 231 del CPACA, el cual exige un cuidadoso

ejercicio argumentativo que permite avizorar la hermenéutica plausible y la incidencia de ella en la sentencia futura. Si el camino interpretativo es incierto o poco lúcido, ello debería conducir a la negativa de la medida.

LA DUDA RAZONABLE

Respecto de esta última afirmación, si el ejercicio hermenéutico es un laberinto acentuado por una precaria seguridad jurídica, por ejemplo, porque confluyen sentencias de unificación contradictorias (total o parcialmente), o porque hay dos o más decisiones judiciales dispares de las altas cortes⁵, entonces el juez tiene los argumentos necesarios para negar la medida cautelar por existir un alto nivel de «duda razonable». En la misma ilación, el juez también puede argumentar «duda razonable» para negar la medida cautelar cuando observa genuinas antinomias, o por lo menos avizora, lo que podríamos denominar incongruencias normativas que no han sido resueltas por la jurisprudencia⁶.

“ ...

Otra situación interesante es la concurrencia de dos interpretaciones plausibles para la solución del caso concreto, sin que exista sentencia de unificación o precedente jurisprudencial que disuelva la dicotomía o el posible dilema. En estos eventos el juez podrá hacer uso de una estricta ponderación hermenéutica y si el resultado no le permite inclinarse por una u otra interpretación (lo cual no es frecuente) también podría fundamentarse la negación de la medida cautelar en la «duda razonable»⁷.

Ahora bien, este es el momento de hacer una advertencia necesaria: la «duda razonable» no puede convertirse en una muletilla que enmascare el viejo argumento del artículo 152 del CCA, el cual auspiciaba una opción formalista al indicar que debía tratarse de «manifiesta infracción» de las disposiciones invocadas, bien por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud. Se recuerda

⁵ El mal llamado «choque de trenes» que ha sucedido con cierta frecuencia en vigencia de la constitución política de Colombia del año 1991.

⁶ Sección quinta. auto de sala unitaria del 18 de septiembre de 2012, magistrado Alberto Yepes Barreiro, radicación 11001-03-28-000-2012-00049-00, medio de control nulidad electoral, actor: Leonardo Puertas, demandada la Corporación Autónoma Regional de la Guajira. En dicho auto al analizar las normas poco congruentes que regulan la integración del consejo directivo de una corporación regional argumentó lo siguiente: «[...] las anteriores razones llevan a la sala a concluir que existe una duda razonable en la determinación del número de miembros que componen el consejo directivo de la corporación autónoma regional de la guajira [...]».

⁷ Sección Quinta. Auto de sala unitaria del 27 de junio de 2018 con radicación número: 11001-03- 28-000-2018-00063-00. actor: Gustavo Adolfo Prado Cardona, demandado: Consejo Nacional Electoral. Asunto: nulidad contra acto de contenido electoral. [...] por consiguiente, la declaratoria de la medida suspensiva deberá ser negada, luego de que existen dos o más interpretaciones plausibles sobre el punto de derecho que se analiza, pues ello conlleva, prima facie, una duda razonable en relación con la violación normativa puesta de presente, como en otras providencias ha sido explicado por el despacho¹⁹, e incluso por esta sala de sección¹⁹. [...]

que ello podría llevar a una facilista perspectiva de «manifiesta infracción» con la cual fueron negadas la mayoría de las solicitudes de medidas cautelares (en vigencia del CCA), lo que en el fondo implicaba el aplazamiento de la decisión para la sentencia, y de esta manera el juez evitaba el compromiso temprano y oportuno de pronunciarse sobre el derecho en litigio.

“ ...

EL CARÁCTER PROVISIONAL DE LA MEDIDA CAUTELAR

Es oportuno citar al tratadista español Eduardo García de Enterría, quien en su libro *Democracia, jueces y control de la administración*⁸ precisó lo siguiente: «[...] Por otra parte, la medida cautelar es esencialmente provisional, puede ser revocada o corregida a lo largo del proceso, según se vayan “constatando” los hechos y el derecho relevantes, y no condiciona en ningún sentido la sentencia final, aunque de hecho la anuncie (que es algo distinto de anticipar) en la mayor parte de los casos. Todas las medidas cautelares se apoyan, en definitiva, en dos principios esenciales, la rapidez y eficacia, y en tal sentido es la única arma disponible contra el bloqueo de la justicia y contra el abuso de la misma por contendientes injustos; una justicia inmediata no necesitaría medidas cautelares, como una injusticia lenta se hace ineficaz y aun una burla (*justice delayed is justice denied*, dicen los ingleses: *justicia retrasada es justicia denegada*), se deslegitima ante los ciudadanos si no es capaz de arbitrar medidas cautelares para evitar la ventaja injusta que de ese retraso extraen algunos justiciables [...]».

Ahora bien, el artículo 230 del CPACA indica que las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas o de suspensión, si y solo si tienen relación directa y necesaria con las pretensiones y las excepciones²⁸ - si se ha contestado la demanda-, esto es, con el objeto del litigio y que tengan incidencia en la realización plena de la sentencia. Es interesante destacar la diferencia entre la institución de «la medida cautelar» y la otra que la doctrina ha denominado la «tutela anticipada». La primera, tal y como está regulada en el CPACA, tiene como misión principal asegurar el disfrute eventual y futuro del derecho cautelado. La segunda, esto es la «tutela anticipada» posibilita la inmediata realización del derecho. Esta última, afirma Daniel Mitidiero: «[...] tiene por función combatir el peligro de tardanza de la resolución jurisdiccional

⁸ García De Enterría, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la administración*. 4.ª Ed. ampliada. Madrid, Civitas, 1998, p. 290

componiendo la situación litigiosa entre las partes provisionalmente [...]»⁹.

En el caso bajo examen la solicitud se contrae a la suspensión de los efectos de un acto administrativo (medida negativa) sin que se vislumbre necesidad de una medida positiva (que implique obligación de hacer). En consecuencia, el análisis se contraerá a la pertinencia de la suspensión provisional de los efectos, el cual procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se ha anexado en escrito separado.

El primer punto para examinar es el relacionado con la confrontación del acto administrativo con las normas superiores invocadas como violadas, lo cual, en cierta medida, pone en tela de juicio la presunción de legalidad y ejecutividad del acto administrativo. Ahora bien, a la luz del CPACA se trata de una confrontación integral o plena, sin el matiz que contemplaba el antiguo Código Contencioso Administrativo el cual autorizaba la medida cautelar si se trataba de una «manifiesta infracción»¹⁰, argumento que fue recurrente en las decisiones de aquel entonces y que sirvió de fundamento para negar la mayoría de las medidas cautelares solicitadas.

“ ...

