

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES**

Manizales, veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

SENTENCIA Nro.: **36/2021**

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Actor(a): JOSÍAS OLIVEROS LIS

Accionado: HOSPITAL SAN FÉLIX E.S.E. DE LA DORADA

Radicado: 17-001-33-39-753-**2015-00262-00**

Instancia: Primera

En los términos del inciso final del artículo 181 del C.P.A.C.A. y teniendo en cuenta que no se advierten irregularidades que afecten o vicien el trámite del proceso, procede el despacho a decidir sobre las pretensiones formuladas en el proceso de la referencia; para el efecto se tendrá en cuenta lo precisado en la audiencia inicial respecto a las excepciones y la fijación del litigio.

Los documentos relacionados en la presente providencia serán referidos conforme aparecen en el archivo del expediente digitalizado.

I. ANTECEDENTES:

i) La demanda

Por intermedio de apoderado judicial, la parte actora, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, demandó al **HOSPITAL SAN FÉLIX E.S.E. DE LA DORADA** solicitando lo siguiente (fl 3 Cdno ppal):

1. Que se declare NULO el oficio ADM-300 RG 521 de 13 de mayo de 2015, por medio del cual la entidad demandada negó el reconocimiento de la relación laboral con el señor JOSÍAS OLIVEROS LIS, y se le negó el pago de sus prestaciones sociales, y el reconocimiento y pago de los aportes a pensión.
2. Que se declare NULA la resolución 634 de 24 de junio de 2015 que resuelve recurso de reposición, por medio del cual la entidad demandada negó el reconocimiento de la relación laboral con el señor JOSÍAS OLIVEROS LIS, y le negó el pago de sus prestaciones sociales y el reconocimiento y pago de los aportes a pensión.

3. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, y a título de restablecimiento del derecho, se declare que entre el demandante JOSÍAS OLIVEROS LIS en calidad de empleado público y el HOSPITAL SAN FÉLIX DE LA DORADA CALDAS en calidad de empleador, existieron varios contratos de trabajo que generaron una relación laboral sin solución de continuidad, desde el 30 de noviembre de 1996 hasta el 30 de noviembre de 2002 y que esta relación laboral fue terminada en forma unilateral y sin justa causa por parte del empleador.

4. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada HOSPITAL SAN FÉLIX DE LA DORADA –CALDAS, a reconocer y pagar a favor del demandante los siguientes conceptos.

a. Que se condene a la parte demandada a que pague y consigne los aportes al sistema de seguridad social en pensiones a favor del demandante, que se causaron durante el tiempo de la relación laboral, en el fondo de pensiones COLPENSIONES en el que designe el despacho.

b. Que se condene a la parte demandada a reintegrar y pagar a favor del demandante, el valor de los aportes al régimen de seguridad social en pensiones, salud ARP y caja de compensación familiar, que hayan sido cancelados por este último, durante el tiempo que duró la relación laboral de acuerdo a los hechos de la demanda.

5 Que se condene a la parte demandada al pago de las sumas peticionadas en los numerales anteriores debidamente indexadas o actualizadas al momento de su reconocimiento y pago.

6. Que se condene a la parte demandada al pago de las costas procesales, agencias en derecho y gastos y expensas procesales que se causen con ocasión de este petitum.

En cuanto a los hechos expuestos por la parte actora se tiene:

El demandante fue vinculado mediante órdenes y contratos de prestación de servicios de manera ininterrumpida con la intermediación de otras empresas y cooperativas entre el 30 de noviembre de 1996 hasta el 30 de noviembre de 2002. Desempeñó funciones como conductor de ambulancia 12 horas, 07 días de la semana y para enero de 2001 la disponibilidad era de 24 horas.

El señor **OLIVEROS LIS** prestó sus servicios en forma personal, de manera continua y dependiente, cumpliendo horario y subordinadamente a los representantes de la entidad accionada. En el **HOSPITAL SAN FÉLIX E.S.E. DE LA DORADA** existen empleados que desempeñan las mismas funciones que cumplió el accionante; esa actividad es de aquellas que la demandada requiere para cumplir sus actividades ordinarias. Durante la prestación de los

servicios no se canceló al demandante las sumas que corresponden a prestaciones sociales ni aportes a seguridad social.

Mediante escrito del 24 de abril de 2015, el demandante presentó la reclamación administrativa ante la entidad; sin embargo el **HOSPITAL SAN FÉLIX E.S.E. DE LA DORADA** negó lo solicitado con oficio ADM-300 RG 521 del 13 de mayo de 2015 y Resolución No 634 del 24 de junio de 2015.

Concepto de violación.

Como fundamentos de derecho acude a lo dispuesto en la Constitución Política, la Ley 1437 de 2011 y en general el marco jurídico vigente en materia laboral. Cita apartes jurisprudenciales para explicar que el contrato realidad se configura cuando los particulares desempeñan funciones administrativas con la anuencia de la administración y con la buena fe respecto de quien las ejecuta. En estos casos la indemnización se reconoce a título de enriquecimiento sin causa y no con base en una relación laboral.

Con la sentencia C 171 del 07 de marzo de 2012 la Corte Constitucional analizó la exequibilidad del artículo 59 de la Ley 1438 de 2011, que autoriza a las Empresas Sociales del Estado a realizar contratos de prestación de servicios bajo las condiciones planteadas por el Alto Tribunal.

Continúa citando algunas decisiones judiciales en material laboral para resaltar que el derecho al reconocimiento de la pensión no puede verse afectado por el no pago de los aportes a seguridad social; destaca la imprescriptibilidad de este derecho.

ii) Trámite procesal

Después de surtirse la fase escrita del procedimiento se llevó a cabo la audiencia inicial en sesiones del 15 de agosto de 2018 (fls 335 a 339 01Cuaderno1) y del 06 de junio de 2019 (fls 343 a 350 01Cuaderno1); allí se declaró el saneamiento del proceso, se decidieron las excepciones pertinentes, se fijó el litigio y se decretaron las pruebas.

La audiencia de pruebas se realizó en sesiones del 19 de febrero de 2020 (fls 357 a 362 01Cuaderno1) y del 21 de octubre de 2020 (archivo 07ActaContinuaciónAudienciaPruebas), en donde luego de efectuarse el recaudo probatorio, en los términos del inciso final del artículo 181 del CPACA, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que dentro de los 10 días siguientes presentaran sus alegatos de conclusión por escrito. Vencido el término de traslado de alegatos el proceso ingresó a Despacho para proferir sentencia escrita.

iii) Actuación de la parte demandada

HOSPITAL SAN FÉLIX E.S.E. DE LA DORADA

Con respecto a los hechos de la demanda la entidad destaca que no ha existido vínculo laboral alguno con el demandante, aunque acepta que el señor **OLIVEROS LIS** prestó sus servicios como conductor de la ambulancia del hospital. Admite que conforme al Acuerdo 068 de 2005 en la planta de la **E.S.E.** existe un cargo de trabajador oficial – conductor; al demandante no le fueron impuestos horarios y tampoco es cierto que la entidad fuera la última contratante.

Se opone a la prosperidad de las pretensiones y propone las siguientes excepciones en su defensa:

i) Prescripción de los créditos laborales reconocidos. En caso de que sean reconocidos los derechos del accionante solicita se declare la prescripción de los mismos. Basado en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo sostiene que en este caso prescribieron los derechos laborales y prestacionales causados con ocasión del contrato realidad.

ii) Falta de jurisdicción. Argumenta que el cargo de conductor de una entidad se clasifica como un trabajador oficial y por tanto el conocimiento del caso el corresponde a la jurisdicción ordinaria.

iii) Falta de legitimación en la causa por pasiva. Destaca que el accionante estuvo vinculado para la prestación de sus servicios a una cooperativa de trabajo asociado la cual debe ser citada al proceso.

iv) Ausencia de los elementos del contrato realidad. De la conducta del **HOSPITAL SAN FÉLIX E.S.E. DE LA DORADA** no se configuran los elementos que constituyen la figura del contrato realidad.

v) Inexistencia del vínculo laboral pretendido y ausencia de ocultamiento de la realidad. No se buscó ocultar una relación laboral porque el accionante prestó sus servicios a la modalidad de cooperativismo.

vi) Falta de legitimación en la causa por activa. El demandante no puede solicitar la nulidad y restablecimiento del derecho porque no ostenta la calidad de empleado público.

vii) Genérica. Para que se declare cualquier excepción que se encuentre probada a su favor.

viii) Pago. Para que se entiendan pagados todos los valores pagados por concepto de seguridad social.

xv) Compensación. Para que tengan en cuenta los valores cancelados a favor de la **HOSPITAL SAN FÉLIX E.S.E DE LA DORADA**.

x) Ausencia de presupuestos de la figura del contrato realidad. Conforme a la doctrina y la jurisprudencia sobre el tema para el caso no se configura un contrato realidad.

iv) Alegatos de Conclusión

PARTE DEMANDANTE. Se pronunció mediante escrito remitido el 29 de octubre de 2020 realizando un recuento de los hechos que desde su punto de vista se encuentran demostrados en el proceso; destaca la prestación del servicio personal del accionante como conductor de ambulancia al servicio de la entidad demandada. De los testimonios recaudados resalta que según los declarantes el accionante debía llevar un cuaderno de turnos y debía avisar cuando iba a cambiar de turno.

