

Sentencia 1ª instancia.
Radicado: 73001-33-33-005-2019-00255-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Parte demandante: Rafael Hernández Madrigal
Parte demandada: Municipio de Ibagué



Rama Judicial
República de Colombia

JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, dieciocho (18) de junio de dos mil veintiuno (2021).

Radicado: 73001-33-33-005-2019-00255-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Parte demandante: Rafael Hernández Madrigal
Parte demandada: Municipio de Ibagué

Surtido el trámite correspondiente ajustado al procedimiento establecido en el Decreto Legislativo 806 de 2020, sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, el Despacho¹ profiere la decisión de mérito y que en derecho corresponda dentro del presente medio de control.

1. Antecedentes:

1.1 De la Demanda.

El señor **Rafael Hernández Madrigal** actuando por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho establecido en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, promovió demanda contra el Municipio de Ibagué, tendiente a obtener mediante sentencia judicial, un pronunciamiento favorable sobre las siguientes:

1.2 Pretensiones

1.2.1 Declarar la nulidad del acto administrativo ficto o presunto derivado de la petición de fecha 2 de febrero de 2018, con radicado Nro. 2018-8798.

1.2.2 Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se condene al Municipio de Ibagué al reconocimiento y pago de las horas extras laboradas como docente en la jornada nocturna de la Institución Educativa “Jorge Eliecer Gaitán” de la ciudad de Ibagué, correspondientes a los meses de mayo, junio, julio, agosto y septiembre de 2015.

1.2.3 Que se ordene la indexación de las sumas debidas, según lo establece la Ley 1437 de 2011.

1.2.4 Que se ordene el reconocimiento y pago de intereses moratorios desde que la obligación se hizo exigible.

¹ Atendiendo las pautas establecidas desde el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, mediante el cual se imparten instrucciones en virtud del “Estado de Emergencia económico, social y ecológico” decretado en el territorio nacional, y con fundamento en los estragos de la pavorosa plaga clasificada como SARS-CoV-2 por las autoridades sanitarias mundiales de la OMS, causante de lo que se conoce como la enfermedad del Covid-19 o popularmente “coronavirus”; y desde el Acuerdo PCSJA20-11526 del 22 de marzo de 2020, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante el cual se tomaron medidas por motivos de salubridad pública, **la presente providencia fue discutida y aprobada por la el Juzgado a través de correo electrónico y se notifica a las partes por el mismo medio.**

1.2.5 Que se condene en costas a la autoridad demandada.

Como presupuestos fácticos de sus pretensiones la parte demandante narró los siguientes,

1.3 Hechos:

1.3.1 El señor **Rafael Hernández Madrigal** está vinculado como docente oficial desde el año 1973, y el 16 de abril de 2015 fue trasladado e incorporado en la planta de personal docente del Municipio de Ibagué – Secretaría de Educación en el cargo de directivo docente - coordinador en la Institución Educativa “Jorge Eliecer Gaitán” Sede Calarcá.

1.3.2 En ejercicio de sus funciones, fue encargado verbalmente por el rector de la institución para la creación, organización y funcionamiento de la jornada nocturna. Entre finales del mes de abril y mediados del mes de mayo de 2015 se estructuró y aprobó el plan de estudios ante los respectivos consejos académicos y directivos.

1.3.3 Por Resolución Nro. 009 de 29 de abril de 2015, la rectoría de la institución fijó la jornada nocturna y los costos educativos para el año 2015. El 2 de mayo de 2015, se iniciaron actividades académicas por autorización verbal del rector de la institución en la modalidad de horas extras, en la cual participaron el demandante, otros docentes y estudiantes.

1.3.4 Para la segunda quincena del mes de mayo de 2015, la Secretaría de Educación del Municipio de Ibagué indicó que para poder dar inicio a la jornada nocturna en el año 2015, el rector debió solicitar visita previa del municipio, no obstante se indicó que por su conducto se presentaría el proyecto correspondiente.

1.3.5 El demandante prestó sus servicios en la jornada nocturna por la modalidad de horas extras por los meses de mayo, junio, julio, agosto y septiembre del año 2015 en la institución educativa “Jorge Eliecer Gaitán”, sin que a la fecha se le hubiere pagado ese trabajo extra.

1.3.6 Por Resolución Nro. 105000002956 del 30 de septiembre de 2015 el Municipio de Ibagué – Secretaría de Educación concedió licencia a la educación de adultos para la jornada nocturna en la institución educativa “Jorge Eliecer Gaitán” sede Calarcá.

1.3.7 El horario de trabajo en el cual se prestó el servicio fue de 6:45pm a 10:00pm, de lunes a viernes, y según el Decreto 1092 de 2015 el monto de la hora extra para la categoría 13, en el año 2015 para los docentes nombrados por el decreto 2277 es el equivalente a 10.573 pesos.

1.3.8 Por petición del 2 de febrero de 2018, con radicado Nro. 2018-8798, solicitó el reconocimiento y pago del anterior trabajo suplementario, sin que a la fecha se hubiera dado respuesta.

2. Trámite Procesal.

La demanda se presentó el 18 de junio de 2019 (fl.1). Por auto de 31 de julio de 2019 se inadmitió (fl. 115) y posteriormente, el Juzgado por auto del 8 de octubre del

Sentencia 1ª instancia.
Radicado: 73001-33-33-005-2019-00255-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Parte demandante: Rafael Hernández Madrigal
Parte demandada: Municipio de Ibagué

mismo año la admitió y ordenó su notificación a la parte demandada y al Ministerio Público (fl. 130).

2.1. Contestación de la Demanda Municipio de Ibagué.

El Municipio de Ibagué, pese a estar debidamente notificado del auto que admitió la demanda, no la contestó como se observa en las constancias secretariales en folios 135 a 139 del expediente.

2.2. Ajuste del trámite al Decreto Legislativo 806 de 2020

Por auto del 4 de septiembre de 2020, el Despacho adecuó el trámite de este proceso a las previsiones del Decreto Legislativo 806 de 2020, indicando que el presente asunto es de puro derecho y decretó e incorporó los medios de prueba aportados y solicitados por las partes y los que consideró de oficio (fls. 143 a 144).

Por auto del 14 de mayo de 2021 el Despacho declaró precluido el término probatorio y concedió a las partes el término común de 10 días para que presentaran por escrito los alegatos de conclusión. El mismo término se concedió al Ministerio Público, para que, si lo consideraba, presentara concepto (fls. 152 a 153).

2.3. Alegatos de Conclusión

Ninguna de las partes presentó alegatos de conclusión, ni el Ministerio Público presentó concepto, como se observa en la constancia secretarial en folio 160 del expediente.

Surtido el trámite procesal en debida forma, el Juzgado procede a resolver el fondo del presente asunto y lo que en derecho corresponda, previas las siguientes:

3. Consideraciones

El problema jurídico por resolver consiste en determinar ¿Si el acto administrativo demandado ficto o presunto negativo producto de la petición con radicado Nro. 2018-8798 del 2 de febrero de 2018, está ajustado o no a derecho, para lo cual deberá examinarse si el demandante en su calidad de docente oficial, según el régimen salarial y prestacional específico, tiene o no derecho al reconocimiento y pago de las horas extras laboradas en la jornada nocturna de la Institución Educativa “Jorge Eliecer Gaitán” de la ciudad de Ibagué, correspondientes a los meses de mayo, junio, julio, agosto y septiembre de 2015?