Según el artículo 231 del CPACA, cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la confrontación con las normas superiores invocadas ha de entenderse como el análisis integral que debe hacer el juez, lo cual implica dilucidar, entre otros, los siguientes problemas hermenéuticos: (i) vigencia de las normas; (ii) examen de posibles juicios de constitucionalidad o de legalidad de las normas supuestamente infringidas; (iii) jerarquía normativa; (iv) posibles antinomias; (v) ambigüedad normativa; (vi) sentencias de unificación, doctrina probable, jurisprudencia sugestiva, etc.; (vii) integración normativa; (viii) criterios y postulados de interpretación; (viii) jerarquía de los criterios y postulados de interpretación, etc.

Ahora bien, prima facie, la apariencia de buen derecho o fumus boni iuris que describen los ordinales 1.º y 2.º del artículo 231 del CPACA nos indica que es un requisito más propicio de las medidas cautelares

⁹ Mitidiero, Daniel. Anticipación de tutela. De la tutela cautelar a la técnica anticipatoria. Madrid, 2013, Marcial Pons, p. 41.

¹⁰ El artículo 152 del Decreto 01 de 1984, incluía el adjetivo «manifiesta infracción».

positivas; no obstante, cuando se trata de medidas cautelares negativas, como la suspensión de los efectos del acto demandado, resulta pertinente, pero en sentido inverso, esto es, no como apariencia de buen derecho, sino como apariencia de ilegalidad, lo cual justifica la tutela cautelar temprana siguiendo la doctrina italiana, según la cual, ante la imposibilidad de una respuesta definitiva en un plazo razonable, es pertinente una respuesta provisional en un tiempo justo¹¹. El sentido de apariencia de ilegalidad lo precisa Chinchilla Marín así:

«[...] de la misma forma que la intensidad con la que el interés general reclama la ejecución de un acto es tomada en cuenta por los tribunales para determinar la intensidad del perjuicio que se exige para adoptar la medida cautelar, la intensidad con que se manifieste la apariencia de buen derecho, que es tanto como decir la apariencia de ilegalidad del acto administrativo, debe también tomarse en consideración para determinar la medida del daño que cabe exigir para apreciar la existencia del periculum in mora necesario para otorgar la medida cautelar solicitada.[...]»¹².

“... ”

De la lectura de los artículos 229, 230 y 231 del CPACA se llega a las siguientes conclusiones: (i) cuando se trata de la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo es necesario que el juez o magistrado ponente realice la confrontación del acto demandado con las normas superiores invocadas y las pruebas allegadas con la solicitud, tal como lo dispone el artículo 231 ibidem; (ii) la ley concedió al juez o al magistrado ponente la potestad de adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar provisionalmente el objeto de proceso y la efectividad de la sentencia, entre las cuales se encuentra suspender un proceso o una actuación administrativa, artículo 230 de CPACA; y (iii) en aquellos casos en que se declara una medida cautelar diferente a la suspensión de los efectos de un acto administrativo se deben observar los supuestos de apariencia de buen derecho y periculum in mora....”

En este asunto, observa el Despacho que dentro del trámite administrativo adelantado para llegar a la expedición de las *Resoluciones SUB 193788 del 11 de*

¹¹ Chinchilla Marín, Carmen. La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa, Madrid, Civitas, 1991, p. 128, citada por Daniela s. sosa y Laura E. Giménez, régimen cautelar en el proceso contencioso administrativo de Córdoba. biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la Unam

¹² Chinchilla Marín, Carmen «las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo en España», p. 156, en la publicación «las medidas cautelares en el proceso administrativo en Iberoamérica», asociación de magistrados de tribunales contencioso administrativos en los estados unidos mexicanos, México 2009, tomado el 30 de julio de 2018. página electrónica: <https://es.scribd.com/document/209225123/las-medidas-cautelares-en-el-proceso-administrativo-en-iberoamerica>

septiembre de 2020, SUB 263680 del 3 de diciembre de 2020 y DPE 8 del 4 de enero de 2021 demandadas, tanto el Departamento de Caldas como Colpensiones, plantearon argumentos divergentes sobre la asignación de un porcentaje en la financiación de la pensión que se podía hacer a la entidad demandante, quedando finalmente determinado por COLPENSIONES el porcentaje contenido en el acto administrativo ahora demandado, que por demás corresponde a un acto administrativo que fue proferido en virtud de una sentencia judicial, lo que le imprime ciertas particularidades, temas que indefectiblemente habrán de ser objeto de la decisión definitiva que adopte el Juzgado para resolver la presente controversia.

Y es que tal como lo advierte el H. Consejo de Estado en la citada providencia, “... si uno de los problemas jurídicos principales está relacionado con pruebas que son concluyentes para edificar la sentencia y, que al momento de decidir la medida cautelar no están controvertidas o son de aquellas que requieren ser complementadas...” se puede argumentar, como se hará en esta decisión, que para el Despacho existe una “duda razonable”, pues para poder despachar favorablemente las pretensiones de esta demanda se requiere el recaudo y valoración probatoria que lleve, de un lado, a verificar todas las afirmaciones que hace la parte demandante y, de otro, a determinar si alguna de ellas de manera individual o en conjunto llevan a la anulación del acto administrativo que asignó la cuota parte a la entidad demandante.

Siendo ello así, considera el Juzgado que no hay lugar a ordenar la suspensión provisional del acto atacado, pues existe una “duda razonable” para adoptar la medida cautelar en la forma como la pide el Departamento de Caldas.

Se reitera igualmente que, en este estado del proceso, no es dable concluir si COLPENSIONES hizo un análisis equivocado que lleve a identificar que actuó de manera errada al endilgar como responsable del pasivo pensional sobre el tiempo de servicio mencionado al DEPARTAMENTO DE CALDAS en la actuación administrativa demandada.

Es por ello que para construir la suficiencia argumentativa que se requiere para establecer al menos la apariencia de ilegalidad, se requeriría de un análisis probatorio que permita verificar las aseveraciones de la parte actora y determinar si es procedente redistribuir la cuota parte pensional que le correspondió asumir al Departamento de Caldas en el acto acusado, y adicionalmente determinar si la mencionada cuota parte le compete asumirla a Colpensiones o a qué otra entidad eventualmente podría corresponderle, análisis que indefectiblemente no pueden ser dilucidados en esta etapa del proceso.

De otra parte, la cautela, como se colige de la jurisprudencia inicialmente citada, debe evitar un perjuicio real y evidente, además, debe probarse dicho perjuicio por lo menos sumariamente; por lo que, en el caso concreto, y en un muy breve juicio de proporcionalidad o razonabilidad no se evidencia una afectación de tal naturaleza que convierte en indispensable la suspensión parcial del acto administrativo, esto es, en lo que respecta a la cuota parte endilgada al Departamento de Caldas, pues en últimas el patrimonio público es quien debe asumir el pago de la mesada pensional, sea en cabeza de Colpensiones, sea en cabeza del Departamento de Caldas, pues la prestación **siempre** deberá ser garantizada de manera completa.

En conclusión, el Despacho considera que en el presente caso no existe mérito para decretar la medida solicitada.