A continuación cita apartes jurisprudenciales del Consejo de Estado para concluir que el accionante sí estuvo vinculado directamente con el **HOSPITAL SAN FÉLIX E.S.E. DE LA DORADA** recibiendo órdenes del personal de la entidad y cumpliendo horario; en consecuencia, la entidad debe ser condenada al pago de los aportes a seguridad social tal y como se solicitó en la demanda.

PARTE DEMANDADA: Con escrito del 04 de noviembre de 2020 afirma que en el caso no se configuran los elementos para que se declare la existencia de un vínculo laboral; esto porque el demandante ejerció las obligaciones del contrato de manera autónoma e independiente. La contratación del señor **OLIVEROS LIS** está amparada por la normatividad aplicable en especial el artículo 32 de la Ley 80 de 1993; acude a la figura del acto propio en el sentido explicado por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Refiere que en la ejecución de los contratos se presentó una coordinación de actividades y no la sujeción a órdenes tal y como lo explicó uno de los testigos; los informes periódicos fueron exigidos al demandante en el marco de lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011. Frente al cumplimiento de un horario afirma que éste se efectuó por decisión del contratista y destaca que la prestación del servicio no fue continua e ininterrumpida como se infiere de las fechas de los contratos.

Por último, solicita se declare la prescripción de los derechos reclamados y concluye que deben negarse las pretensiones de la demanda porque no se lograron probar los hechos en que éstas se fundamentan.

MINISTERIO PÚBLICO: No rindió concepto.

II. CONSIDERACIONES

2.1 EXCEPCIONES:

Como se señaló en precedencia, la demandada planteó las excepciones denominadas "Falta de legitimación en la causa por pasiva" y "Falta de jurisdicción"; éstas fueron objeto de decisión en la Audiencia Inicial de manera adversa para los intereses de la demandada, providencia que fuera

confirmada por el Tribunal Administrativo de Caldas en Auto del 08 de noviembre de 2018 (07Cuaderno3ApelacionAuto).

Los demás medios exceptivos tienen relación con el fondo del asunto y su estudio será abordado a continuación.

2.2 PROBLEMA Y ANÁLISIS JURÍDICO:

De acuerdo con la fijación del litigio efectuado en la audiencia inicial la controversia se centra en establecer lo siguiente:

En primer lugar se debe determinar, si a pesar de haber celebrado contratos de prestación de servicios con la **E.S.E. HOSPITAL SAN FÉLIX DE LA DORADA**, y luego con una cooperativa de trabajo asociado, el demandante demostró la conculcación de sus derechos mínimos laborales que hagan procedentes la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas y por consiguiente el reconocimiento de una relación laboral.

Problemas jurídicos asociados:

Se deberá establecer si la labor desarrollada por el actor como conductor de la ambulancia de la **E.S.E. HOSPITAL SAN FÉLIX DE LA DORADA**, a través de los contratos de prestación de servicio, fue ejecutada con autonomía e independencia del contratante, o si por el contrario, obedeció al desempeño de una labor subordinada.

En caso de establecerse la existencia de una relación laboral, corresponderá decidir si se ha verificado el fenómeno de la prescripción respecto de los aportes al sistema de seguridad social derivadas de la ejecución de contratos de prestación de servicios suscritos por el señor Josías Oliveros Lis para ejercer la labor de conductor de ambulancia de la **E.S.E HOSPITAL SAN FÉLIX DE LA DORADA**, durante el periodo comprendido entre el 30 de noviembre de 1996 y el 30 de noviembre de 2002.

Para resolver los interrogantes planteados se abordarán los siguientes puntos i) Diferencia entre el contrato de prestación de servicios y la relación laboral; ii) Normatividad y jurisprudencia aplicables para resolver el primer problema jurídico planteado y iii) Caso Concreto.

Lo anterior sin perjuicio de que sea necesario abordar otros aspectos relacionados con los planteamientos anteriores.

i) Diferencia entre el contrato de prestación de servicios y la relación laboral.

En el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 se define el contrato estatal de Prestación de Servicios en los siguientes términos:

(...) Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

(...) 3. Contrato de Prestación de Servicios.

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. (...).

Respecto a la norma citada, la H. Corte Constitucional¹, al efectuar su estudio de exequibilidad, expresó:

(...) El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual "...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley".

b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este

¹ H. Corte Constitucional. Sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara. Referencia: Expediente D-1430. Norma acusada: Numeral 3o. -parcial- del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 "*por la cual se dicta el Estatuto de Contratación Administrativa*". Actores: Norberto Ríos Navarro, Tulio Elí Chinchilla Herrera, Alberto León Gómez Zuluaga, Carlos Alberto Ballesteros Barón y Germán Enrique Reyes Forero.

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.

c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Se infiere entonces, que el contrato estatal de prestación de servicios presenta las siguientes características:

- Es eminentemente temporal, es decir, que sólo dura mientras se cumple su objeto mientras se supera una situación transitoria que puede ser coyuntural, o de emergencia, o altamente especializada, para actividades ocasionales o de momento; por ello mismo, estas situaciones no pudieron programarse e incluirse en los planes de carácter permanente de la entidad oficial.
- El contratista dispone de plena autonomía e independencia frente a los servidores de la entidad contratante; sin embargo, como es de saber, con éstos debe llevar a cabo labores de coordinación para cumplir a plenitud con el fin del contrato.
- El contratista percibe honorarios, no devenga salario ni lo hace acreedor de las prestaciones sociales.
- No genera relación laboral.

Es importante detenerse en la característica del contrato de prestación de servicios, según el cual *no generan relación laboral*. Para ello, resulta oportuno formular el siguiente interrogante: ¿Qué constituye una relación laboral?. Para dar respuesta a esa pregunta, es preciso citar el Código Sustantivo del Trabajo (C.S.T.) en su artículo 23:

Elementos esenciales. 1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

- a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;
- b) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse durante todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país.
- c) Un salario como retribución del servicio.

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Si bien este estatuto rige las relaciones individuales de trabajo de carácter particular, la definición de lo que constituye contrato de trabajo es válida en tratándose del sector público; en nada se diferencia la labor subordinada que realiza un trabajador particular y otro público, aunque sean bien distintas las formas de acceder a un servicio y otro.

Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido personal y que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago; además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia. Este último elemento es entendido como aquella facultad para exigir al servidor el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos y debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.

Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta. Éstos requisitos son establecidos por la jurisprudencia para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral.

En todo caso debe señalarse, que si bien puede declararse la existencia de la relación laboral y reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, ocultándose una verdadera relación laboral, por este sólo hecho no se le puede otorgar la calidad de empleado público. Para adquirir esta calidad es

necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión como lo ha reiterado la jurisprudencia.

ii) Normatividad y jurisprudencia aplicables para resolver el primer problema jurídico planteado.

La Ley 79 de 1988 y el Decreto 4588 de 2005, Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado, disponen que las Cooperativas de Trabajo Asociado son organizaciones sin ánimo de lucro que pertenecen al sector de la economía solidaria. Éstas vinculan el trabajo personal de sus asociados, quienes simultáneamente son gestores y contribuyen económicamente a la cooperativa; sus miembros aportan directamente su capacidad de trabajo con la finalidad de producir bienes en común, prestar servicios o ejecutar obras para satisfacer las necesidades de los asociados y de la comunidad en general.

La Sección Segunda del Consejo de Estado en decisión del 28 de septiembre de 2017², destacó que el principal aporte de los asociados a estas organizaciones es el trabajo; esto porque los aportes a capital son mínimos. En esa misma oportunidad precisó que esta figura: *no fue creada por el Legislador para que se desconocieran los derechos de los trabajadores, al punto que, por mandato legal las cooperativas de trabajo asociado que incurran en prácticas deshonestas deben responder ante las autoridades correspondientes*³.

Con base en lo anterior se concluye que el trabajo asociado no puede ser el medio utilizado para desconocer o eludir obligaciones laborales con los trabajadores dependientes; en consecuencia, se dará por **NO PROBADA** la excepción denominada Falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la E.S.E accionada. Aunque el accionante hubiese estado prestando sus servicios a través de cooperativas de trabajo asociadas, esta circunstancia por sí sola no impide el surgimiento de un posible contrato realidad.