Tesis parte demandante

El señor **Rafael Hernández Madrigal** tiene derecho al reconocimiento y pago de las horas extras laboradas por los meses de mayo, junio, julio, agosto y septiembre de 2015 en la jornada nocturna de la Institución Educativa “Jorge Eliecer Gaitán”.

Tesis del Despacho

Para el Despacho una vez analizados los argumentos de hecho y derecho de la demanda, y luego de la valoración en conjunto de los medios de prueba regular y oportunamente allegados al proceso, no es posible acceder a las pretensiones de la demanda, por cuanto no se demostró en el proceso que **i.** la Institución Educativa “Jorge Eliecer Gaitán” del Municipio de Ibagué estuviera habilitada para el funcionamiento de la jornada nocturna; **ii.** existían gestiones previas a la expedición de la habilitación entre el Rector de la institución y el Municipio de Ibagué para

permitir de manera transitoria el funcionamiento de la jornada nocturna en la institución y la necesidad de vincular docentes para el ejercicio de la labor en la jornada nocturna; **iii.** el Rector asignara conforme a la ley las horas extras; **iv.** existiera autorización y disponibilidad presupuestal expedida por el funcionario competente de la entidad territorial certificada para hacer la asignación de horas extras; **vi.** el tipo de vinculación del demandante con la Institución Educativa “Jorge Eliecer Gaitán” del Municipio de Ibagué, incumpliendo a su vez la parte demandante con la carga de la prueba de su incumbencia.

Marco normativo y jurisprudencial.

La Ley 91 de 1989² regula lo atinente a las prestaciones sociales del personal vinculado al Magisterio como cesantías y vacaciones, así como el régimen pensional de los docentes, entre otros aspectos.

El artículo 1 hace la siguiente distinción en cuanto al personal docente: *“Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:*

1. *Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.*
2. *Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.*
3. *Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.”*

De manera que docentes nacionales son aquellos que se vinculan por nombramiento del Gobierno Nacional, y docentes nacionalizados son aquellos que se vinculan por nombramiento de la entidad territorial antes de 1 de enero de 1975, y los que se vinculen a partir de esa fecha, según el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.

El artículo 4 *Ibidem* indica que *“El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del artículo 2, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. (...).”*³

A su vez, el artículo 2º dispuso que *“De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:*

1.- *Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, así como los reajustes y la sustitución de pensiones son de cargo de la Caja Nacional de Previsión Social y el Fondo Nacional del Ahorro y en consecuencia seguirán siendo pagadas por dichas entidades, o las que hicieren sus veces.*

2.- *Las prestaciones sociales del personal nacionalizado causadas hasta el 31 de diciembre de 1975, así como los reajustes y la sustitución de pensiones, son de cargo de las respectivas entidades territoriales o las cajas de previsión, o las entidades que hicieren sus veces, a las cuales venía vinculado este personal y, en consecuencia, seguirán siendo pagadas por dichas*

² Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

³ La entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989 lo fue el 29 de diciembre de 1989.

entidades.

3.- Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas en el período correspondiente al proceso de nacionalización (1 de enero de 1976 a 31 de diciembre de 1980), así como los reajustes y la sustitución de pensiones, son de cargo de la Nación o de las respectivas entidades territoriales o de las cajas de previsión, o de las entidades que hicieron sus veces. La Nación pagará, pero estas entidades contribuirán, por este período, con los aportes de ley, para la cancelación de las prestaciones sociales en los mismos porcentajes definidos en el artículo 3 de la Ley 43 de 1975.

4.- Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas y no pagadas en el período comprendido entre el 1 de enero de 1981 y la fecha de promulgación de la presente Ley, serán reconocidas y pagadas por las respectivas entidades territoriales o las cajas de previsión social, o las entidades que hicieron sus veces, a las cuales estaba vinculado dicho personal.

(...).

5.- Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieron sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.

Parágrafo - Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975."

Mas adelante, el artículo 15 indicó que a partir de la vigencia de la ley, al personal docente nacional y nacionalizado que se vincule con posterioridad a 1 de enero de 1990, les serán aplicadas las siguientes disposiciones:

Para los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantienen el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes; para los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

La organización territorial supone también la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales, competencias que deben ser ejercidas con sujeción a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley (Art. 288 Constitución Política). En virtud de lo anterior se expidió la Ley 60 de 1993⁴ que atribuyó a las entidades territoriales

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

competencia para administrar los servicios educativos estatales.

Respecto de los municipios, estableció el artículo 2 que *“Corresponde a los municipios, a través de las dependencias de su organización central o de las entidades descentralizadas municipales competentes, en su carácter de entidades ejecutoras principales de las acciones en materia social, dirigir, prestar o participar en la prestación de los servicios directamente, conforme a la ley, a las normas técnicas de carácter nacional, a las ordenanzas y a los respectivos acuerdos municipales, así:*

1.- En el sector educativo, conforme a la Constitución Política y a las disposiciones legales sobre la materia:

- Administrar los servicios educativos estatales de educación preescolar, básica primaria y secundaria y media.

- Financiar las inversiones necesarias en infraestructura y dotación y asegurar su mantenimiento y participar con recursos propios y con las participaciones municipales en la financiación de los servicios educativos estatales y en la cofinanciación de programas y proyectos educativos.

- Ejercer la inspección y vigilancia, supervisión y la evaluación de los servicios educativos estatales.

En relación con los Departamentos, el artículo 3 *ibídem* le atribuyó competencias para dirigir y administrar directa y conjuntamente con sus municipios la prestación de los servicios educativos estatales en los niveles de preescolar, básica primaria y secundaria y media así como para financiar y cofinanciar los servicios educativos estatales y las inversiones de infraestructura y dotación.

Igualmente, se les facultó para asumir funciones de administración, programación y distribución de los recursos del situado fiscal para la prestación de los servicios educativos estatales; promover y evaluar la oferta de capacitación y actualización de los docentes y regular, en concurrencia con el municipio, la prestación de los servicios educativos estatales, así como ejercer la inspección, vigilancia y la supervisión y evaluación de esos servicios. Además, le compete incorporar a las estructuras y a las plantas departamentales las oficinas de escalafón, los fondos educativos regionales, centros experimentales piloto y los centros auxiliares de servicios docentes.

El artículo 3 dispuso que la prestación de los servicios educativos estatales y las obligaciones correspondientes con cargo a los recursos del situado fiscal se realiza por los departamentos, caso en el cual los establecimientos educativos y la planta de personal tendrán carácter departamental, distribuida por municipios, de acuerdo con las necesidades de prestación del servicio y regida por las reglas de administración del personal docente y administrativo.