Por lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR la solicitud de suspensión provisional de las *Resoluciones SUB 193788 del 11 de septiembre de 2020, SUB 263680 del 3 de diciembre de 2020 y DPE 8 del 4 de enero de 2021* expedidas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, por lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: RECONOCER PERSONERÍA para actuar en representación de la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones a la sociedad WORL LEGAL CORPORATION SAS NIT 900.390.380-7, de conformidad con el poder general que le fuera otorgado mediante Escritura Pública No. 3364 del 02 de septiembre de 2019 de la Notaría 9 del Círculo de Bogotá y a la profesional del derecho DANIELA ARIAS OROZCO, identificada con la cédula de ciudadanía 1.053.812.490 y tarjeta profesional 270.338 del C.S de la J., quien contestó la demanda, en virtud de la sustitución del poder realizado, por la sociedad WORL LEGAL CORPORATION SAS, documentación visible en el archivo “02ContestaciónDemandaConAnexos.pdf” del expediente.

RECONOCER PERSONERÍA para actuar en representación de la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones a la UNIÓN TEMPORAL ÁBACO PANIAGUA & COHEN NIT 901.581.654-7, representada legalmente por la abogada ANGÉLICA MARGOTH COHEN MENDOZA, de conformidad con el poder general que le fuera otorgado mediante Escritura Pública No. 1955 del 18 de abril de 2022 de la Notaría 72 del Círculo de Bogotá y a la profesional del derecho DANIELA ARIAS OROZCO, identificada con la cédula de ciudadanía 1.053.812.490 y tarjeta profesional 270.338 del C.S de la J. en virtud de la sustitución del poder realizado

por la abogada COHEN MENDOZA, documentación visible en el archivo "21SustituciónPoderColpensiones.pdf" del expediente.

TERCERO: Ejecutoriado este auto, continúese con el trámite correspondiente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA

JUEZ

Firmado Por:

Claudia Yaneth Muñoz Garcia

Juez

Juzgado Administrativo

001

Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **171e75f941ec2c921e9486c19839351ecee07f762f97aa97becee57a31be6993**

Documento generado en 30/09/2022 04:35:19 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

RADICADO:	17001-33-33-001-2022-00226-00
ACTUACIÓN:	CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL
CONVOCANTE:	LUZ AMANDA SEPÚLVEDA GÓMEZ
DEMANDADA:	LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y MUNICIPIO DE MANIZALES
ASUNTO:	APRUEBA CONCILIACIÓN
AUTO:	1463
ESTADO:	102 DEL 03 DE OCTUBRE DE 2022

1. OBJETO A DECIDIR

Procede el Despacho a resolver si se aprueba o imprueba la conciliación llevada a cabo con la intervención de la Procuraduría 28 Judicial II para Asuntos Administrativos el día 28 de junio de 2022, sometida ante este despacho judicial.

2. ANTECEDENTES

2.1. La petición de conciliación

La señora LUZ AMANDA SEPÚLVEDA GÓMEZ, por intermedio de apoderado presentó solicitud de conciliación extrajudicial, frente a LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y el MUNICIPIO DE MANIZALES, con el fin de obtener el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días después de haber radicado la solicitud de cesantía.

Como supuestos fácticos, la solicitante manifestó que petitionó a la entidad demandada el día 20 de abril de 2018 el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho, la cual le fue reconocida mediante Resolución No. 777 del 23 de octubre de 2018 y puesta a su disposición el 31 de enero de 2019, razón por la cual la entidad incurrió en 178 días de mora.

2.2. La conciliación celebrada:

El Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio manifestó propuso la siguiente fórmula de arreglo:

“(…) De conformidad con las directrices aprobadas por el Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Ministerio de Educación Nacional, las cuales se encuentran recogidas en el Acuerdo No. 001 de 1 de octubre de 2020 «Por medio del cual se recogen las políticas, lineamientos, directrices, parámetros y reglas aprobados por el Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Ministerio de Educación Nacional en asuntos relacionados con la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio» aprobado en sesión No. 41 de 1 de octubre de 2020, modificado por el Acuerdo No. 001 de 4 de mayo de 2022 «Por el cual se modifica el Acuerdo No. 001 de 1 de febrero de 2021», y conforme al estudio técnico presentado al Comité de Conciliación, la posición del Ministerio es CONCILIAR en la audiencia programada por el Despacho con ocasión a la convocatoria a conciliar promovida por LUZ AMANDA SEPULVEDA GOMEZ con CC 24866031 en contra de la NACION - MINISTERIO DE EDUCACION - FOMAG, cuya pretensión es el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de cesantías (CESANTÍA DEFINITIVA) reconocidas mediante Resolución No. 777 de 23 de octubre de 2018. Los parámetros de la propuesta, teniendo en cuenta la fecha de solicitud de las cesantías y la fecha en la cual Fiduprevisora S.A. puso los recursos a disposición del docente, son los siguientes:

Fecha de solicitud de las cesantías: 20 de abril de 2018

Fecha de pago: 31 de enero de 2019

No. de días de mora: 177

Asignación básica aplicable: \$ 3.397.579

Valor de la mora: \$20.045.604

Valor pagado por vía administrativa (según lo informado por Fiduprevisora S.A.):

\$ 5.209.621

Valor de la mora saldo pendiente: \$14.835.983

Propuesta de acuerdo conciliatorio: \$ 14.835.983 (100%)

Tiempo de pago después de la aprobación judicial de la conciliación: 1 MES (DESPUÉS DE COMUNICADO EL AUTO DE APROBACIÓN JUDICIAL).

No se reconoce valor alguno por indexación. La presente propuesta de conciliación no causará intereses entre la fecha en que quede en firme el auto aprobatorio judicial y durante el mes siguiente en que se haga efectivo el pago.

Se paga la indemnización con cargo a los títulos de tesorería de conformidad con lo establecido en la Ley 1955 de 2019 (Plan Nacional de Desarrollo) y el Decreto 2020 de 2019, y de acuerdo con la adición presupuestal de \$440.000.000.000 aprobada por el Consejo Directivo de FOMAG en sesión ordinaria de 9 de diciembre de 2019.

Por su parte, el MUNICIPIO DE MANIZALES manifestó:

“Que en la sesión 505 del 24 de junio de 2022, EL COMITÉ DE CONCILIACION DE LA ALCALDÍA DE MANIZALES estudió, analizó y sometió a votación el presente asunto y decidió asistir sin ánimo conciliatorio a la audiencia prejudicial en la que se pretende conciliar con el Municipio de Manizales el reconocimiento y pago de la sanción moratoria con virtud del pago extemporáneo de las cesantías, con fundamento en la condición del convocante de docente afiliado al Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio, entidad acreedora del pago de sus cesantías; los supuestos jurídicos contemplados en la Ley 91 de 1989 que creó dicho Fondo, el artículo 2.4.4.2.3.2.28. del Decreto 1272 de 2018 que expresamente estableció su responsabilidad en el pago de la sanción moratoria, la carencia de pruebas que determinen la responsabilidad de esta entidad territorial en el pago extemporáneo de las mismas, así como los precedentes judiciales y jurisprudenciales del Tribunal Administrativo de Caldas y del Consejo de Estado, los cuales han declarado reiteradamente la falla de legitimación en la causa por pasiva de las entidades territoriales en materia de sanción por mora”.