Con relación a la oportunidad probatoria para demostrar que se trata de un contrato realidad, el Alto Tribunal ha explicado que quien lo alega debe probar los tres elementos que el legislador ha dispuesto para describir una relación laboral; ello a pesar de que la intermediación laboral de las Cooperativas es legítima⁴. Como consecuencia de este planteamiento quien pretenda el reconocimiento de una relación laboral debe acreditar la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación y dependencia con respecto al empleador tal y como ha sido expuesto en reiterados pronunciamientos⁵ de la máxima instancia de lo contencioso

² C.P Sandra Lisset Ibarra Vélez Exp 1486-15

³ Ibídem

⁴ Sentencia del 15 de octubre de 2019, C.P Sandra Lisset Ibarra Vélez, Exp 4175-15

⁵ Sentencia del 23 de junio de 2005, C.P Jesús María Lemos Bustamante, Exp No 0245; Sección Segunda Sentencia del 15 de marzo de 2017, C.P Sandra Lisset Ibarra Vélez, Exp No 2218-16

Administrativo; de esta línea jurisprudencial a continuación se destaca un aparte de la sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016

De lo anterior se colige que el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral, de lo que surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, con el que se propende por la garantía de los derechos mínimos de las personas preceptuados en normas respecto de la materia.

En otras palabras, el denominado “*contrato realidad*” aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales.

También ha sido reiterada la jurisprudencia del H. Consejo de Estado⁶, en cuanto a la necesidad de prueba acerca de los tres elementos de la relación de trabajo. No obstante, se ha aclarado la presunción establecida en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, ya citado en esta providencia; tratándose de relaciones entre servidores públicos o particulares frente al Estado, son aquellos quienes deben asumir la carga probatoria de los elementos de la relación laboral presentes en un contrato de prestación de servicios.

iii) Caso Concreto.

Para demostrar la relación laboral, como se dijo precedentemente, es necesario establecer los tres elementos existentes para este tipo de vinculación, esto es: i) La prestación personal del servicio, ii) La subordinación y iii) La remuneración. En consecuencia el Despacho procederá a estudiar cada uno de estos elementos para determinar si se encuentran configurados en el sub examine:

- La prestación personal del servicio:

Para demostrar este elemento se allegó al proceso copia de los siguientes Contratos de Prestación de Servicios y sus anexos:

⁶ Sección Segunda – Subsección ‘B’. Consejero Ponente: Dr. Jesús María Lemos Bustamante. Sentencias del 23 de junio de 2006 (Exp. 0245 y 2161) y del 15 de junio de 2006 (Rad. 08001-23-31-000-1996-10553- 01(2603-05)); Sentencia del 08 de septiembre de 2017 C.P Sandra Lisset Ibarra Vélez , Exp 4569-15

Constancia expedida por el accionado.	01 de marzo de 2002 al 30 de noviembre de 2002	189 C.1
Constancia expedida por el accionado acredita al prestación de servicios en el cargo de conductor	30 de octubre de 1996 al 32 de diciembre de 1996	190 C.1
Constancia expedida por el accionado acredita al prestación de servicios en el cargo de conductor	01 de enero de 1997 hasta el 31 de marzo de 2000	191 C.1
Constancia expedida por el accionado acredita al prestación de servicios en el cargo de conductor	01 de enero de 2001 al 30 de noviembre de 2001	192 C.1

Como ya se mencionó, todas las constancias fueron expedidas por el Profesional Especializado del Área Administrativa del **HOSPITAL SAN FÉLIX E.S.E DE LA DORADA** y describen que permanentemente el señor **OLIVEROS LIS** prestó sus servicios como conductor.

Las anteriores pruebas dan cuenta de la existencia del primer elemento de la relación laboral, vale decir, la prestación personal del servicio. Este elemento requiere poner directamente el esfuerzo personal en el cumplimiento de una labor desempeñada por la parte demandante al servicio de la accionada; esto sucedió por varios lapsos de tiempo comprendidos entre el 30 de octubre de 1996 al 31 de marzo de 2000, desde el 01 de enero al 31 de diciembre de 2001 y desde 01 de marzo al 30 de noviembre de 2002.

- La continuada subordinación o dependencia:

Debe indicarse que la subordinación se encuentra materializada en el cumplimiento de órdenes, la sujeción a un horario de trabajo, el sometimiento a metas, objetivos y directrices; este elemento se pretendió acreditar con las siguientes declaraciones:

ZULMA LILIANA MUÑOZ, quien conoció al demandante porque fue compañera de trabajo entre los años 1996 hasta el 2000.

“Yo ingresé en el 95 y lo conocí ya trabajando en el 96. De hecho pues hacia allá se encargaba de la parte, manejaba la ambulancia y llevaba los exámenes de laboratorio trasnochado; también pues la parte de vigilancia en la noche porque no teníamos vigilante, solamente la persona que se encargaba de la ambulancia y nosotros pues como auxiliares de enfermería y el médico porque permanecía también médico (...) ¿Que otras actividades desarrollaba el señor Josías Oliveros Lis en el Hospital San Félix? Bueno en el centro de salud de las ferias como tal manejaba la ambulancia, llevaba los exámenes de laboratorio y remisiones al Hospital San Félix a Manizales a donde le tocara o lo asignaran; abría la puerta y era como el vigilante o la parte de la seguridad cuando hacíamos turnos, de hecho cuando llegaba algún paciente el o ellos porque fueron 4 personas que hacían turnos

(...) ¿Nos podría por favor especificar si y sabe por qué lo recuerda y si para el caso el señor Josías Oliveros éste cumpliera con algún horario para ejercer sus funciones? si claro, (...) los conductores de la ambulancia y los vigilantes prácticamente a ellos les hacían un cuadro de turnos y para eso se encarga a una jefe, ... había un médico jefe de enfermeras auxiliares y conductores y cada uno tenían por su área un cuadro de turnos que debía cumplir ¿Indíquele por favor al despacho si el señor Josías Oliveros recibía indicaciones para el desarrollo de sus labores o de sus funciones y quién se las daba? Bueno como te dije anteriormente nosotros teníamos Jefe enfermera y un médico y él pues obviamente básicamente le daba las órdenes (...) también porque sé que cuando necesitan hacer remisiones a otras ciudades los llamaban a ellos también y lo autorizaba la parte administrativa del hospital San Félix que era don Antonio María Gómez y los jefes allá, no sé decirte cuales con nombres completos pero si tenían ese tipo de autorización de parte de los jefes, (...) ¿Cuando el señor Josías Oliveros debió ausentarse del centro de salud que usted menciona, Centro de Salud Las Ferias, que debía hacer para poderse ausentar? Informar al jefe enfermería y al médico coordinador, el médico coordinador le informaba al hospital si estaba autorizado por don Antonio. Cuando el señor Josías estaba enfermo y tuviera que dejar de ir a trabajar tenía que tener una incapacidad. Y ser autorizada para faltar. ¿Usted sabe si existían funcionarios dentro de la planta de personal del Hospital San Félix para poder cumplir con el objeto contractual que el señor desempeñaba, el señor Josías? Sí, de hecho en el Hospital San Félix estaban los de planta qué eran pues muy reconocidos luego llegaron ellos que fueron 4 personas por servicios prestados, pero los de servicios prestados don Josías por ejemplo hacia las mismas funciones que los de planta y cuando alguien digamos se incapacitaba de los de servicios prestados venía alguien de planta a reemplazarlos”

CÉSAR JAVIER JIMÉNEZ, quien también laboró como conductor al servicio de la entidad demandada:

“¿Recuerda usted si durante aquella época ejerció actividades el señor Josías en el hospital San Félix? Aproximadamente el entró como en el 96 algo así y trabajó hasta el 2001, 2002 no me acuerdo muy bien trabajó y en ese entonces yo quedé laborando también en la misma entidad y después me salí yo del hospital o me echaron, perdón, siendo conductor (...) ¿Usted recuerda qué tipo de vinculación tenía el señor Josías Oliveros con el hospital? A ver directamente no sé qué tipo que tipo de vínculo tenía con el hospital (...) lo cierto es que él cumplía las mismas labores que yo cumplía, los mismos turnos de día y de noche, los sábados, domingos y festivos dominicales común y corriente y dónde recibamos órdenes del doctor don Jorge Eduardo Arboleda que hoy en día descansa en paz porque ya falleció, que era el director y del señor Antonio María Gómez Betancur que es el síndico del hospital era el que más nos mandaba o nos daba órdenes (...) ¿Específicamente recuerda se señor don Josías Oliveros tenía que cumplir con algún tipo