En cuanto al régimen de administración de personal, el artículo 6 estableció que *“Corresponde a la ley y a sus reglamentos, señalar los criterios, régimen y reglas para la organización de plantas de personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales.*

Ningún departamento, distrito o municipio podrá vincular docentes y administrativos sin el lleno de los requisitos del estatuto docente y la carrera administrativa, respectivamente, ni

por fuera de las plantas de personal que cada entidad territorial adopte. (...)."

Con la citada ley se dio apertura al proceso de descentralización de la educación, lo cual permitió pasar de un proceso de nacionalización de esta a uno de otorgamiento de competencias a las entidades territoriales para su administración, lo que a su turno conllevó la entrega de personal, bienes y establecimientos educativos por parte de la Nación a las entidades territoriales. A su vez, los incisos 4 y 6 del artículo citado señalaron respecto del régimen salarial y prestacional docente, respectivamente, "(...). *El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.*

(...).

El régimen de remuneración y las escalas salariales de todos los docentes de los servicios educativos estatales, que en adelante tendrán carácter de servidores públicos de régimen especial de los órdenes departamental, distrital o municipal, se regirá por el Decreto-ley 2277 de 1979 y demás normas que lo modifiquen y adicionen. Igualmente, sus reajustes salariales serán definidos de conformidad con la Ley 4a. de 1992.

(...)."

La Ley 115 de 1994⁵ determinó en el artículo 115 que "*El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente Ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la Ley 60 de 1993 y en la presente ley. (...).*"

El artículo 2 del decreto 2277 de 1979 definió la labor docente como "*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 educandos, 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.*"

El Decreto 179 de 1982 determinó y definió los cargos docentes directivos, y reguló la jornada laboral, asignación académica y otras disposiciones relacionadas con el trabajo de los funcionarios docentes directivos y docentes, en los establecimientos oficiales de educación preescolar, básica y media vocacional.

El artículo 3, respecto de la jornada laboral, indicó "*Jornada laboral. La jornada laboral de los docentes directivos y docentes de los establecimientos oficiales de educación pre-escolar básica primaria y secundaria y media vocacional es el tiempo que deben dedicar a las labores específicas de administración, al cumplimiento del calendario y desarrollo del currículo escolar a la atención y preparación de su asignación académica, a la investigación de asuntos*

⁵ Por la cual se expide la ley general de educación.

Sentencia 1ª instancia.
Radicado: 73001-33-33-005-2019-00255-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Parte demandante: Rafael Hernández Madrigal
Parte demandada: Municipio de Ibagué

pedagógicos, a las labores de orientación, disciplina y formación de alumnos, todo de acuerdo con lo reglamentos y ordenes de las autoridades educativas competentes.

*Los docentes y directivos docentes deberán permanecer en la institución durante toda la jornada diaria de trabajo la cual estará **determinada por los planes de estudio vigentes.***

*Los Supervisores de Educación Jefes de Distrito, Directores de Núcleo y docentes en comisión cumplirán la jornada de trabajo **establecida en la dependencia administrativa a la cual se hallaren vinculados.***

Parágrafo: Los directivos docentes bajo cuya responsabilidad se encuentran la atención de dos jornadas en tal forma que dediquen a la correcta y eficiente administración del mismo un tiempo mínimo de ocho (8) horas diarias."

Al rector de cada establecimiento educativo le compete distribuir el personal bajo su dirección, de acuerdo con las características, necesidades, funciones propias de sus cargos y disposiciones legales pertinentes (Artículo 4).

En relación con las obligaciones académicas a cargo del personal directivo y docente de los establecimientos oficiales educativos, en los niveles de educación preescolar y de básica primaria, y de educación básica secundaria y media vocacional el artículo 5 del decreto en comento indicó:

"Niveles de educación preescolar y de básica primaria:

Personal directivo:

a) Los directores de escuela así como los directores de establecimientos de educación preescolar que tengan hasta cinco (5) grupos además de las funciones de dirección atenderán las clases de uno de dichos grupos. Con más de cinco (5) grupos, sólo ejercerán las funciones de dirección.

b) Los directores de núcleos e internados escolares colonias escolares de vacaciones, escuelas piloto, directores de anexas y afiliadas a los establecimientos de educación media, modalidad bachillerato pedagógico se dedicarán exclusivamente a las funciones de dirección y administración de tales instituciones.

Personal docente:

a) Los docentes de estos niveles atenderán treinta (30) horas de clase semanales y cumplirán las demás actividades programadas por la institución y propias de su cargo.

b) Los maestros de práctica docente de las anexas afiliado a los establecimientos de educación media modalidad bachillerato de carácter oficial, distribuirán las treinta (30) horas de clase dirigidas y supervisadas de acuerdo con los programas de práctica docente establecidos en cada institución.

Nivel de educación básica secundaria y media vocacional.

Personal directivo.

Los docentes directivos deberán atender además de las funciones propias de su cargo las siguientes horas de clase en una o más jornadas escolares, preferentemente en los cursos superiores.

Sentencia 1ª instancia.
Radicado: 73001-33-33-005-2019-00255-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Parte demandante: Rafael Hernández Madrigal
Parte demandada: Municipio de Ibagué

1º. Si la institución tiene entre 501 y 1.000 alumnos

Rector, hasta seis (6) horas semanales.

Coordinador académico y de disciplina, hasta diez (10) horas semanales.

2º. Si la institución tiene hasta 500 alumnos:

Rector, hasta seis (6) horas semanales

Coordinador académico hasta diez (10) horas semanales.

3º. Si la institución tiene más de 1.000 alumnos, los directores docentes cumplirán solamente las funciones semanales.

Cuando los Jefes de Unidad Docente y Coordinadores de Disciplina atiendan la administración general de más de 600 y menos de 1.000 alumnos tendrán a su cargo entre tres (3) y nueve (9) horas semanales.

Personal Docente:

a) Los Jefes de Departamento además de atender la administración del currículo a su cargo y las funciones propias del mismo atenderán:

Hasta doce (12) horas de clase, si el departamento tiene entre diez (10) y veinte (20) profesores.

Hasta ocho (8) horas de clase si el departamento tiene veintiuno (21) y treinta (30) profesores.

Hasta cinco (5) horas de clase si el departamento tiene más de treinta (30) profesores.

Se entiende por Departamentalización Docente la agrupación de educadores de un área currículo determinada para efectos de coordinación académica interna.

La Departamentalización Docente la agrupación será dispuesta por el Ministerio de Educación directamente o a través de las Juntas Administradoras de los Fondos Educativos Regionales cuando las necesidades del servicio lo justifiquen. En ningún caso podrán crearse departamentos que agrupen menos de diez (10) profesores:

b) Los profesores de tiempo completo, sin dirección de grupo atenderán veinticuatro (24) horas de clase semanales y en las horas estantes cumplirán las demás actividades programadas por la institución, de conformidad con las exigencias del plan de estudios.

Los profesores de tiempo completo sin dirección de grupo atenderán veinticuatro (24) horas de clase semanales y en las demás actividades exigencias por la institución de conformidad con las exigencias del plan de estudios.