Y la parte convocante indicó:

“Estoy de acuerdo con la propuesta conciliatoria presentada en esta diligencia por el FOMAG ya que concuerda con lo pretendido por la suscrita”.

2.3. Generalidades de la conciliación extrajudicial:

La conciliación es un mecanismo alternativo de solución de conflictos por el cual dos o más personas naturales o jurídicas resuelven sus conflictos ante un tercero conocido como conciliador. La ley dispone que los asuntos susceptibles de conciliación son aquellos que sean transigibles, desistibles y aquellos que expresamente ella determina.

Así mismo se clasifica la conciliación en judicial y extrajudicial. En lo que atañe con la conciliación en derecho esta se realiza a través de los conciliadores o ante autoridades en cumplimiento de funciones conciliatorias, siendo la judicial aquella que se realiza ante una autoridad de esta naturaleza.

El Decreto 1069 de 2015, establece que las entidades públicas y las personas privadas que desempeñan funciones propias de los distintos órganos del estado, por intermedio de apoderado, podrán conciliar total o parcialmente “... *sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de los cuales pueda conocer la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que los sustituyan ...*”, **hoy artículos 138, 140 y 141, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.**

El artículo 70 de la Ley 446 de 1998 determina que las personas jurídicas de derecho público pueden conciliar total o parcialmente en las etapas prejudicial o judicial.

Por su parte, el Artículo 73 de la misma Ley, aplicable al caso por falta de regulación expresa en el Decreto 1716 de 2009, indica que “*La autoridad judicial improbará el acuerdo conciliatorio cuando no se hayan presentado las pruebas necesarias para ello, sea violatorio de la ley o resulte lesivo para el patrimonio público.*” (Inciso tercero, artículo 65 A Ley 23 de 1991).

Son pues, variadas y numerosas las normas que autorizan y regulan este mecanismo de solución de conflictos en los que se vez inmiscuida una entidad pública, y en ellas mismas se establecen los requisitos para su procedencia:

Son, entonces, requisitos para la aprobación de la conciliación extrajudicial

1. Que no haya caducado la acción respectiva,
1. Que se presenten las pruebas necesarias,
2. Que el acuerdo no quebrante la ley, y
3. Que el mismo, no resulte lesivo para el patrimonio público.

Adicionalmente el artículo 59 de la ley 23 de 1991 establece que las personas jurídicas de derecho público deben conciliar “*a través de sus representantes legales’ y además que la conciliación debe versar sobre ‘conflictos de carácter particular y contenido patrimonial’*”

No sobra mencionar que para los fines procesales, debe cumplirse con todos los requisitos y formalidades preestablecidas para la debida representación de las partes, en especial cuando se trata de ejercer el derecho de postulación.

Corresponde entonces analizar el acuerdo de conciliación que ahora se somete a esta autoridad judicial con el fin de establecer si se cumple con los presupuestos legales para su aprobación, pues como se deja consignado, se hace necesaria la verificación de los supuestos que fundamentan **los extremos de la controversia** y habilitan en legal forma la procedencia del acuerdo.

2.4. Análisis normativo y jurisprudencial acerca de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías en el caso de los docentes

El H. Consejo de Estado en la sentencia SUJ-012-S2, fallo del 18 de julio de 2018, unificó su jurisprudencia en el sentido que a los docentes le son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos, siendo consonante esta posición, con la adoptada por la Corte Constitucional. Al punto explicó

*“...Con fundamento en lo expuesto, para la Sección Segunda los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter **restrictivo** encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de **empleados públicos**, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley...”*

Así las cosas, se concluye que la Ley 1071 de 2006, es aplicable en su integridad al régimen especial de los docentes, y por tanto, la Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio debe acatar el mandato legal contenido en el art. 2 de la citada normativa, relacionado con el reconocimiento y pago oportuno de sus cesantías parciales y definitivas de éstos.

Ahora bien, la Ley 1071 de 2006 que modificó y adicionó la Ley 244 de 1995, regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, así como establece sanciones y se fijan términos para su cancelación, disponiendo en lo pertinente:

“(...)

ARTÍCULO 4o. TÉRMINOS. *Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, **deberá expedir la resolución correspondiente**, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.*

PARÁGRAFO. *En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.*

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

ARTÍCULO 5o. MORA EN EL PAGO. *La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o*

parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

PARÁGRAFO. *En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se Normas de las que se deduce que la administración cuenta con 15 días hábiles para proferir el acto administrativo de reconocimiento, cuando medie solicitud de cesantías parciales o definitivas; en firme el acto administrativo de reconocimiento, dentro de los 45 días hábiles se debe surtir el pago de la prestación, so pena de incurrir en mora penalizada con un día de salario por cada día de atraso.*

El H. Consejo de Estado en la sentencia de unificación a la que se ha hecho referencia, respecto a la exigibilidad de la sanción moratoria, estableció varias hipótesis sobre las cuales fijó las siguientes reglas:

i. Hipótesis de falta de pronunciamiento o pronunciamiento tardío:

En el evento en que la administración no resuelva la solicitud de la prestación social –cesantías parciales o definitivas- o lo haga de manera tardía, el término para el cómputo de la sanción moratoria iniciará a partir de la radicación de la petición correspondiente, de manera que se contarán 15 días hábiles para la expedición del acto administrativo de reconocimiento (Art. 4 L. 1071/2006), 10 del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011) [5 días si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984, artículo 51], y 45 días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución. Por consiguiente, al vencimiento de los 70 días hábiles discriminados en precedencia, se causará la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006

ii) Hipótesis de acto escrito que reconoce la cesantía.

Analizó el Consejo de Estado la causación de la penalidad en el evento de que exista acto escrito de parte de la administración que reconoce la cesantía, sí se notifica o no, a través de qué medio o, si se renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, considerando que éstos son los momentos en que legalmente se inicia el término para controvertirlo y después verificar el pago oportuno de la cesantía.

2.5. El Caso Concreto

El artículo 24 de la Ley 640 de 2001 establece que las actas que contienen conciliaciones extrajudiciales en materia de lo contencioso administrativo deben ser

remitidas al juez o corporación que fuere competente para conocer de la acción judicial respectiva, para que apruebe o impruebe el acuerdo conciliatorio.

Para el caso concreto, este Juzgado es el competente para impartir la aprobación del presente acuerdo en primera instancia, en consideración a que este despacho sería el competente para conocer del posible medio de control.