de horario para la entidad? Claro efectivamente nosotros entrabamos a las 7 de la mañana, no tenemos horario de almuerzo, porqué almorzábamos ahí mismo en el hospital en una época que el hospital nos daba el almuerzo (...) entramos a las 7 de la mañana hasta las 5 o 6 de la tarde que se terminaba el turno y lo mismo, eso era en el día y en la noche de entramos a las 5 de la tarde hasta las 7 de la mañana (...) cualquier día domingos o lunes o festivos o sábados (...) ¿Usted nos podría indicar quien asignaban esos turnos? Los turnos los fijaba en esa entonces el administrador del Centro de Salud Las Ferias que hoy en día no existe prácticamente, los asignaban la doctora Liliana Betancourt era la médica la médica del centro salud jefe que era como la coordinadora; y en una oportunidad también estuvo que hoy descansa en paz el amigo julio César ...que estuvo también de administrador del hospital del Centro de Salud Las Ferias coordinaba también lógicamente con la dirección del hospital San Félix con el doctor Jorge Eduardo Arboleda y don Antonio o Betancur. ¿Usted recuerda si el señor Josías Oliveros tenía discrecionalidad para disponer de su horario de trabajo, si lo pudiera cambiar libremente o si había una directriz que le imponía ese horario? No allá ya nadie podía, ningún funcionario podía disponer de su tiempo porque nosotros tenemos la administradora que era la doctora Liliana Betancourt y el amigo que bien que ya descansa en paz Julio César que era coordinado por don Antonio allá teníamos unos turnos y había que cumplirlos (...) ¿Quiere decir eso que debía digamos existir alguna autorización para el cambio de turno? sí claro, claro era con autorización yo por ejemplo lo hice no sé cuántas veces lo hice (...) que paguen el turno que ya se habló con la doctora Liliana y (...) con el visto bueno de la doctora Liliana que era la coordinadora de esa época (...) ¿Recuerda usted qué elementos requería el señor Josías para el desarrollo de actividades en el hospital y quién se las daba? sí claro las indicaciones siempre se recibían del doctor Eduardo Arboleda ...que era el gerente cuando el doctor Antonio María Gómez Betancur, o en su defecto la señora coordinadora del Centro de Salud Las Ferias que la autora Liliana Betancur o el señor Julio se recibían las ordenes (...) se llevaba un libro de todas las novedades porque como le digo a nosotros nos tocaba de conductor de ambulancia, de camillero, de jardinero, de celador, de portero (...) ¿Infórmele por favor el despacho la ambulancia de propiedad de quién era? la ambulancia era de propiedad del Hospital San Félix (...) ¿Menciona en respuesta al despacho que le daban órdenes, usted por favor nos informa en qué consiste ese tipo de órdenes? las órdenes eran cumplir la labor de 5 de la mañana donde 7 de la mañana a 5 de la tarde, cuando llegue a labores y ... él el coordinador manda un informe mensualmente (...)"

Para cuestionar las pruebas aportadas por la parte actora, el **HOSPITAL SAN FÉLIX E.S.E DE LA DORADA** solicitó la declaración del señor ANTONIO MARÍA GÓMEZ BENTACOURT; el testigo se desempeñaba y aún ocupa el cargo, de administrador de la entidad demandada.

¿Nos indica por favor a qué se dedica? Yo soy el administrador del Hospital desde hace 33 años (...) ¿Usted conoce al señor Josías Oliveros Lis y hace cuanto y por qué lo conoce? Lo conozco porque él tuvo un contrato de prestación de servicios con el hospital en una en una época muy lejana.(...) ¿Usted Recuerda qué tipo de contratación tenía don Josías? Si la memoria no me falla creo que tenía un contrato de prestación de servicios ¿Recuerda usted que actividades realizaba (...)? Él hacía me parece que era el transporte de pacientes (...) ¿Nos indica por favor si recuerda que el señor don Josías debía cumplir algún turno u horario para ejecutar esa función? Hasta donde recuerdo doctora no porque a ellos se les pagaba por viajes, a ellos se les paga el transporte de cada paciente que llevaban (...) ¿Nos podría indicar por favor si él recibía recomendaciones o indicaciones para la ejecución de esa labor o actividad? Doctora no. ¿Con que periodicidad debió realizar sus viajes y señale cuantos días a la semana? Los días que él quisiera porque como se les pagan por viajes (...) Entonces si le resultaba un viaje en esos días se les llamaba a ver si querían hacer el viaje ¿Me recuerda por favor el vehículo que utilizaban para el transporte a quién pertenecía, quién era el propietario? A la empresa social del estado Hospital San Félix (...) ¿Habían empleados de planta que cumplieran la misma labor? No me acuerdo. (...) ¿Nos podría por favor indicar qué pasaba si en algún momento se requería al señor Josías para realizar un viaje y éste no se encontraba disponible? No pasaba nada se llamaba otro de los tantos que habían inscritos para viajes. ¿Usted Recuerda de qué forma se le pagaba al señor Josías Oliveros? Se le pagaba de acuerdo a los viajes que él presentaba (...) ¿(...) el señor Oliveros realizaba el pago de seguridad social y en caso afirmativo como realizaba ese pago a la seguridad social? Ellos todos los que nos hacían la labor de contratos o de prestación de servicios por viaje por actividad, ellos mismos cancelaban toda la parafiscalidad (...)

Aunque del testimonio del señor GÓMEZ BENTANCUR podría concluirse que efectivamente el señor **OLIVEROS LIS** ejerció sus labores con independencia y sin ningún tipo de subordinación, el Juzgado observa que según los testigos de la parte actora, el administrador del **HOSPITAL SAN FÉLIX E.S.E. DE LA DORADA** era una de las personas que impartía instrucciones al demandante, pero no la única.

Por el contrario, de las declaraciones de la parte actora se puede determinar con claridad la subordinación expuesta en el escrito de demanda; se logró acreditar el cumplimiento de órdenes, la sujeción a un horario de trabajo y el desarrollo de funciones en las mismas condiciones de los servidores públicos del ente demandado, destacando además que los testimonios resultan coherentes entre sí sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que el demandante ejecutó los objetos contractuales anteriormente señalados.

Tanto la señora ZULMA LILIANA MUÑOZ QUICENO como quien fue su compañero de labores el señor CÉSAR JAVIER JIMÉNEZ son claros en afirmar que los conductores del Hospital recibían órdenes del Coordinador del Centro de Salud del barrio Las Ferias y del Gerente del Hospital; en el primer caso, era el Médico Coordinador quien asignaba los turnos los cuales sí tenían un horario establecido según las declaraciones.

Ahora, como sustento de las afirmaciones del señor ANTONIO MARÍA GÓMEZ BETANCUR con respecto a la forma en que el accionante prestaba sus servicios y éstos eran remunerados, en el expediente obra algunos documentos denominados Comprante de Egreso⁷; los mismos dan cuenta de los traslados de pacientes que el señor **OLIVEROS LIS** realizaba hacia algunas ciudades del país desde el municipio de La Dorada y la tarifa que correspondía por cada uno de ellos.

Sin embargo, a folio 46 del 01Cuaderno1 se observa la relación de horas por recargo nocturno y festivos que para el mes de julio de 1997 se le reconocieron al accionante. Lo mismo sucede con los documentos que reposan en folios 45 y 47 pero en esto ya no se observa la fecha de elaboración. Para este Juzgado, el reconocer sumas de dinero a título de horas extras y recargos por horas nocturnas y festivos hacen parte del concepto de salario en un sentido amplio y (...) *tienen origen en la relación laboral y constituyen remuneración o contraprestación por la labor realizada o el servicio prestado*⁸; el pago de sumas de dinero por estos conceptos no son admisibles en el marco de una relación de prestación de servicios, en cambio son típicos de una relación laboral.

De la declaración de la señora ZULMA LILIANA MUÑOZ QUICENO se destaca además que la testigo hace mención a la existencia de otros funcionarios de planta que incluso hacían las mismas labores del accionante; entre tanto el administrador del Hospital afirma no recordar si había personal de carrera administrativa ejerciendo estas labores.

Si bien estas personas no se identifican en el relato de la testigo, sus afirmaciones pueden confirmarse con el manual de funciones y competencias laborales que la entidad aportó al expediente. A folio 311 del archivo 01Cuaderno1, se observa que dentro de la planta de personal del **HOSPITAL SAN FÉLIX E.S.E. DE LA DORADA** se incluyó un cargo de Conductor que cuenta como función principal la de conducir los vehículos que le fueran asignados y mantener perfecto su estado técnico y mecánico (...) *especialmente de las ambulancias*.

Es claro entonces que para el cargo de conductor sí estaba contemplada la existencia de una relación legal y reglamentaria típica de un contrato de trabajo y por ello la relación del señor **OLIVEROS LIS** no podía ser diferente de la que ya se incluía en el manual de funciones y competencias laborales adoptado por el **HOSPITAL SAN FÉLIX E.S.E. DE LA DORADA**.

⁷ Fls 74 a 77 y 80 a 88 01Cuaderno1

⁸ Sentencia SU 995-de 1999. M.P Carlos Gaviria Díaz.

Esta circunstancia también confirma que las actividades desplegadas por el demandante hacen parte del giro ordinario de la entidad demandada y que deben ser desplegadas día a día, esto es de manera continua; estas circunstancias resultan coherente con el objeto para el cual fue contratado el señor **JOSÍAS OLIVEROS LIS** como conductor.

Así las cosas, de todo el material probatorio allegado al presente trámite se concluye que en la relación contractual de prestación de servicios del demandante con el **HOSPITAL SAN FÉLIX E.S.E. DE LA DORADA**, existió subordinación. Este elemento se demuestra no solo con el cumplimiento de horario, sino con la ejecución de órdenes, la exigencia de pedir previamente permiso para ausentarse de sus labores, las directrices impartidas desde la Gerencia o Coordinación del Centro de Salud de la entidad, el pago de sumas propias de un contrato laboral y la existencia de cargos de planta equivalentes.