Los profesores de tiempo completo con dirección de grupo atenderán veinte (20) horas de clase semanales y en el tiempo restante cumplirán con las exigencias del plan de estudios.

c) Los docentes encargados de los talleres en los planteles que ofrezcan la modalidad industrial atenderán veinte (20) horas de clase semanales y los compete dirigir las labores de

Sentencia 1ª instancia.
Radicado: 73001-33-33-005-2019-00255-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Parte demandante: Rafael Hernández Madrigal
Parte demandada: Municipio de Ibagué

mantenimiento y reparación de los equipos: demás cumplirán con las demás funciones inherentes a su cargo de conformidad con las exigencias del plan de estudios.

d) Los docentes asignados al área agropecuaria y de promoción social les corresponde dedicar el esto de la jornada laboral al planteamiento programación y ejecución de las "Proyectos dirigidos y supervisados" y demás actividades propias del área técnica programadas por la institución de conformidad con las exigencias el plan de estudios.

e) Los capellanes profesionales además de las funciones específicas del cargo deberán atender catorce (14) horas semanales de clase en el área de educación religiosa.

f) Los docentes que desempeñen funciones de coordinación de internos atenderán ocho (8) horas de clase semanales además del desempeño de sus funciones específicas.

Los profesores de tiempo completo que disfruten del beneficio de internado del plantel reemplazarán por turnos preestablecidos al Coordinador de Internos, en los días no festivos de la semana a fin de que dicho Coordinador atienda a los alumnos internos preferencialmente los sábados, domingos y feriados.

g) Los docentes que desempeñen funciones de consejería y orientación de alumnos además del desempeño de sus funciones específicas del cargo deberán atender diez (10) horas semanales de clase.

Parágrafo Segundo. Cada una de las horas de clase semanales previstas en esta norma tendrá una duración del cuarenta y cinco (45) minutos."

El Decreto 1850 de 2002, reglamentó la organización de la jornada escolar y la jornada laboral de directivos docentes y docentes de los establecimientos educativos estatales de educación formal, administrados por los departamentos, distritos y municipios certificados.

El artículo 1 definió la jornada escolar como "...el tiempo diario que dedica el establecimiento educativo a sus estudiantes en la prestación directa del servicio público educativo, de conformidad con las normas vigentes sobre calendario académico y con el plan de estudios." En relación con el horario de la jornada escolar, el artículo 2 dispuso que este "...será definido por el rector o director, al comienzo de cada año lectivo, de conformidad con las normas vigentes, el proyecto educativo institucional y el plan de estudios, y debe cumplirse durante las cuarenta (40) semanas lectivas establecidas por la Ley 115 de 1994 y fijadas por el calendario académico de la respectiva entidad territorial certificada.

El horario de la jornada escolar debe permitir a los estudiantes, el cumplimiento de las siguientes intensidades horarias mínimas, semanales y anuales, de actividades pedagógicas relacionadas con las áreas obligatorias y fundamentales y con las asignaturas optativas, para cada uno de los grados de la educación básica y media, las cuales se contabilizarán en horas efectivas de sesenta (60) minutos.

	Horas semanales	Horas anuales
Básica primaria	25	1.000
Básica secundaria y media	30	1.200

Parágrafo 1º. En concordancia con los artículos 23 y 31 de la Ley 115 de 1994, como mínimo el 80% de las intensidades semanales y anuales señaladas en el presente artículo serán

Sentencia 1ª instancia.
Radicado: 73001-33-33-005-2019-00255-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Parte demandante: Rafael Hernández Madrigal
Parte demandada: Municipio de Ibagué

dedicadas por el establecimiento educativo al desarrollo de las áreas obligatorias y fundamentales.

Parágrafo 2°. La intensidad horaria para el nivel preescolar será como mínimo de veinte (20) horas semanales efectivas de trabajo con estudiantes, las cuales serán fijadas y distribuidas por el rector o director del establecimiento educativo."

Frente a los periodos de clase, el artículo 4 indicó que *"Son las unidades de tiempo en que se divide la jornada escolar para realizar las actividades pedagógicas propias del desarrollo de las áreas obligatorias y fundamentales y de las asignaturas optativas contempladas en el plan de estudios.*

Los períodos de clase serán definidos por el rector o director del establecimiento educativo al comienzo de cada año lectivo y pueden tener duraciones diferentes de acuerdo con el plan de estudios, siempre y cuando el total semanal y anual, contabilizado en horas efectivas, sea igual a la intensidad mínima definida en el artículo 2 del presente Decreto."

Ya en cuanto a los establecimientos educativos con varias jornadas escolares, el artículo 4 dispuso que *"...los rectores de los establecimientos educativos que por necesidades del servicio vienen atendiendo más de una jornada escolar, definirán y desarrollarán, con el apoyo de las entidades territoriales certificadas, estrategias o actividades para cumplir con las treinta (30) horas semanales y las mil doscientas (1.200) horas anuales definidas para la educación básica secundaria y media en el artículo 2° del presente decreto, las cuales distribuirá el rector a los docentes de la institución, al comienzo de cada año lectivo en forma diaria o semanal, dentro o fuera de los mismos establecimientos educativos."*

Respecto de la jornada laboral de los docentes, el artículo 9° señaló *"Es el tiempo que dedican los docentes al cumplimiento de la asignación académica; a la ejecución de actividades curriculares complementarias tales como la administración del proceso educativo; la preparación de su tarea académica; la evaluación, la calificación, planeación, disciplina y formación de los alumnos; las reuniones de profesores generales o por área; la dirección de grupo y servicio de orientación estudiantil; la atención de la comunidad, en especial de los padres de familia; las actividades formativas, culturales y deportivas contempladas en el proyecto educativo institucional; la realización de otras actividades vinculadas con organismos o instituciones del sector que incidan directa e indirectamente en la educación; actividades de investigación y actualización pedagógica relacionadas con el proyecto educativo institucional; y actividades de planeación y evaluación institucional."*

En el artículo 11 se indicó que los directivos docentes y los docentes de los establecimientos educativos estatales deberán dedicar todo el tiempo de su jornada laboral al desarrollo de las funciones propias de sus cargos con una dedicación mínima de 8 horas diarias, y que *"El tiempo que dedicarán los docentes al cumplimiento de su asignación académica y a la ejecución de actividades curriculares complementarias en el establecimiento educativo será como mínimo de seis (6) horas diarias, las cuales serán distribuidas por el rector o director de acuerdo con lo establecido en el artículo 7° del presente decreto. Para completar el tiempo restante de la jornada laboral, los docentes realizarán fuera o dentro de la institución educativa actividades propias de su cargo, indicadas en el artículo 9 del presente Decreto como actividades curriculares complementarias.*

Parágrafo 1°. Los directivos docentes, rectores y coordinadores, de las instituciones educativas integradas de acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo 4 del artículo 9 de la Ley 715 de 2001, distribuirán su permanencia en las jornadas o plantas físicas a su cargo, de tal manera que dediquen como mínimo ocho (8) horas diarias al cumplimiento de sus funciones en el establecimiento educativo.