De otro lado, al tenor de lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 446 de 1998 (que adicionó el artículo 65A a la ley 23 de 1991), y a los reiterados pronunciamientos del Consejo de Estado¹ el acuerdo conciliatorio prejudicial se somete a los siguientes supuestos de aprobación:

- a-** La debida representación de las personas que concilian.
- b-** La capacidad o facultad que tengan los representantes o conciliadores para conciliar.
- c-** La disponibilidad de los derechos económicos enunciados por las partes.
- d-** Que no haya operado la caducidad de la acción.
- e-** Que lo reconocido patrimonialmente esté debidamente respaldado en la actuación.
- f-** Que el acuerdo no resulte violatorio de la ley.
- g-** Que el acuerdo no resulte abiertamente lesivo para el patrimonio público (artículo 73 y 81 de la ley 446 de 1998).

Con base en la normativa referida, procede el despacho a verificar la existencia de todos los presupuestos legales necesarios para aprobar el presente acuerdo conciliatorio, aspectos tales como comprobar que se hayan presentado las pruebas necesarias para proceder a la conciliación, que el acuerdo no sea violatorio de la ley y que no resulte lesivo al patrimonio público.

Dentro del trámite de la conciliación extrajudicial se destacan los siguientes documentos:

- Memorial contentivo de la solicitud de trámite de conciliación.
- Adicionalmente los documentos que demuestran la representación judicial de la parte convocante, que habilita al suscriptor de la petición como apoderado judicial.
- Presentaron anexo al memorial contentivo de la solicitud de aprobación de conciliación certificado expedido por la secretaria técnica del Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Ministerio de Educación Nacional con la propuesta conciliatoria en concreto.

¹ Entre otras sentencias: 1) CONSEJO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejero Ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ, Bogotá D.C, veintinueve (29) de enero de dos mil cuatro (2004), Radicación número: 85001-23-31-000-2003-0091-01(25347), Actor: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, Demandado: E.S.E HOSPITAL DE YOPAL. 2)CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejera Ponente: RTUH STELLA CORREA PALACIO, Bogotá, D.C, primero (1) de octubre de dos mil ocho (2008), Radicación número:25000-23-26-000-1997-04620-01(16849), Actor: MANUEL ANTONIO REYES, Demandado: FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE SANTA FE DE BOGOTA.

- Los documentos que demuestran la representación judicial de la entidad, que lo habilita como apoderado judicial del ministerio de educación nacional.

Establecido lo anterior, se pasa a estudiar si hay mérito para aprobar la conciliación presentada:

1-JURISDICCIÓN: Existe para conocer el asunto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 104 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual dispone que esta jurisdicción conoce de las controversias y litigios originados en actos sujetos al derecho administrativo.

2-COMPETENCIA: Existe de conformidad con el numeral 2 del artículo 155 de la Ley 1437 de 2011.

3-CADUCIDAD: En los términos de literal d) del numeral 1 del artículo 164 del CPACA, al tratarse el presente asunto de una solicitud de sanción mora por el pago tardío de las cesantías y la ausencia de respuesta de la entidad convocada, se produjo un acto producto del silencio administrativo, por lo cual la demanda no está sometida a término de caducidad y puede ser presentada en cualquier tiempo.

4-CAPACIDAD PARA SER PARTE Y COMPARECER: Las partes dentro de la audiencia estuvieron representadas por sus apoderados judiciales, facultados expresamente para conciliar.

5-LA DISPONIBILIDAD DE LOS DERECHOS ECONOMICOS ENUNCIADOS POR LAS PARTES: La conciliación versó sobre derechos de índole económico, toda vez que se propuso un acuerdo respecto al monto reclamado por la convocante. A juicio del despacho la suma conciliada por las partes fue inferior a monto solicitado inicialmente ante la Procuraduría, entendiéndose que dicha diferencia fue renunciada por la convocante al aceptar la propuesta del Comité de Conciliación de la convocada, sin que esto signifique un acto arbitrario o ilegal sino, por el contrario, la interpretación del ánimo conciliatorio de las partes, observado en las diligencias de conciliación y la aplicación de los principios de economía procesal y celeridad para evitar un eventual proceso judicial.

6-LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA: Los sujetos conciliantes son personas naturales y jurídicas, a las cuales la ley les da vocación jurídica, además, dentro del expediente se aportaron pruebas (ya relacionadas) que acreditan la legitimidad para la reclamación de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías.

7-QUE EL ACUERDO CONCILIATORIO CUENTE CON LAS PRUEBAS NECESARIAS, NO SEA VIOLATORIAO DE LA LEY O NO RESULTE LESIVO PARA EL PATRIMONIO PUBLICO (ARTICULOS 65 A DE LA LEY 23 DE 1991 Y 73 DE LA LEY 446 DE 1998): La conciliación no está viciada de nulidad absoluta, pues su causa es lícita, su objeto-conflicto de carácter particular y de contenido

patrimonial-está previsto en la ley, su validez no está afectada porque se logró en el despacho competente y se alineó a los parámetros legales y normativa que regula esta figura jurídica.

Con fundamento en el material probatorio, la normativa reguladora de la materia y la jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado, este despacho concluye que en caso de no hacerse efectuado un acuerdo conciliatorio, existirían elementos de juicio para que en un eventual proceso judicial mediante sentencia que pusiera fin a la actuación se ordenara el pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías a la convocante y se condenara a la convocada a pagar el total de la suma pretendida; no siendo lesivo para el patrimonio de la entidad convocada ni violatorio de la ley.

Respecto de los aspectos atrás citados y en el caso bajo estudio se encuentra que hay suficiente prueba indicativa del mérito de la conciliación.

La revisión o estudio por el despacho se circunscribe a verificar que con el acuerdo se hayan presentado las pruebas necesarias para proceder a él, que no sea violatorio de la ley ni resulte lesivo para el patrimonio público, lo que aquí ha quedado debidamente verificado. Los otros aspectos de la conciliación y de los hechos que dieron lugar a ella son de resorte y responsabilidad de la administración.

El acta de acuerdo conciliatorio y la presente providencia aprobatoria tendrán efecto de cosa juzgada y prestarán mérito ejecutivo ante la jurisdicción competente por tratarse de obligaciones contra la entidad convocada.

Con base en lo anterior el despacho impartirá la respectiva aprobación.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales**

3. R E S U E L V E

PRIMERO: APROBAR el acuerdo conciliatorio suscrito por la señora **LUZ AMANDA SEPÚLVEDA GÓMEZ** y **LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** contenido en el acta que data del 28 de junio de 2022 efectuada ante la Procuraduría 28 Judicial II para Asuntos Administrativos, consistente en:

Fecha de solicitud de las cesantías: 20 de abril de 2018
Fecha de pago: 31 de enero de 2019
No. de días de mora: 177
Asignación básica aplicable: \$ 3.397.579
Valor de la mora: \$20.045.604
Valor pagado por vía administrativa (según lo informado por Fiduprevisora S.A.):
\$ 5.209.621
Valor de la mora saldo pendiente: \$14.835.983
Propuesta de acuerdo conciliatorio: \$ 14.835.983 (100%)
Tiempo de pago después de la aprobación judicial de la conciliación: 1
MES (DESPUÉS DE COMUNICADO EL AUTO DE APROBACIÓN
JUDICIAL).