- La retribución:

Al respecto, en las copias de los contratos de prestación de servicios y cuentas de cobro allegadas con la demanda (fls 41 a 96 01Cuaderno1) se puede colegir que la labor para la cual fue contratado el señor **JOSÍAS OLIVEROS LIS** efectivamente contemplaba una retribución.

Teniendo en cuenta que los documentos a los que se ha hecho alusión fueron allegados al proceso de la forma establecida en el artículo 245 C.G.P., y que contra los mismos en ningún momento existió oposición o manifestación alguna que permitiera restarles credibilidad, es menester atribuirles el valor probatorio que merecen y en consecuencia dar por demostrado el elemento *remuneración* como tercer componente de la relación laboral.

2.3. Conclusión.

Con las pruebas aportadas al expediente se acredita que la situación del demandante se enmarca en una relación laboral y no de prestación de servicios; durante su vinculación se encontraba subordinado a las directrices impartidas por la entidad demandada recibiendo constantemente instrucciones para la realización de sus funciones y cumpliendo un horario de trabajo. Esta situación deja ser una mera coordinación, para convertirse en verdaderas órdenes de cómo, cuándo y dónde prestar sus labores.

En consecuencia, se configura la existencia del contrato realidad quedando desvirtuada la vinculación como contratista para dar lugar a una de carácter sustancial laboral⁹ – configuración de contrato realidad alegado por la parte actora –; por las mismas razones, se darán por no acreditadas las excepciones de Inexistencia del Vínculo laboral pretendido y ausencia de ocultamiento de la realidad y Ausencia de los elementos del contrato realidad propuestas por la entidad accionada.

⁹ Ver sentencia del H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente: Dr. Jesús María Lemos Bustamante, sentencia del 10 de febrero de 2005.

2.4 Restablecimiento del derecho.

Una de las consecuencias de la relación laboral es precisamente otorgar al trabajador los derechos, obligaciones y beneficios inherentes a su condición, siendo la justificación principal para reconocer dicho status.

El fundamento según el cual el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño; desde luego, esta reparación no podrá consistir en un restablecimiento del derecho como el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pero sí el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas.

En ese orden de ideas, se reconocerá el *contrato realidad* existente entre las partes durante los siguientes periodos de tiempo:

- ✓ Del 30 de octubre de 1996 al 31 de marzo de 2000.
- ✓ Del 01 de enero de 2001 al 30 de noviembre de 2001.
- ✓ Del 01 de marzo de 2002 al 30 de noviembre de 2002.

De la anterior declaración en principio, se derivaría una condena en contra del demandado **HOSPITAL SAN FÉLIX E.S.E DE LA DORADA** consistente en el pago, a título de indemnización, de las sumas equivalentes a las prestaciones sociales que faltaron por reconocer a favor del accionante. No obstante, en este caso estas sumas no se solicitaron con la demanda porque claramente ha operado el fenómeno de la prescripción como lo alega la demandada.

En efecto, en torno al tema el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 preceptúa lo siguiente:

1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y este decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.
2. El simple reclamo escrito del empleado oficial, formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

Con sentencia de unificación de fecha 25 de agosto de 2016¹⁰, la Sección Segunda del Consejo de Estado se ocupó específicamente del tema de la

¹⁰ C.P Carmelo Perdomo Cuéter, Radicado 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)CE-SUJ2-005-16

prescripción de los derechos derivados del contrato realidad, estableciendo las siguientes pautas:

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, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad.

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 (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.

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 (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA).

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, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.

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, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral).

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 entre el demandante y la agencia estatal accionada, 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 igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho, y (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados.

Conforme a la posición del Alto Tribunal, es claro que los derechos procedentes del contrato realidad prescriben a los tres años contados a partir de la terminación del vínculo contractual. En el caso y de acuerdo con las pruebas recaudadas en el proceso, la relación laboral del señor **JOSÍAS OLIVEROS LIS** terminó el 30 de noviembre de 2002, por tanto contaba hasta el 30 de noviembre de 2005 para presentar su reclamación; sin embargo, el accionante sólo presentó su petición el 21 de mayo de 2015, más de nueve años después del plazo oportuno para realizarlo.

En este sentido se declarará parcialmente probada la excepción de prescripción en cuanto a los derechos derivados de la relación laboral que se ha encontrado probada entre el accionante y el **HOSPITAL SAN FÉLIX E.S.E. DE LA DORADA** y que se encuentran representados en las prestaciones sociales que el ente territorial dejó de cancelar.

A pesar de esta declaración, en aplicación a la sentencia de unificación acabada de citar es necesario aclarar que dicho fenómeno extintivo no aplica para los aportes pensionales. En consecuencia, se ordenará a la Empresa Social del Estado tomar (durante el tiempo comprendido entre el 30 de octubre de 1996 al 31 de marzo de 2000, el 01 de enero de 2001 al 30 de noviembre de 2001 y el 01 de marzo de 2002 al 30 de noviembre de 2002) el ingreso base de cotización (IBC) pensional del demandante (sueldo y demás factores salariales pagados y que aplican para el efecto), mes a mes.

Si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador; el actor deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante su vínculo laboral y en la eventualidad que no la hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

Igualmente se declarará que el tiempo laborado para el **HOSPITAL SAN FÉLIX E.S.E. DE LA DORADA** durante el periodo comprendido entre el 30 de octubre de 1996 al 31 de marzo de 2000, el 01 de enero de 2001 al 30

de noviembre de 2001 y el 01 de marzo de 2002 al 30 de noviembre de 2002, se debe computar para efectos pensionales.

Las sumas que deberá cancelar la entidad accionada por concepto de aportes para pensión se actualizarán de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente (R) se determinará al multiplicar el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de la causación de la prestación).

La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente:

$$R = RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

Se aclara que por tratarse de obligaciones de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, conforme el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

III. CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA:

En el presente caso, la demandada cumplirá la presente providencia en la forma y términos de los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

IV. COSTAS

Con fundamento en el artículo 188 del C.P.A.C.A., se condena en costas a la parte demandada, cuya liquidación y ejecución se harán conforme al artículo 366 del Código General de Proceso, por cuanto se evidenció la actividad del abogado de la parte actora efectivamente realizada dentro del proceso y la generación de gastos procesales, atendiendo el criterio objetivo – valorativo adoptado por Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa¹¹.

Se fijan Agencias en Derecho por el equivalente al 1% del valor de las pretensiones de la demanda¹².

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

¹¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Bogotá D.C., 22 de febrero de 2018. Expediente N°: 250002342000201200561 02 (0372-2017).

¹² Según el Acuerdo No. 1887 de 2003, puesto que el Acuerdo PSAA-10-554 de 2016 rige para los procesos iniciados a partir de su vigencia.

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de Falta de legitimación en la causa por pasiva; Ausencia de los elementos del contrato realidad; Inexistencia del vínculo laboral pretendido; Ausencia de ocultamiento de la realidad y Genérica; y **PARCIALMENTE PROBADA** la excepción de prescripción; propuestas por el **HOSPITAL SAN FELIX E.S.E DE LA DORADA**.

SEGUNDO: SE DECLARA la existencia de la relación laboral entre el **HOSPITAL SAN FELIX E.S.E DE LA DORADA** y el señor **JOSIAS OLIVEROS LIS** durante el periodo comprendido entre el 30 de octubre de 1996 al 31 de marzo de 2000, el 01 de enero de 2001 al 30 de noviembre de 2001 y el 01 de marzo de 2002 al 30 de noviembre de 2002.

TERCERO: DECLARAR LA NULIDAD del oficio el oficio ADM-300 RG 521 de 13 de mayo de 2015 y de la Resolución 634 de 24 de junio de 2015 que resuelve recurso de reposición.

CUARTO: A título de restablecimiento del derecho ordénese al **HOSPITAL SAN FÉLIX E.S.E DE LA DORADA** tomar (durante el tiempo comprendido entre el 30 de octubre de 1996 al 31 de marzo de 2000, el 01 de enero de 2001 al 30 de noviembre de 2001 y el 01 de marzo de 2002 al 30 de noviembre de 2002) el ingreso base de cotización (IBC) pensional del demandante (sueldo y demás factores salariales pagados y que aplican para el efecto), mes a mes.

Si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador; el actor deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante su vínculo laboral y en la eventualidad que no la hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador, conforme a la parte motiva de esta decisión.

QUINTO: El **HOSPITAL SAN FÉLIX E.S.E. DE LA DORADA** hará la actualización sobre las sumas adeudadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 187 (inciso final) del C.P.A.C.A, teniendo en cuenta los índices de inflación certificados por el DANE y mediante la aplicación de la siguiente fórmula matemática adoptada por el Consejo de Estado:

$$R = RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

SEXTO: El **HOSPITAL SAN FÉLIX E.S.E. DE LA DORADA** DARÁ cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A, **PREVINIÉNDOSE** a la parte demandante de la carga prevista en el inciso 2º del artículo 192 ibídem.