Sentencia 1ª instancia.
Radicado: 73001-33-33-005-2019-00255-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Parte demandante: Rafael Hernández Madrigal
Parte demandada: Municipio de Ibagué

Parágrafo 2º. Los orientadores escolares cumplirán sus funciones de apoyo al servicio de orientación estudiantil conforme al horario que les asigne el rector, el cual será como mínimo de ocho (8) horas diarias en el establecimiento educativo."

Debe indicarse, que las disposiciones del decreto en comento fueron incorporadas en el Decreto 1075 de 2015 *"por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Educación."*

De otra parte, mediante el Decreto 1092 de 2015 se modifica la remuneración de los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media que se rigen por el Decreto Ley 2277 de 1979.

En relación con el trabajo docente por hora extra, el artículo 14 señaló que *"El servicio por hora extra efectiva de sesenta (60) minutos cada una, es aquel que asigna el rector o director rural a un docente de tiempo completo por encima de las treinta (30) horas semanales de permanencia en el establecimiento educativo, que constituyen parte de la jornada laboral ordinaria que le corresponda, según las normas vigentes. Estas horas extras solamente procederán cuando la atención de labores académicas en el aula, no pueda ser asumida por otro docente dentro de su asignación académica reglamentaria.*

El rector solamente podrá asignar horas extras a un directivo docente - coordinador por encima de las ocho (8) horas diarias que deberá permanecer en la institución y solamente para la atención de funciones propias de su cargo. Para el coordinador, el servicio por hora extra no procederá para atender asignación académica.

No procede la asignación y reconocimiento de horas extras para el rector o director rural establecimiento educativo.

El servicio de hora extra que se asigne a un docente de tiempo completo o a un directivo docente - coordinador no podrá superar diez (10) horas semanales en jornada diurna o veinte (20) horas semanales tratándose de jornada nocturna.

Para asignar horas extras, el rector o director rural deberá solicitar y obtener la autorización y la disponibilidad presupuestal expedida por el funcionario competente de la entidad territorial certificada. Sin el cumplimiento de este requisito, el rector o director rural no puede asignar horas extras.

Cuando por motivo de incapacidad médica, licencia por maternidad, o licencia no remunerada se generen vacantes temporales que no puedan ser cubiertas mediante nombramiento provisional, habrá lugar a la asignación de horas extras para la prestación del servicio correspondiente, las cuales se imputarán a la disponibilidad presupuestal expedida para el pago de la nómina de la planta de personal docente; en consecuencia, no requieren la expedición de nueva disponibilidad presupuestal.

En ningún caso, la autoridad nominadora podrá autorizar horas extras en el acto administrativo de nombramiento de un docente o directivo docente o en otro acto relativo a situaciones administrativas."

Caso concreto.

Corresponde verificar si es procedente, si el demandante en su calidad de docente oficial, según el régimen salarial y prestacional específico, tiene o no derecho al reconocimiento y pago de las horas extras laboradas en la jornada nocturna de la Institución Educativa "Jorge Eliecer Gaitán" de la ciudad de Ibagué,

Sentencia 1ª instancia.
Radicado: 73001-33-33-005-2019-00255-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Parte demandante: Rafael Hernández Madrigal
Parte demandada: Municipio de Ibagué

correspondientes a los meses de mayo, junio, julio, agosto y septiembre de 2015.

Está acreditado que mediante Decreto Nro. 474 de 21 de agosto de 1973 el Secretario del Departamento del Tolima nombró al señor **Rafael Hernández Madrigal** en el cargo de Director del Colegio Departamental de Educación Media del Municipio de Planadas y en la misma fecha tomó posesión del cargo (fls. 25 a 27).

Por Resolución Nro. 15897 de 31 de agosto de 1983 el Ministerio de Educación Nacional nombró al señor **Rafael Hernández Madrigal** en el cargo de Instructor A del Área Industrial en el Centro Auxiliar de Servicios Docentes – C.A.S.D. de Ibagué del cual tomó posesión el 1 de septiembre de 1983 (fls. 28 a 29).

Por Resolución Nro. 71-1019 de 21 de junio de 2010 el señor **Rafael Hernández Madrigal** fue trasladado a la sede de la Institución Educativa Santiago Villa Escobar; mediante Decreto Nro. 1092-1116 de 26 de mayo de 2015 fue reubicado por dependencia a la Sede Joaquín París hasta el 14 de julio de 2016, según formato único para la expedición de certificado de historia laboral del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fls. 33 a 36).

Mediante Resolución Nro. 1050-00002956 de 30 de septiembre de 2015 *“Por la cual se autoriza el funcionamiento de la jornada nocturna en la sede CALARCA de la Institución Educativa “JORGE ELIECER GAITÁN” el Municipio de Ibagué – Secretaría de Educación Municipal concedió “...licencia de iniciación de labores en la educación de adultos según Decreto 3011 de 1997, ciclos I y II de la Básica Primaria (1 a 5), ciclos III y IV de Educación Básica Secundaria (6 a 9) y ciclos I y II de la educación media (grados 10 y 11) jornada nocturna a la Institución Educativa “JORGE ELIECER GAITÁN” sede CALARCA (...) del Municipio de Ibagué (...) de naturaleza oficial, (...), calendario A de propiedad del Municipio de Ibagué bajo la dirección del Magister MILLER RAMÍREZ TRUJILLO (...).”* (fl. 46).

También se aportaron los reportes o informes de horas extras en la jornada nocturna presentados por el señor Hernán Javier Villanueva Rincón en su calidad de Coordinador Jornada Nocturna de la Institución Educativa “Jorge Eliecer Gaitán” de Ibagué y dirigidos al señor Miller Ramírez Trujillo, Rector de la Institución Educativa “Jorge Eliecer Gaitán” de Ibagué, mediante el cual relaciona el número de horas extras de la jornada laboral nocturna laboradas por el señor **Rafael Hernández Madrigal** en el mes de mayo, julio, agosto, septiembre de 2015 y marzo de 2016 (fls. 47 a 51).

Se allegó una planilla de reporte de horas extras eventuales de un personal docente de fecha 4 de abril de 2015, certificando el mes de marzo de 2015, suscrita por el señor Miller Ramírez Trujillo, Rector de la Institución Educativa “Jorge Eliecer Gaitán” en la que indica que el señor **Rafael Hernández Madrigal** laboró 30 horas extras en la jornada nocturna de la institución (fl. 52).

A su vez, obran en el proceso las planillas de control de clases en la institución educativa “Jorge Eliecer Gaitán” de Ibagué por el año 2016, ciclos 2, 3, 4-1, 4-2, 5 y 6 en las que figura como docente el señor **Rafael Hernández Madrigal** (fls. 53 a 113).