No se reconoce valor alguno por indexación. La presente propuesta de conciliación no causará intereses entre la fecha en que quede en firme el auto aprobatorio judicial y durante el mes siguiente en que se haga efectivo el pago.

SEGUNDO: Tanto el acuerdo conciliatorio llevado a cabo entre las partes, como esta providencia que lo aprueba, tienen efectos de **COSA JUZGADA Y PRESTAN MÉRITO EJECUTIVO.**

TERCERO: Ejecutoriado este auto, **ARCHÍVENSE** las presentes diligencias, previas las anotaciones en el sistema de Información Judicial Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA
JUEZ

Firmado Por:
Claudia Yaneth Muñoz Garcia
Juez
Juzgado Administrativo
001
Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **420f35bc58b76d8cf59882955180f5ca905b066771052e17f6577913831121bd**

Documento generado en 30/09/2022 04:35:20 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

RADICADO:	17001-33-33-001-2022-00249-00
ACTUACIÓN:	CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL
CONVOCANTE:	ESPERANZA ARCILA MEJÍA.
CONVOCADA:	LA NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y DEPARTAMENTO DE CALDAS.
ASUNTO:	APRUEBA CONCILIACIÓN
AUTO:	1464
ESTADO:	102 DEL 03 DE OCTUBRE DE 2022

1. OBJETO A DECIDIR

Procede el Despacho a resolver si se aprueba o imprueba la conciliación llevada a cabo con la intervención de la Procuraduría 181 Judicial I para Asuntos Administrativos el día 21 de julio de 2022, sometida ante este despacho judicial.

2. ANTECEDENTES

2.1. La petición de conciliación

La señora ESPERANZA ARCILA MEJÍA, por intermedio de apoderado presentó solicitud de conciliación extrajudicial, frente a LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y el DEPARTAMENTO DE CALDAS, con el fin de obtener el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días después de haber radicado la solicitud de cesantía.

Como supuestos fácticos, la solicitante manifestó que petitionó a la entidad demandada el día 26 de enero de 2019 el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho, la cual le fue reconocida mediante Resolución No. 1921-6 del 29

de marzo de 2019 y puesta a su disposición el 15 de mayo de 2019, razón por la cual la entidad incurrió en 6 días de mora.

2.2 La conciliación celebrada

El Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio manifestó propuso la siguiente fórmula de arreglo:

“(...) De conformidad con las directrices aprobadas por el Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Ministerio de Educación Nacional, las cuales se encuentran recogidas en el Acuerdo No. 001 de 1 de octubre de 2020 «Por medio del cual se recogen las políticas, lineamientos, directrices, parámetros y reglas aprobados por el Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Ministerio de Educación Nacional en asuntos relacionados con la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio » aprobado en sesión No. 41 de 1 de octubre de 2020, modificado por el Acuerdo No. 001 de 4 de mayo de 2022 «Por el cual se modifica el Acuerdo No. 001 de 1 de febrero de 2021 » y conforme al estudio técnico presentado al comité de conciliación en el cual se informó que no se han realizado pagos administrativos por concepto de la obligación de que trata la presente certificación , la posición del Ministerio es CONCILIAR en la audiencia programada por el Despacho con ocasión a la convocatoria a conciliar promovida por ESPERANZA ARCILA MEJIA con CC 25095606 en contra de la NACION MINISTERIO DE EDUCACION -FOMAG , cuya pretensión es el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de cesantías (CESANTÍA DEFINITIVA) reconocidas mediante Resolución No. 1921-6 de 29 de marzo de 2019. Los parámetros de la propuesta son los siguientes:

Fecha de solicitud de las cesantías: 25 de enero de 2019

Fecha de pago: 15 de mayo de 2019

No. de días de mora: 5

Asignación básica aplicable: \$ 3.197.767

Valor de la mora: \$ 532.960

Propuesta de acuerdo conciliatorio: \$ 532.960 (100%).

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3, numerales 3.2 y 3.5 del Acuerdo No. 001 de 1 octubre de 2020, la presente propuesta se encuentra estructurada conforme a la información suministrada en la convocatoria a conciliar, en razón a que la sanción moratoria es un derecho de carácter discutible y conciliable, que se reclama a través de la denominada justicia rogada. Lo anterior, atendiendo a que corresponde a las entidades estatales la salvaguarda del patrimonio público.

Tiempo de pago después de la aprobación judicial de la conciliación: 1 MES (DESPÙES DE COMUNICADO EL AUTO DE APROBACIÒN JUDICIAL). No se reconoce valor alguno por indexación.

La presente propuesta de conciliación no causará intereses entre la fecha en que quede en firme el auto aprobatorio judicial y durante el mes siguiente en que se haga efectivo el pago.

Se paga la indemnización con cargo a los títulos de tesorería de conformidad con lo establecido en la Ley 1955 de 2019 (Plan Nacional de Desarrollo) y el Decreto 2020 de 2019, y de acuerdo con la adición presupuestal de \$440.000.000.000 aprobada por el Consejo Directivo de FOMAG en sesión ordinaria de 9 de diciembre de 2019.

Por su parte, el DEPARTAMENTO DE CALDAS manifestó:

“(...)Para los presentes casos, recomiendo al Comité NO conciliar toda vez que el pago de las cesantías está en cabeza del Ministerio de Educación Nacional, lo cual realiza a través del FOMAG y la fiduciaria que se encarga de administrar sus recursos; así mismo, en estos casos se tiene que el área de prestaciones sociales cumplió con el termino establecido vigente para cada solicitud, por lo que no le es atribuible ninguna mora en la expedición y pago de las cesantías solicitadas. DECISIÓN DEL COMITÉ DE CONCILIACIÓN: NO presentar fórmula conciliatoria en los presentes casos, pues se observa que la entidad territorial no incurrió en mora, de presentarse mora en el pago, esta se debe al trámite propio del FOMAG (...)”.

Y la parte convocante indicó:

“Acepto la propuesta conciliatoria”.

2.3 Generalidades de la conciliación extrajudicial

La conciliación es un mecanismo alternativo de solución de conflictos por el cual dos o más personas naturales o jurídicas resuelven sus conflictos ante un tercero conocido como conciliador. La ley dispone que los asuntos susceptibles de conciliación son aquellos que sean transigibles, desistibles y aquellos que expresamente ella determina.

Así mismo se clasifica la conciliación en judicial y extrajudicial. En lo que atañe con la conciliación en derecho esta se realiza a través de los conciliadores o ante autoridades en cumplimiento de funciones conciliatorias, siendo la judicial aquella que se realiza ante una autoridad de esta naturaleza.