SÉPTIMO: DECLÁRESE que el tiempo laborado por el señor **CESAR OSORIO BOTERO** como conductor de ambulancia en los siguientes

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:

998abaa2fe317493abb408cd74c3a0de193b37134d8197ab3a3d408c70589f3c

Documento generado en 26/03/2021 05:15:37 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL
CIRCUITO DE MANIZALES**

Manizales, veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Sentencia:	34-2020
Radicación:	17001-33-39-007- 2017-00371 -00
Proceso:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante:	ACENETH MONTENEGRO PEÑA
Demandados:	NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y MUNICIPIO DE MANIZALES (desvinculada)
Llamadas en garantía:	SANDRA GÓMEZ ARIAS EN SU CONDICIÓN DE PRESIDENTA DE LA FIDUPREVISORA S.A. y Q.B.E. SEGUROS

En virtud de lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 13 del Decreto Legislativo No. 806 del 4 de junio del 2010, el Juez Administrativo deberá dictar sentencia anticipada, cuando *“se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas, caso en el cual correrá traslado para alegar por escrito, en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 y la sentencia se proferirá por escrito”*.

Colofón de lo antepuesto, procede el despacho a decidir sobre las pretensiones formuladas en el proceso de la referencia, para lo cual se tendrá en cuenta lo precisado en el auto del 24 de noviembre de 2020, respecto de las excepciones y el decreto de pruebas.

ANTECEDENTES

I. LA DEMANDA

Por intermedio de apoderado judicial, la parte actora, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, demandó a la NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO solicitando lo siguiente:

“5.1.1. Que se DECLARE la NULIDAD TOTAL de la RESOLUCIÓN SE-FPSM 285 DEL 09 DE MARZO DEL 2017 “POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE UNA SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO DE SANCIÓN POR MORA EN EL PAGO DE CESANTÍA AL SEÑOR(A) ACENET MONTENEGRO

PEÑA", por medio de la cual el FOMAG negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria a la que mi poderdante tenía derecho de conformidad con la ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 del 2006.

5.1.2. Que se declare que mi poderdante, la señora **ACENET MONTENEGRO PEÑA** tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en las Layes 244 de 1995 y 1071 del 2006, a razón de un día de salario, por cada día de mora, entre la fecha de solicitud de sus cesantías parciales **08/08/2016** y la fecha del pago efectivo de esta prestación **13/12/2016**, descontados los 70 días establecidos en la Ley 1071 del 2006. (...)"

En cuanto a los hechos expuestos por la parte actora se tiene en síntesis que:

Es docente en la Institución Educativa Instituto Técnico Francisco José de Caldas del Municipio de Manizales.

De conformidad con los lineamientos señalados en la Ley 91 de 1989, se encuentra vinculada al FOMAG.

El 8 de agosto de 2016 radicó ante la Secretaria del Educación de Manizales Caldas –FOMAG solicitud de reconocimiento y pago de cesantía parcial.

El 26 de agosto de 2016 se expidió por parte del FOMAG la Resolución 0607 *"por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una cesantía parcial para compra de vivienda."*

El pago efectivo de las mencionadas cesantías, se llevó a cabo el 13 de diciembre de 2016, a través de consignación en el Banco BBVA.

Entre la fecha de solicitud y pago de cesantía parcial, transcurrieron más de 70 días hábiles, término superior al señalado por la Ley 244 de 1995, modificado y adicionado por la Ley 1071 del 2006, para el reconocimiento y pago de esta prestación; transcurriendo 16 días hábiles de mora.

El 28 de febrero de 2017 interpuso derecho de petición al FOMAG solicitando el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías, y a través de la Resolución SE-FPSM 285 del 09 de marzo del 2017 el FOMAG resolvió negar la sanción deprecada.

Normas violadas y concepto de la violación

Las normas que la parte demandante considera han sido violadas son las siguientes:

- Ley 91 de 1989, artículos 5 y 15
- Ley 244 de 1995, artículos 1 y 2
- Ley 1071 de 2006, artículos 4 y 5

Señaló que la decisión administrativa acusada fue expedida con infracción de las normas en que debía fundarse, las cuales establecen el término perentorio para el

reconocimiento y pago de las cesantías de los servidores públicos, so pena de incurrir en sanción por mora.

II. TRAMITE PROCESAL

Después de surtirse la fase escrita del procedimiento, se profirió auto del 24 de noviembre de 2020, en el que se resolvieron excepciones, se decretaron pruebas y se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que dentro de los 10 días siguientes presentaran sus alegatos de conclusión por escrito. Vencido el término de traslado de alegatos el proceso ingresó a Despacho para proferir sentencia escrita.

III. ACTUACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA:

NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO: Manifiesta que el procedimiento regulado por la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005, son aplicables al caso de las prestaciones sociales del personal docente afiliado al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por lo que mal haría al aplicar el régimen establecido en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, pues difiere a grandes rasgos del procedimiento especial de los docentes y más aún en hacer extensiva una norma general para un procedimiento que se encuentra regulado en una norma especial que no la contempla, tal como sucede con la sanción moratoria.

Afirmó también que las solicitudes de reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes no dependen exclusivamente de una sola entidad, pues en ella concurren tanto la Secretaria de Educación del ente territorial como la Fiduprevisora.

Propuso las excepciones denominadas: i) FALTA DE INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO – LITISCONSORTE NECESARIO, ii) INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, iii) INEXISTENCIA DEL DEMANDADO – FALTA DE COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN PARA EXPEDIR EL ACTO ADMINISTRATIVO Y RECONOCER EL DERECHO RECLAMADO; iv) CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, v) PRESCRIPCIÓN, vi) RÉGIMEN PRESTACIONAL ESPECIAL E INAPLICABILIDAD DE LA LEY 1071 DE 2006 AL RÉGIMEN DOCENTE; vii) DETRIMENTO PATRIMONIAL AL ESTADO; viii) COBRO DE LO NO DEBIDO; ix) BUENA FE y x) GENÉRICA.

Por su parte se recuerda que el **MUNICIPIO DE MANIZALES** fue desvinculado del presente trámite a través de auto interlocutorio No. 688 del 24 de noviembre de 2020, razón por la cual no se hará mención de los argumentos expuestos por esta entidad territorial en la contestación a la demanda, toda vez que resulta innecesario.

IV. ACTUACIÓN DE LAS LLAMADAS EN GARANTÍA

SANDRA GÓMEZ ARIAS –LLAMADA EN GARANTÍA PROCURADURÍA DELEGADA ANTE EL DESPACHO: Afirma que se opone a todas y cada una de las pretensiones del llamamiento en garantía con fines de repetición formulado por el Ministerio Público, por las siguientes razones i) INDEBIDA ESCOGENCIA DEL MEDIO DE CONTROL; ii) CONFORMIDAD DEL ACTO ACUSADO CON EL ORDEN JURÍDICO; iii) PAGO TOTAL; iv) INEXISTENCIA DEL PERJUICIO. IMPROCEDENCIA DEL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO PRETENDIDO EN LA DEMANDA; v) COBRO DE LO DEBIDO; vi) CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO y vii) PRESCRIPCIÓN.

Respecto al llamamiento en garantía formuló los medios exceptivos de: i) IMPROCEDENCIA DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA CON FINES DE REPETICIÓN EN CONTRA DE SANDRA GÓMEZ ARIAS EN SU CALIDAD DE PRESIDENTE DE FIDUPREVISORA; ii) LA LLAMADA EN GARANTÍA CON FINES DE REPETICIÓN SANDRA GÓMEZ ARIAS NO ORIGINÓ LA ILEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS SEÑALADOS EN LA DEMANDA; iii) ACTUACIÓN DE FIDUPREVISORA COMO ORGANIZACIÓN; iv) AUSENCIA DE DOLO O CULPA GRAVE IMPUTABLE A SANDRA GÓMEZ ARIAS y v) GENÉRICA.

QBE SEGUROS S.A. -HOY ZLS ASEGURADORA DE COLOMBIA S.A. - LLAMADA EN GARANTÍA DE SANDRA GÓMEZ ARIAS: Asegura que dentro del proceso no obra prueba que permita establecer que existió en el actuar de la señora Gómez Arias en calidad de presidente de la Fiduprevisora A.S., alguna acción u omisión que pueda ser calificada como gravemente culposa en los términos de la Ley 678 de 2001, sumado al hecho que ni siquiera operan las presunciones establecidas en los artículos 5 y 6 de la precitada ley, puesto que no existe aunque sea prueba sumaria que ésta hubiese actuado con dolo o culpa grave, necesarias para desencadenar un llamamiento en garantía y una posible repetición.

Frente a la demanda propuso como excepciones: i) IMPROCEDENCIA DEL RECONOCIMIENTO DE LA INDEXACIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA; ii) AUSENCIA DE PRUEBA DE LA EXISTENCIA DE CULPA GRAVE EN CABEZA DE LA SEÑORA SANDRA GÓMEZ ARIAS e iii) IMPROCEDENCIA DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍAS CON FINES DE REPETICIÓN EFECTUADO A SANDRA GÓMEZ ARIAS.