Con fundamento en los anteriores medios de prueba, para el Despacho está demostrado que el señor **Rafael Hernández Madrigal** estuvo vinculado como docente oficial desde el 21 de agosto de 1973 hasta el 14 de julio de 2016, según formato único para la expedición de certificado de historia laboral del Fondo

Sentencia 1ª instancia.
Radicado: 73001-33-33-005-2019-00255-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Parte demandante: Rafael Hernández Madrigal
Parte demandada: Municipio de Ibagué

Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Los reportes de horas extras en la jornada nocturna suscritos por el Coordinador de la Jornada Nocturna de la Institución Educativa “Jorge Eliecer Gaitán” relacionan el número de horas extras de la jornada laboral nocturna laboradas por el señor **Rafael Hernández Madrigal** en los meses de mayo, julio, agosto, septiembre de 2015 y marzo de 2016; y la planilla reportada por el Rector de la Institución Educativa “Jorge Eliecer Gaitán” relaciona unas 30 horas extras en la jornada nocturna laboradas por el señor **Rafael Hernández Madrigal** en la institución en el mes de marzo de 2015.

Ahora bien, en el proceso no está acreditada la forma de vinculación del señor **Rafael Hernández Madrigal** a la Institución Educativa “Jorge Eliecer Gaitán” o las razones por las cuales fue necesaria esa vinculación para el ejercicio de la labor docente en la institución, teniendo en cuenta que el Decreto 1092 de 2015 (vigente para la fecha de ocurrencia de los hechos) en el artículo 14 determinó que la hora extra se asigna a un **docente de tiempo completo** por encima de las 30 horas semanales de **permanencia en el establecimiento educativo** y que hacen parte de la jornada laboral ordinaria correspondiente, y solo procede cuando la atención de labores académicas en el aula, no pueda ser asumida por otro docente dentro de su asignación académica reglamentaria, presupuestos que no están demostrados en el proceso.

Ese mismo Decreto 1092 de 2015 en el artículo 14 estableció que la hora extra es la que **asigna el rector** a un docente de tiempo completo, y que para ello el rector **debe obtener la autorización y la disponibilidad presupuestal expedida por el funcionario competente de la entidad territorial certificada**, requisito sin el cual el rector no puede asignar horas extras.

Si bien en el proceso obran los reportes de horas extras en la jornada nocturna informados al Rector por el Coordinador de la Jornada Nocturna de la Institución Educativa “Jorge Eliecer Gaitán” que relacionan el número de horas extras de la jornada laboral nocturna laboradas por el señor **Rafael Hernández Madrigal** en los meses de mayo, julio, agosto, septiembre de 2015 y marzo de 2016, lo cierto es que **i.** son reportes de horas laboradas, pero no prueban que hubieran sido asignadas por el Rector de la institución para ser laboradas, funcionario que conforme a la ley es el competente para ello; **ii.** no hay prueba en el proceso que demuestre que el Rector asignó al señor **Rafael Hernández Madrigal** el número de horas extras de la jornada laboral nocturna laboradas en los meses de mayo, julio, agosto, septiembre de 2015 y marzo de 2016 y que reportó el Coordinador de la institución educativa.

Además, no hay prueba en el proceso que determine que el Rector de la institución, para efectos de asignar las horas extras, haya obtenido la autorización y la **disponibilidad presupuestal**, expedida por el funcionario competente de la entidad territorial certificada, luego no podrían haber sido asignadas.

Del mismo modo, debe indicarse que el Municipio de Ibagué – Secretaría de Educación solo hasta que expidió la Resolución Nro. 1050-00002956 de 30 de septiembre de 2015, autorizó el funcionamiento de la jornada nocturna de la Institución Educativa “Jorge Eliecer Gaitán” en el Municipio de Ibagué, es decir que antes de dicho acto, la institución no estaba habilitada para el ejercicio de esa actividad; tampoco hay prueba en el proceso que acredite las gestiones previas a la

expedición de dicho acto realizadas por el Rector de la institución y el Municipio de Ibagué para permitir de manera transitoria el funcionamiento de la jornada nocturna en la institución y la necesidad de vincular docentes para el ejercicio de la labor en la jornada nocturna.

En ese sentido, tampoco podría tenerse por habilitado el tiempo laborado por el señor **Rafael Hernández Madrigal** como lo pretende con la demanda correspondiente a los meses de mayo, junio, julio, agosto y septiembre de 2015, por cuanto se prestó antes o de forma previa a la expedición de la Resolución Nro. 1050-00002956 de 30 de septiembre de 2015 que habilitó el funcionamiento de la jornada nocturna de la Institución Educativa “Jorge Eliecer Gaitán” en el Municipio de Ibagué.

Con todo, según formato único para la expedición de certificado de salarios del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio expedido el 5 de julio de 2017, al señor **Rafael Hernández Madrigal** se le pagaron horas extras, en virtud del Decreto 2277 de 1979, por los meses de mayo, junio, julio y septiembre de 2015, no obstante, no se determina si fue con ocasión de la labor prestada en el establecimiento educativo “Joaquín Paris” o en la institución educativa “Jorge Eliecer Gaitán” del Municipio de Ibagué.

Así mismo debe decirse que de los comprobantes de pago de salario al señor **Rafael Hernández Madrigal** de enero, abril, mayo, junio, julio, agosto y septiembre de 2015 y de la Resolución Nro. 009 de 29 de abril de 2015, que estableció los costos educativos para la jornada escolar nocturna de la Sede Calarcá de la Institución Educativa “Jorge Eliecer Gaitán” del Municipio de Ibagué, no se deduce obligación alguna para el pago de las horas extras reclamadas por la parte demandante (fls. 33 a 44).

Así las cosas, ningún elemento de prueba aportado permite establecer con certeza que para el momento que el señor **Rafael Hernández Madrigal** prestó sus servicios en la jornada extra **i.** la Institución Educativa “Jorge Eliecer Gaitán” del Municipio de Ibagué no estaba habilitada para el funcionamiento de la jornada nocturna; **ii.** existían gestiones previas a la expedición de la habilitación entre el Rector de la institución y el Municipio de Ibagué para permitir de manera transitoria el funcionamiento de la jornada nocturna en la institución y la necesidad de vincular docentes para el ejercicio de la labor en la jornada nocturna; **iii.** el Rector asignara conforme a la ley las horas extras; **iv.** existiera autorización y disponibilidad presupuestal expedida por el funcionario competente de la entidad territorial certificada para hacer la asignación de horas extras y **vi.** el tipo de vinculación del demandante con la Institución Educativa “Jorge Eliecer Gaitán” del Municipio de Ibagué.

El Despacho insiste de manera enfática en aplicación del artículo 167 del C.G. del P., *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (...)”*, esto quiere decir que si el demandante buscaba el reconocimiento de las horas extras laboradas, tenía la carga procesal de acreditar que para su asignación y ejecución se cumplieron con los requisitos que establece la ley para el efecto. De modo que al no existir la prueba idónea, esto es, la acreditación de la asignación y ejecución de las horas extras en los términos que dispone la ley, se procederá a denegar las pretensiones de la demanda.

Reglas de la carga de la prueba, su aplicación y efectos que la inobservancia al deber de probar acarrea.