El Decreto 1069 de 2015, establece que las entidades públicas y las personas privadas que desempeñan funciones propias de los distintos órganos del estado, por intermedio de apoderado, podrán conciliar total o parcialmente *“... sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de los cuales pueda conocer la jurisdicción de lo Contencioso Administrativa a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que los sustituyan ...”*, **hoy artículos 138, 140 y 141, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.**

El artículo 70 de la Ley 446 de 1998 determina que las personas jurídicas de derecho público pueden conciliar total o parcialmente en las etapas prejudicial o judicial.

Por su parte, el Artículo 73 de la misma Ley, aplicable al caso por falta de regulación expresa en el Decreto 1716 de 2009, indica que *“La autoridad judicial improbará el acuerdo conciliatorio cuando no se hayan presentado las pruebas necesarias para ello, sea violatorio de la ley o resulte lesivo para el patrimonio público.”* (Inciso tercero, artículo 65 A Ley 23 de 1991).

Son pues, variadas y numerosas las normas que autorizan y regulan este mecanismo de solución de conflictos en los que se vea inmiscuida una entidad pública, y en ellas mismas se establecen los requisitos para su procedencia:

Son, entonces, requisitos para la aprobación de la conciliación extrajudicial

1. Que no haya caducado la acción respectiva,
1. Que se presenten las pruebas necesarias,
2. Que el acuerdo no quebrante la ley, y
3. Que el mismo, no resulte lesivo para el patrimonio público.

Adicionalmente el artículo 59 de la ley 23 de 1991 establece que las personas jurídicas de derecho público deben conciliar “*a través de sus representantes legales’ y además que la conciliación debe versar sobre ‘conflictos de carácter particular y contenido patrimonial’*”

No sobra mencionar que para los fines procesales, debe cumplirse con todos los requisitos y formalidades preestablecidas para la debida representación de las partes, en especial cuando se trata de ejercer el derecho de postulación.

Corresponde entonces analizar el acuerdo de conciliación que ahora se somete a esta autoridad judicial con el fin de establecer si se cumple con los presupuestos legales para su aprobación, pues como se deja consignado, se hace necesaria la verificación de los supuestos que fundamentan **los extremos de la controversia** y habilitan en legal forma la procedencia del acuerdo.

2.4. Análisis normativo y jurisprudencial acerca de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías en el caso de los docentes

El H. Consejo de Estado en la sentencia SUJ-012-S2, fallo del 18 de julio de 2018, unificó su jurisprudencia en el sentido que a los docentes le son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos, siendo consonante esta posición, con la adoptada por la Corte Constitucional. Al punto explicó

“...Con fundamento en lo expuesto, para la Sección Segunda los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter

*restrictivo encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de **empleados públicos**, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley...*

Así las cosas, se concluye que la Ley 1071 de 2006, es aplicable en su integridad al régimen especial de los docentes, y por tanto, la Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio debe acatar el mandato legal contenido en el art. 2 de la citada normativa, relacionado con el reconocimiento y pago oportuno de sus cesantías parciales y definitivas de éstos.

Ahora bien, la Ley 1071 de 2006 que modificó y adicionó la Ley 244 de 1995, regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, así como establece sanciones y se fijan términos para su cancelación, disponiendo en lo pertinente:

“(..)

ARTÍCULO 4o. TÉRMINOS. *Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, **deberá expedir la resolución correspondiente**, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.*

PARÁGRAFO. *En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.*

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

ARTÍCULO 5o. MORA EN EL PAGO. *La entidad pública pagadora tendrá un **plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles**, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, **para cancelar esta prestación social**, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.*

PARÁGRAFO. *En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, **la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas**, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se Normas de las que se deduce que la administración cuenta con 15 días hábiles para proferir el acto*

administrativo de reconocimiento, cuando medie solicitud de cesantías parciales o definitivas; en firme el acto administrativo de reconocimiento, dentro de los 45 días hábiles se debe surtir el pago de la prestación, so pena de incurrir en mora penalizada con un día de salario por cada día de atraso.

El H. Consejo de Estado en la sentencia de unificación a la que se ha hecho referencia, respecto a la exigibilidad de la sanción moratoria, estableció varias hipótesis sobre las cuales fijó las siguientes reglas:

i. Hipótesis de falta de pronunciamiento o pronunciamiento tardío:

En el evento en que la administración no resuelva la solicitud de la prestación social –*cesantías parciales o definitivas*- o lo haga de manera tardía, el término para el cómputo de la sanción moratoria iniciará a partir de la radicación de la petición correspondiente, de manera que se contarán 15 días hábiles para la expedición del acto administrativo de reconocimiento (Art. 4 L. 1071/2006), 10 del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011) [5 días si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984, artículo 51], y 45 días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución. Por consiguiente, al vencimiento de los 70 días hábiles discriminados en precedencia, se causará la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006

ii) Hipótesis de acto escrito que reconoce la cesantía.

Analizó el Consejo de Estado la causación de la penalidad en el evento de que exista acto escrito de parte de la administración que reconoce la cesantía, sí se notifica o no, a través de qué medio o, si se renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, considerando que éstos son los momentos en que legalmente se inicia el término para controvertirlo y después verificar el pago oportuno de la cesantía.

2.5 El caso concreto

El artículo 24 de la Ley 640 de 2001 establece que las actas que contienen conciliaciones extrajudiciales en materia de lo contencioso administrativo deben ser remitidas al juez o corporación que fuere competente para conocer de la acción judicial respectiva, para que apruebe o impruebe el acuerdo conciliatorio.

Para el caso concreto, este Juzgado es el competente para impartir la aprobación del presente acuerdo en primera instancia, en consideración a que este despacho sería el competente para conocer del posible medio de control.

De otro lado, al tenor de lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 446 de 1998 (que adicionó el artículo 65A a la ley 23 de 1991), y a los reiterados pronunciamientos del Consejo de Estado¹ el acuerdo conciliatorio prejudicial se somete a los siguientes supuestos de aprobación:

- a- La debida representación de las personas que concilian.
- b- La capacidad o facultad que tengan los representantes o conciliadores para conciliar.
- c- La disponibilidad de los derechos económicos enunciados por las partes.
- d- Que no haya operado la caducidad de la acción.
- e- Que lo reconocido patrimonialmente esté debidamente respaldado en la actuación.
- f- Que el acuerdo no resulte violatorio de la ley.
- g- Que el acuerdo no resulte abiertamente lesivo para el patrimonio público (artículo 73 y 81 de la ley 446 de 1998).

Con base en la normativa referida, procede el despacho a verificar la existencia de todos los presupuestos legales necesarios para aprobar el presente acuerdo conciliatorio, aspectos tales como comprobar que se hayan presentado las pruebas necesarias para proceder a la conciliación, que el acuerdo no sea violatorio de la ley y que no resulte lesivo al patrimonio público.

Dentro del trámite de la conciliación extrajudicial se destacan los siguientes documentos:

- Memorial contentivo de la solicitud de trámite de conciliación.
- Adicionalmente los documentos que demuestran la representación judicial de la parte convocante, que habilita al suscriptor de la petición como apoderado judicial.
- Presentaron anexo al memorial contentivo de la solicitud de aprobación de conciliación certificado expedido por la secretaria técnica del Comité de Conciliación

y Defensa Judicial del Ministerio de Educación Nacional con la propuesta conciliatoria en concreto.

- Los documentos que demuestran la representación judicial de la entidad, que lo habilita como apoderado judicial del ministerio de educación nacional.

Establecido lo anterior, se pasa a estudiar si hay mérito para aprobar la conciliación presentada:

1-JURISDICCIÓN: Existe para conocer el asunto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 104 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual dispone que esta jurisdicción conoce de las controversias y litigios originados en actos sujetos al derecho administrativo.

2-COMPETENCIA: Existe de conformidad con el numeral 2 del artículo 155 de la Ley 1437 de 2011.

3-CADUCIDAD: En los términos de literal d) del numeral 1 del artículo 164 del CPACA, al tratarse el presente asunto de una solicitud de sanción mora por el pago tardío de las cesantías y la ausencia de respuesta de la entidad convocada, se produjo un acto producto del silencio administrativo, por lo cual la demanda no está sometida a término de caducidad y puede ser presentada en cualquier tiempo.

4-CAPACIDAD PARA SER PARTE Y COMPARECER: Las partes dentro de la audiencia estuvieron representadas por sus apoderados judiciales, facultados expresamente para conciliar.

5-LA DISPONIBILIDAD DE LOS DERECHOS ECONOMICOS ENUNCIADOS POR LAS PARTES: La conciliación versó sobre derechos de índole económico, toda vez que se propuso un acuerdo respecto al monto reclamado por la convocante. A juicio del despacho la suma conciliada por las partes fue inferior a monto solicitado inicialmente ante la Procuraduría, entendiéndose que dicha diferencia fue renunciada por la convocante al aceptar la propuesta del Comité de Conciliación de

la convocada, sin que esto signifique un acto arbitrario o ilegal sino, por el contrario, la interpretación del ánimo conciliatorio de las partes, observado en las diligencias de conciliación y la aplicación de los principios de economía procesal y celeridad para evitar un eventual proceso judicial.

6-LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA: Los sujetos conciliantes son personas naturales y jurídicas, a las cuales la ley les da vocación jurídica, además, dentro del expediente se aportaron pruebas (ya relacionadas) que acreditan la legitimidad para la reclamación de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías.

7-QUE EL ACUERDO CONCILIATORIO CUENTE CON LAS PRUEBAS NECESARIAS, NO SEA VIOLATORIO DE LA LEY O NO RESULTE LESIVO PARA EL PATRIMONIO PUBLICO (ARTICULOS 65 A DE LA LEY 23 DE 1991 Y 73 DE LA LEY 446 DE 1998): La conciliación no está viciada de nulidad absoluta, pues su causa es lícita, su objeto-conflicto de carácter particular y de contenido patrimonial-está previsto en la ley, su validez no está afectada porque se logró en el despacho competente y se alineó a los parámetros legales y normativa que regula esta figura jurídica.

Con fundamento en el material probatorio, la normativa reguladora de la materia y la jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado, este despacho concluye que en caso de no hacerse efectuado un acuerdo conciliatorio, existirían elementos de juicio para que en un eventual proceso judicial mediante sentencia que pusiera fin a la actuación se ordenara el pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías a la convocante y se condenara a la convocada a pagar el total de la suma pretendida; no siendo lesivo para el patrimonio de la entidad convocada ni violatorio de la ley.

Respecto de los aspectos atrás citados y en el caso bajo estudio se encuentra que hay suficiente prueba indicativa del mérito de la conciliación.

La revisión o estudio por el despacho se circunscribe a verificar que con el acuerdo se hayan presentado las pruebas necesarias para proceder a él, que no sea violatorio de la ley ni resulte lesivo para el patrimonio público, lo que aquí ha quedado debidamente verificado. Los otros aspectos de la conciliación y de los hechos que dieron lugar a ella son de resorte y responsabilidad de la administración.

El acta de acuerdo conciliatorio y la presente providencia aprobatoria tendrán efecto de cosa juzgada y prestarán mérito ejecutivo ante la jurisdicción competente por tratarse de obligaciones contra la entidad convocada.

Con base en lo anterior el despacho impartirá la respectiva aprobación.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales**

R E S U E L V E

PRIMERO: APROBAR el acuerdo conciliatorio suscrito por la señora **ESPERANZA ARCILA MEJÍA** y la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y DEPARTAMENTO DE CALDAS** contenido en el acta que data del 21 de julio de 2022 efectuada ante la Procuraduría 181 Judicial I para Asuntos Administrativos consistente en:

Fecha de solicitud de las cesantías: 25 de enero de 2019

Fecha de pago: 15 de mayo de 2019

No. de días de mora: 5

Asignación básica aplicable: \$ 3.197.767

Valor de la mora: \$ 532.960

Propuesta de acuerdo conciliatorio: \$ 532.960 (100%).

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3, numerales 3.2 y 3.5 del Acuerdo No. 001 de 1 octubre de 2020, la presente propuesta se encuentra estructurada conforme a la información suministrada en la convocatoria a conciliar, en razón a que la sanción moratoria es un derecho de carácter discutible y conciliable, que se reclama a través de la denominada justicia rogada. Lo anterior, atendiendo

a que corresponde a las entidades estatales la salvaguarda del patrimonio público.

Tiempo de pago después de la aprobación judicial de la conciliación: 1 MES (DESPUES DE COMUNICADO EL AUTO DE APROBACION JUDICIAL). No se reconoce valor alguno por indexación.

La presente propuesta de conciliación no causará intereses entre la fecha en que quede en firme el auto aprobatorio judicial y durante el mes siguiente en que se haga efectivo el pago.

Se paga la indemnización con cargo a los títulos de tesorería de conformidad con lo establecido en la Ley 1955 de 2019 (Plan Nacional de Desarrollo) y el Decreto 2020 de 2019, y de acuerdo con la adición presupuestal de \$440.000.000.000 aprobada por el Consejo Directivo de FOMAG en sesión ordinaria de 9 de diciembre de 2019.

SEGUNDO: Tanto el acuerdo conciliatorio llevado a cabo entre las partes, como esta providencia que lo aprueba, tienen efectos de **COSA JUZGADA Y PRESTAN MÉRITO EJECUTIVO.**

TERCERO: Ejecutoriado este auto, **ARCHÍVENSE** las presentes diligencias, previas las anotaciones en el sistema de Información Judicial Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA

JUEZ

Firmado Por:

Claudia Yaneth Muñoz Garcia

Juez

Juzgado Administrativo

001

Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **0945093c4ea750849c60871930166debeddbb4bcb7ab3be4bac7fbad1dafbf39**

Documento generado en 30/09/2022 04:35:21 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>