El Honorable Consejo de Estado en jurisprudencia que es multitud se ha pronunciado sobre la carga de la prueba⁶:

“La noción de carga ha sido definida como “una especie menor del deber consistente en la necesidad de observar una cierta diligencia para la satisfacción de un interés individual escogido dentro de los varios que excitaban al sujeto”. La carga, entonces, a diferencia de la obligación, no impone al deudor la necesidad de cumplir □incluso pudiendo ser compelido a ello coercitivamente□ con la prestación respecto de la cual se ha comprometido con el acreedor, sino que simplemente faculta □la aludida carga□, a aquél en quien recae, para realizar una conducta como consecuencia de cuyo despliegue puede obtener una ventaja o un resultado favorable, mientras que si no la lleva a cabo, asume la responsabilidad de aceptar las consecuencias desventajosas, desfavorables o nocivas que tal omisión le acarree.

Trayendo este concepto al ámbito del proceso y de la actividad probatoria dentro del mismo, la noción de carga se traduce en que a pesar de la igualdad de oportunidades que, en materia de pruebas, gobierna las relaciones entre las partes procesales, dicho punto de partida no obsta para que corra por cuenta de cada una de ellas la responsabilidad de allegar o procurar la aportación, al expediente, de la prueba de ciertos hechos, bien sea porque los invoca en su favor, bien en atención a que de ellos se deduce lo que pide o a lo que se opone, ora teniendo en cuenta que el hecho opuesto está exento de prueba □verbigracia, por venir presumido por la ley o por gozar de notoriedad o por tratarse de una proposición (afirmación o negación) indefinida”.

En ese orden de ideas, el concepto de carga de la prueba se convierte en (i) una regla de conducta para el juez, en virtud de la cual se encontrará en condiciones de proferir fallo de fondo incluso cuando falte en el encuadramiento la prueba del hecho que sirve de presupuesto a la norma jurídica que debe aplicar y, al mismo tiempo, (ii) en un principio de autorresponsabilidad para las partes, derivado de la actividad probatoria que despliegan en el proceso, pues si bien disponen de libertad para aportar, o no, la prueba de los hechos que las benefician y/o la contraprueba de aquellos que, habiendo siendo acreditados por el adversario en la litis, pueden perjudicarlas, las consecuencias desfavorables derivadas de su eventual inactividad probatoria corren por su cuenta y riesgo.

Como fácilmente puede advertirse, el aspecto en últimas más trascendente de las reglas de la carga de la prueba se concreta en las consecuencias que se derivan de su no satisfacción, esto es, del no ejercicio de los derechos a la aportación o solicitud de práctica de pruebas o a la formulación de alegaciones dentro del proceso, si se tiene en cuenta que la finalidad de éste, para las partes, es la estimación o desestimación de la(s) pretensión(es) formulada(s) y que, por ello, dentro de él se lleve a cabo una instrucción encaminada a proporcionar al juzgador los elementos necesarios para que pueda efectuar la comparación entre los fundamentos de tal(es) pretensión(es) y el ordenamiento jurídico . Y el de las consecuencias del incumplimiento de la carga de probar o de alegar es el aspecto más relevante, habida cuenta de que la parte que desee obtener un resultado favorable a sus pretensiones necesitará probar y alegar todo aquello que sea útil y pertinente para la defensa de su posición.

En otros términos, «no existe un deber de probar, pero el no probar significa en la mayoría de los casos la derrota» ; las reglas de la carga de la prueba sirven para establecer cuál de las partes tendrá que soportar el resultado desfavorable derivado de una actividad probatoria o de la falta de alegación o de una alegación incompleta , pues aunque el juez no disponga de

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “A”, Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ; Sentencia de 27 de junio de 2013, Radicación número: 25000-23-26-000-2019-65-01 (27.552), Actor: Flor Teresa Cardozo Oviedo y otros, Demandado: Distrito Capital de Bogotá; Acción: Reparación Directa, Referencia: Recurso de Apelación.

Sentencia 1ª instancia.
Radicado: 73001-33-33-005-2019-00255-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Parte demandante: Rafael Hernández Madrigal
Parte demandada: Municipio de Ibagué

todos los hechos cuyo conocimiento hubiera resultado necesario para fallar en uno u otro sentido, la prohibición de «non liquet» le obliga a resolver, en todo caso.

Es entonces cuando las reglas de la carga de la prueba le indicarán en cabeza de cuál de las partes recaía la obligación de haber acreditado un determinado hecho y, por consiguiente, a quién corresponderá adscribir, en la sentencia, las consecuencias desfavorables derivadas de su no demostración, pues dichas reglas, precisamente, permiten al fallador cumplir con su función de resolver el litigio cuando falta la prueba, sin tener que abstenerse de dirimir, de fondo, la cuestión, para no contrariar, con un pronunciamiento inhibitorio, los principios de economía procesal y de eficacia de la función jurisdiccional. De ahí su importancia, pues

“[S]i no existiera esta regla de juicio que faculta al juez para evitar el non liquet cuando falte la prueba, sería muy frecuente el fracaso del proceso y la consiguiente pérdida de tiempo, trabajo y dinero para el Estado y las partes. La justicia y la función jurisdiccional del Estado resultarían entorpecidas y frustradas en infinidad de ocasiones al no ser posible la sentencia de mérito, a la vez que se fomentaría la incertidumbre jurídica en las relaciones sociales, la repetición indefinida de procesos para el mismo litigio, y se permitiría que quienes tengan interés en esa situación caótica puedan fácilmente burlar los fines de interés público del proceso y la jurisdicción, ocultando pruebas y entorpeciendo la actividad oficiosa del juez.

La carga de la prueba es, por consiguiente, una medida imprescindible de sanidad jurídica y una condición sine qua non de toda buena administración de justicia.

Por otro aspecto, según opinan varios autores, es la guía imprescindible y fundamental del juzgador en la solución de los litigios, que orienta su criterio en la fijación de los hechos que sirven de base a su decisión: “sustrae el derecho al arbitrio de la probabilidad y lo coloca bajo la égida de la certeza”.

El precepto que en el derecho positivo colombiano gobierna el tema, tratándose de los procedimientos que se adelantan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por virtud de la incorporación que el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo efectúa respecto de las normas del Código de Procedimiento Civil que regulan materias no desarrolladas en aquella codificación, es el artículo 177 del citado Estatuto Procesal Civil, cuyo tenor literal es el siguiente:

“Artículo 177. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”.

La referida norma legal desarrolla el tradicional aforismo de acuerdo con el cual quien afirma un hecho debe probarlo: “incumbit probatio qui dicit non qui negat”. Ello se traduce, en los procesos que cursan ante el Juez de lo Contencioso Administrativo, en que quien pretende determinado efecto jurídico debe acreditar los supuestos de hecho de las normas en que se ampara, luego, en general, corresponde la carga de la prueba de los hechos que sustentan sus pretensiones, en principio, al demandante, al paso que concierne al demandado demostrar los sucesos fácticos en los cuales basa sus excepciones o su estrategia de defensa. Si aquél no cumple con su onus probandi, la consecuencia que habrá de asumir será la desestimación, en la sentencia, de su causa petendi; si es éste, en cambio, quien no satisface la exigencia probatoria en punto de los supuestos fácticos de las normas cuya aplicación conduciría a la estimación de sus excepciones o de los argumentos de su defensa, deberá asumir, consiguientemente, un fallo adverso a sus intereses”.

Sentencia 1ª instancia.
Radicado: 73001-33-33-005-2019-00255-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Parte demandante: Rafael Hernández Madrigal
Parte demandada: Municipio de Ibagué

Los planteamientos que se han dejado expuestos son, entonces, los que han de ilustrar el proceder del Juez ante la falta o la insuficiencia de los elementos demostrativos de los hechos que constituyen el *thema probandum* del proceso –es decir, aquellos respecto de los cuales se predica la necesidad de su demostración–, pues la autoridad judicial, en cualquier caso, no puede declinar su responsabilidad de resolver el fondo del asunto, de suerte que las anotadas reglas de la carga de la prueba indicarán si procede despachar favorablemente las pretensiones del actor o, por el contrario, si lo que se impone es acceder a la oposición formulada por la parte demandada.

Ciertamente, brillan por su total ausencia los elementos de convicción que demuestren las causas de la obligación a cargo de la administración para el reconocimiento de las horas extras laboradas, tal como fueron indicadas en los hechos de la demanda; esos señalamientos que se consignaron en la demanda, bueno es precisarlos, constituyen simples afirmaciones desprovistas de cualquier sustento probatorio.

El Despacho debe indicar que incluso, pese a decretar prueba de oficio en el proceso para el esclarecimiento de los hechos fundamento de las pretensiones y gestionarla haciendo requerimientos en más de una ocasión (fls. 148 a 151), no fue atendida, ni tampoco diligenciada por ninguna de las partes.

De otra parte, corresponde indicar que por petición de 2 de febrero de 2018, con radicado Nro. 2018-8798, la parte demandante solicitó al Municipio de Ibagué el reconocimiento y pago de las horas extras laboradas por los meses de mayo, junio, julio, agosto y septiembre de 2015 en la jornada nocturna de la Institución Educativa “Jorge Eliecer Gaitán” (fls. 119 a 128), sin que a la fecha de presentación de la demanda hubiera obtenido respuesta.

El artículo 83 de la Ley 1437 de 2011 establece que una vez transcurrido un término de 3 meses a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa. Considerando la fecha de presentación de la petición y que la presentación de la demanda se realizó el día 18 de junio de 2019, el término establecido en la disposición citada transcurrió sin que la entidad demandada la respondiera, por tanto, se configura la existencia del silencio administrativo negativo respecto de la respuesta a la petición de 2 de febrero de 2018, lo que así se declarará.

En otro orden, se reconocerá personería adjetiva a la Doctora Sandra Patricia Rodríguez Núñez, identificada con cédula de ciudadanía Nro. 65'772.780 expedida en Ibagué y la T.P. Nro. 256.635 del C.S. de la J., para obrar en este proceso como apoderada judicial de la parte demandante señor **Rafael Hernández Madrigal**, en la forma, términos y para los efectos de la sustitución de poder que le realiza el Doctor Diego Andrés Sotomayor Segrera, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 14'398.884 expedida en Ibagué y la T.P. Nro. 157.457 del C.S. de la J. vista a folios 145 a 147.

A su vez, se reconocerá personería adjetiva al Doctor Jhon Edwin Aldana García, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 1.109'384.234 expedida en Lérida y la T.P. Nro. 251.416 del C.S. de la J., para obrar en este proceso como apoderado judicial de la parte demandada Municipio de Ibagué, en la forma, términos y para los efectos del poder que le confiere la Doctora Andrea Mayoral Ortiz, identificada con cédula

Sentencia 1ª instancia.
Radicado: 73001-33-33-005-2019-00255-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Parte demandante: Rafael Hernández Madrigal
Parte demandada: Municipio de Ibagué

de ciudadanía Nro. 38'360.738 expedida en Ibagué en su calidad de Jefe de la Oficina Jurídica del Municipio de Ibagué visto a folios 154 a 159.

Condena en costas .

De conformidad con lo establecido en el artículo 188 del C. de P.A. y de lo C.A., en consonancia con el artículo 365, numeral 1 del C.G. del P., habrá lugar a condenar en costas a la parte vencida en el proceso. En consecuencia, se condenará en costas a la parte demandante y se fijarán como agencias en derecho a su cargo y a favor de la parte demandada, la suma de \$75.702,68 pesos, equivalente al 4% de las pretensiones (Consejo Superior de la Judicatura. Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016. Artículo 5, numeral 1º), la cual deberá ser incluida en las costas del proceso.

Decisión.

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,**

Resuelve:

PRIMERO: DECLARAR la existencia del silencio administrativo negativo ficto respecto de la petición de 2 de febrero de 2018 con radicado Nro. 2018-8798 efectuada por el señor **Rafel Hernández Madrigal** al Municipio de Ibagué, de conformidad con lo expuesto.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda instaurada por el señor **Rafel Hernández Madrigal** contra el Municipio de Ibagué, en el presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, de conformidad con lo expuesto.

TERCERO: CONDENAR en costas en esta instancia a la parte demandante. Fíjense como agencias en derecho a su cargo y a favor de la parte demandada la suma de \$75.702,68 pesos.

CUARTO: RECONOCER personería adjetiva a la Doctora Sandra Patricia Rodríguez Núñez, identificada con cédula de ciudadanía Nro. 65'772.780 expedida en Ibagué y la T.P. Nro. 256.635 del C.S. de la J., para obrar en este proceso como apoderada judicial de la parte demandante señor **Rafael Hernández Madrigal**, en la forma, términos y para los efectos de la sustitución de poder que le realiza el Doctor Diego Andrés Sotomayor Segrera, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 14'398.884 expedida en Ibagué y la T.P. Nro. 157.457 del C.S. de la J. vista a folios 145 a 147.

QUINTO: RECONOCER personería adjetiva al Doctor Jhon Edwin Aldana García, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 1.109'384.234 expedida en Lérida y la T.P. Nro. 251.416 del C.S. de la J., para obrar en este proceso como apoderado judicial de la parte demandada Municipio de Ibagué, en la forma, términos y para los efectos del poder que le confiere la Doctora Andrea Mayoral Ortiz, identificada con cédula de ciudadanía Nro. 38'360.738 expedida en Ibagué en su calidad de Jefe de la Oficina Jurídica del Municipio de Ibagué visto a folios 154 a 159.

SEXTO: ORDENAR la devolución de los remanentes que por gastos procesales consignó la parte demandante, si los hubiere.

SÉPTIMO: En firme esta sentencia, archívese el expediente.

Sentencia 1ª instancia.

Radicado: 73001-33-33-005-2019-00255-00

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Parte demandante: Rafael Hernández Madrigal

Parte demandada: Municipio de Ibagué

Notifíquese y Cúmplase⁷

El juez,



José David Murillo Garcés

⁷ **NOTA ACLARATORIA:** La providencia se tramitó y suscribió por los canales electrónicos oficiales del Juzgado Quinto Administrativo Oral del circuito de Ibagué y de la misma manera fue firmada.