Frente al llamamiento en garantía elevó las excepciones de: i) DELIMITACIÓN TEMPORAL DE LA COBERTURA –MODALIDAD DE RECLAMACIÓN O CLAIMS MADE; ii) IMPROCEDENCIA DE CONDENA EN CONTRA DE ESA ASEGURADORA HASTA TANTO NO SE DECLARE UNA RESPONSABILIDAD A CARGO DE SANDRA GOMEZ ARIAS DERIVADA DE UN ACTO DE GESTIÓN INCORRECTO; iii) LÍMITE DE LA COBERTURA PACTADA EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA SERVIDORES PÚBLICOS No. 000706541035; iv) DISPONIBILIDAD EN COBERTURA DEL VALOR ASEGURADO EN RELACIÓN CON LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA SERVIDORES PÚBLICOS; v) AUSENCIA DE COBERTURA DE DOLO RESPECTO DE LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA SERVIDORES PÚBLICOS No. 000706541035, y vi) CADUCIDAD.

Frente a las excepciones previas propuestas, el Despacho se pronunció mediante auto del 24 de noviembre de 2020 restando resolver en esta oportunidad las clasificadas como de mérito y frente a las cuales no ha habido pronunciamiento.

V. ALEGATOS DE CONCLUSION

La **PARTE DEMANDANTE** y la **NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** no se pronunciaron en esta etapa procesal.

QBE SEGUROS S.A. -HOY ZLS ASEGURADORA DE COLOMBIA S.A.: Considera que no están llamadas a prosperar las pretensiones de la demanda, y en lo que respecta a la indemnización moratoria es necesario reiterar que ésta es considerada una sanción o una penalidad de carácter económico la cual no es susceptible de ser indexada, situación que solicita declarar en la sentencia, con base en la reiterada línea trazada por el Consejo de Estado como máximo órgano de la jurisdicción que nos compete en este asunto, en su sentencia de Unificación Jurisprudencial 00580 de 2018.

Adicionalmente, afirma en nuestra legislación del juicio fiscal no existe una definición para la culpa grave, por lo que es válido recurrir a la contenida en la Ley 678 de 2001, que al referirse a la acción de repetición y llamamiento en garantía contiene una definición de culpa grave, así:

“Artículo 6º. Culpa grave. La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando daña es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones”

Por su parte el Código Civil en su artículo 63 del Código Civil, define la culpa grave de la siguiente forma:

“Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale a dolo”

Alegando que como se puede observar, para que sea posible la imputación de responsabilidad no es suficiente con que se verifique la existencia de un detrimento patrimonial sino que el mismo debe derivarse de un comportamiento calificado y no de cualquier olvido o descuido, sino que se requiere probar con rigurosidad la infracción directa de la Constitución o de la Ley, lo cual en estos procesos no sucedió.

Frente a lo que respecta a la responsabilidad derivada de la Póliza de Responsabilidad Civil para Servidores Públicos No. 000706541035, advierte que esta sólo procede cuando se declare la responsabilidad de la señora SANDRA GÓMEZ ARIAS, por la consumación de un acto de gestión incorrecto que conlleve al Estado a un reconocimiento indemnizatorio en virtud a una condena, conciliación u otra forma de terminación del proceso, por tanto, en tanto no se compruebe la responsabilidad de la asegurada en el caso concreto, tampoco se verá comprometida la responsabilidad patrimonial de la aseguradora.

SANDRA GÓMEZ ARIAS: Reiteró los argumentos que fueron expuestos dentro del escrito de contestación a la demanda y al llamamiento en garantía frente a los

medios exceptivos propuestos, solicitando desestimar en su totalidad las súplicas de la demanda, y por tanto negar las pretensiones del llamamiento en garantía con fines de repetición formulado en su contra.

CONSIDERACIONES

A. PROBLEMA y ANÁLISIS JURÍDICO:

De conformidad, con lo expuesto el problema jurídico a resolver es el siguiente:

¿Es procedente declarar la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales se negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por no haberse cancelado las cesantías en los plazos que ordena la ley?

¿Está llamado a prosperar el llamamiento en garantía con fines de repetición efectuado por el Ministerio Público frente a la señora Sandra Gómez Arias en calidad de Presidente de la Fiduprevisora?

En caso de darse lo anterior:

¿Está llamado a prosperar el llamamiento en garantía realizado por Sandra Gómez Arias, en calidad de Presidente de la Fiduprevisora S.A en contra de QBE Seguros S.A. -Hoy ZLS Aseguradora de Colombia S.A.?

Para el estudio del problema jurídico principal, el Despacho considera necesario abordar los siguientes problemas jurídicos asociados:

- 1) ¿Cuál es el carácter de la cesantía y el objeto de la sanción moratoria?;**
- 2) ¿Cuál es el régimen aplicable a los docentes regulados por la Ley 91 de 1989, para el reconocimiento y pago de las cesantías?**
- 3) ¿Existe alguna obligación por parte de las llamadas en garantía?**

1. El carácter prestacional de las cesantías y la finalidad de la sanción moratoria por su pago tardío:

El régimen laboral colombiano consagra unas garantías y beneficios de contenido económico a favor de los trabajadores llamadas: *prestaciones sociales*, las cuales si bien no constituyen salario porque no corresponden técnicamente a una remuneración por su trabajo, sí lo complementan y hacen referencia a una contraprestación que debe asumir el empleador con la finalidad de cubrir los riesgos a los que está expuesto el trabajador.

Dentro de las mencionadas prestaciones se encuentra el auxilio de cesantía, la cual ha sido considerada por la jurisprudencia constitucional como un derecho irrenunciable de todos los trabajadores que debe asumir el empleador, con el doble fin de que el empleado pueda atender sus necesidades mientras permanece cesante y además pueda, en caso de requerirlo, satisfacer otros requerimientos importantes como vivienda y educación. En la sentencia C-310 de 2007, la Corte Constitucional señaló que *"la cesantía consiste en una prestación que responde a una clara orientación social en el desarrollo de las relaciones entre empleador y trabajador, estableciéndose un mecanismo que busca, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro*

-en el caso del pago parcial de cesantía-, permitir al trabajador satisfacer sus necesidades de capacitación y vivienda”.

Atendiendo este carácter, las normas laborales han dispuesto un término perentorio para que los empleadores consignen el valor de esta prestación social, so pena de incurrir en una **sanción moratoria**, teniendo en cuenta que el retardo del empleador causa un daño económico al trabajador, bien sea por la pérdida de la oportunidad de utilización efectiva de los fondos o por la necesidad de contratar créditos mientras se produce el desembolso.

La Corte Constitucional en sentencia SU-400 del 28 de agosto de 1997, sostuvo que el retardo en el pago de las cesantías genera una pérdida del poder adquisitivo de aquella, y que es por ello que dicho deterioro debe ser asumido por el patrono y no por el trabajador.

2. Régimen aplicable a los docentes regulados por la Ley 91 de 1989, para el reconocimiento y pago de las cesantías:

La Ley 91 de 1989 *“Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*, regula lo concerniente a las prestaciones sociales tanto de los docentes nacionalizados como de los docentes nacionales.

En su artículo 1º, distingue a los docentes nacionales de los nacionalizados, en el sentido de que los primeros, son los que se vinculan por nombramiento del Gobierno Nacional, y los segundos, son los que se vinculan por nombramiento de la entidad territorial antes del 1º de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 43 de 1975 ¹.

Por su parte, el Numeral 1º de su artículo 15 establece, que a partir de su vigencia, el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990, se regirá de la siguiente manera: los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes, y los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para los mismos efectos, 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.

De acuerdo con el artículo 15 numeral 3 de la ley 91 de 1989, de manera particular, en lo que atañe a las cesantías de los docentes nacionalizados, se conservó el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial, y frente a los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, se dispuso que se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

¹ Ley 43 del 11 de diciembre de 1975 *“Por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los municipios, las intendencias y comisarías; y se distribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones”*. **Artículo 10º.-** *“En adelante ningún departamento, intendencia o comisaría, ni el Distrito Especial, ni los municipios podrán con cargo a la Nación, crear nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria, ni tampoco podrán decretar la construcción de nuevos planteles de enseñanza media, sin la previa autorización, en ambos casos, del Ministerio de Educación Nacional”*.

Por su parte, la Ley 1071 de 2006, "POR MEDIO DE LA CUAL SE ADICIONA Y MODIFICA LA LEY 244 DE 1995, SE REGULA EL PAGO DE LAS CESANTÍAS DEFINITIVAS O PARCIALES A LOS SERVIDORES PÚBLICOS, SE ESTABLECEN SANCIONES Y SE DAN TÉRMINOS PARA SU CANCELACIÓN, en el artículo 2º estableció de la siguiente forma su ámbito de aplicación:

Artículo 2. Ámbito de aplicación. Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro.” (Subrayas del Despacho).

La misma ley, en cuanto al término para dar respuesta a la solicitud de cesantías parciales o definitivas dispuso:

"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 demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este.”

Ahora bien, en sentencia de unificación de fecha 18 de julio de 2018² el Consejo de Estado, definió las siguientes reglas jurisprudenciales para dar solución a los problemas jurídicos relacionados con el reconocimiento de sanción por mora en el sector docente:

“3.5.1 **Unificar jurisprudencia** en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el **docente oficial**, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.

² Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018.

3.5.2 **Sentar jurisprudencia** precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

194. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley³ para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

195. De otro lado, también se **sienta jurisprudencia** precisando que cuando se interpone el recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.

1.5.3 **Sentar jurisprudencia** señalando que, tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

3.5.4 **Sentar jurisprudencia**, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA.” (Resaltado original)

Así las cosas, en los casos de docentes oficiales por tratarse de **servidores públicos**, la moratoria en el pago de las cesantías se rige por el procedimiento contemplado en la Ley 244 de 1995 adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, por lo que luego de presentada la solicitud, la Entidad cuenta con 15 días máximo para expedir la resolución de liquidación de las cesantías definitivas y/o parciales, 10 días de ejecutoria y 45 días hábiles para el pago, luego de los cuales empezará a correr la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retardo. Cobra relevancia indicar sobre este aspecto, que la ley no hace diferencia en los términos de reconocimiento de la cesantía y en este aspecto no interesa si se trata de retiro parcial o retiro definitivo; para ambos casos, el trámite tiene establecidos exactamente los mismos tiempos.

Quiere decir lo anterior, que una vez transcurridos 70 días hábiles⁴ desde la

³ Artículos 68 y 69 CPACA.

⁴ Artículo 76 del C.P.A.C.A. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de **los diez (10) días siguientes** a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez (...).

presentación de la solicitud de reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas, sin que se haya realizado su pago efectivo, se causa el derecho a recibir la indemnización por mora, equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo.

3. EXISTE OBLIGACIÓN ALGUNA POR PARTE DE LAS LLAMADAS EN GARANTÍA

La Procuradora 70 judicial I para Asuntos Administrativos formuló llamamiento en garantía con fines de repetición, frente a la Ministra de Educación y la presidenta de Fiduprevisora S.A, refiriendo que en el expediente hay prueba sumaria del pago tardío de las cesantías a la parte accionante, dando lugar a la causación de la sanción por mora establecida en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 y que tanto la presidenta de la Fiduciaria como la Ministra de Educación han incumplido con las funciones determinadas en el artículo 7 de la Ley 91 de 1989, como lo es velar por el cumplimiento y correcto desarrollo de los objetivos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.

Adicionalmente allega el contrato de fiducia suscrito entre el Ministerio de Educación Nacional y la fiduciaria La Previsora S.A. mediante escritura pública 83 de 1990 y sus respectivos otrosí, con los cuales se autoriza a la fiduciaria para administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En el punto se debe hacer referencia al contenido del artículo 1226 del Código de Comercio, el cual trae el siguiente concepto de fiducia mercantil:

"La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario. Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario. Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios."

Observa el despacho que, la Sociedad Fiduciaria simplemente cumple una función de administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989 como una *cuenta especial de la Nación*, que tiene a su cargo el *pago* de las prestaciones sociales de los docentes que, de conformidad con el artículo 9 de la Ley 91 de 1989 *"...serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que **delegará** de tal manera que se realice en las entidades territoriales"*.

Así las cosas, se concluye que con el contrato de fiducia suscrito entre el Ministerio de Educación Nacional y la fiduciaria La Previsora S.A. no se transfieren obligaciones legales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Cabe anotar además que de las pruebas que obran en el expediente, no se desprende que la actuación de la llamada en garantía con fines de repetición

(Sandra Gómez Arias) se pueda calificar con certeza de dolosa o gravemente culposa, de lo que se infiere que no se encuentra probada la responsabilidad subjetiva en la conducta de la llamada en garantía, que es precisamente uno de los requisitos de procedibilidad de la acción de repetición. Respecto del dolo se debe indicar que conlleva que el agente haya actuado de manera no sólo consciente y voluntaria, sino además con conocimiento de la irregularidad de su comportamiento y con la intención de producir las consecuencias nocivas a la entidad; la culpa grave a su vez involucra conocimiento de la infracción que se podía cometer pero confiando en evitar el resultado dañino. Así pues, no existen pruebas que acrediten que la Presidente de la Fiduprevisora S.A, haya actuado motivada por fines personales, o con miras a favorecer a terceros, influenciado por una causa contraria al cumplimiento efectivo de los deberes públicos, con falta de diligencia o cuidado o una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones, de lo que se desprende y determina que su conducta no puede catalogarse como dolosa o gravemente culposa.

Colofón de lo antepuesto, se declarará que no prospero el llamamiento en garantía solicitado por el Ministerio Público a cargo de La Fiduciaria La Previsora S.A, por lo que no hay lugar a pronunciarse con relación del llamamiento en garantía formulado por la señora Sandra Gómez Arias en contra de QBE SEGUROS S.A.

B. EL CASO CONCRETO.

Conforme consta a folio 16 del cuaderno principal –Expediente digitalizado, la señora ACENETH MONTENEGRO PEÑA en su calidad de docente, solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías el día 8 de agosto de 2016.

Según recibo que obra a folio 20 del cuaderno principal –Expediente digitalizado, emitido por el Banco BBVA el pago de la prestación ocurrió el 23 de noviembre de 2016.

De acuerdo con lo anterior, concluye el Despacho que los setenta (70) días hábiles posteriores a la fecha en que fue radicada la solicitud, previstos para el reconocimiento y pago de la prestación social (Cesantía), se cumplieron el 18 de noviembre de 2016.

Por tanto, el período en el que ha de aplicarse la sanción moratoria es del 19 al 22 de noviembre de 2016.

C. PRESCRIPCIÓN

Respecto al reconocimiento de la sanción moratoria, es pertinente hacer alusión al tema de la prescripción de los derechos salariales y prestacionales sobre los cuales el Consejo de Estado se ha pronunciado recientemente⁵:

“(…) Como se señaló en forma previa, los salarios moratorios, que están a cargo del empleador que incumpla su obligación de consignar las cesantías en el término que la ley concede, no son accesorios a la prestación “cesantías”.
Si bien es cierto se causan en torno a ellas, no dependen directamente de su

⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda. Subsección A. Consejero ponente: William Hernández Gómez. Bogotá D.C., quince (15) de febrero de dos mil dieciocho (2018). Rad. No.: 27001-23-33-000-2013-00188-01(0810-14).

reconocimiento, ni hacen parte de él; pues su causación es excepcional, está sujeta y deviene del incumplimiento u omisión del deber legal consagrado a cargo del empleador, están concebidas a título de sanción, por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación de esa prestación.

Como hacen parte del derecho sancionador y a pesar de que las disposiciones que introdujeron esa sanción en el ordenamiento jurídico, no consagran un término de prescripción, no puede considerarse un derecho imprescriptible, pues bien es sabido que una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles.

Siendo así y como quiera que las Subsecciones A y B han aplicado la prescripción trienal en asuntos relativos a sanción moratoria, se considera que no hay controversia alguna sobre ese particular; no obstante, sí es del caso precisar que la norma que se ha de invocar para ese efecto, es la consagrada en el Código de Procedimiento Laboral, artículo 151, que es del siguiente tenor literal:

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

La razón de aplicar esta disposición normativa y no el término prescriptivo consagrado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, previamente citados, consiste en que tales decretos en forma expresa señalan que la prescripción allí establecida, se refiere a los derechos de que tratan las referidas normas, entre los cuales no figura la sanción moratoria, pues para la época de su expedición, la sanción aludida no hacía parte del ordenamiento legal, la que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990. [...]» (Subraya de la Subsección) (...).”

En el presente caso no se configura la prescripción trienal de la sanción moratoria reconocida a favor de la demandante, como quiera que entre la fecha en la cual se hizo exigible su pago, esto es el 19 de noviembre de 2016 y la fecha de presentación de la reclamación administrativa el 28 de febrero de 2017⁶, no transcurrieron más de tres años conforme a lo establecido en la norma transcrita.

Por lo anterior, se declarará no probada la prescripción.

D. CONCLUSIÓN

En virtud de lo ampliamente expuesto en la presente providencia, considera el Despacho, que a la demandante, le asiste el derecho a obtener el pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006, por la tardanza en la que incurrió la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en proceder al reconocimiento y pago de las cesantías a las que tenían derecho y en tal virtud, queda evidentemente desvirtuada, la presunción de legalidad

⁶ Folio 21 del cuaderno principal –Expediente digitalizado.

de la actuación administrativa discutida en el presente caso; siendo por tanto necesario declarar su nulidad.

RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

A título de restablecimiento del derecho, La Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, deberá cancelar a la demandante la indemnización moratoria establecida en el parágrafo del artículo 5º de la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago y en los términos expuestos de manera precedente. La sanción será liquidada con la asignación básica vigente a la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público, en caso de mora en el pago de cesantías definitivas, o con la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, en caso de mora en el pago de cesantías parciales, sin que varíe por la prolongación de la mora en el tiempo, por lo que en el presente caso la misma se hará con la asignación del año 2016.

E. INDEXACIÓN

Frente a este punto combine indicar que el Órgano de Cierre de esta Jurisdicción en Sentencia de Unificación No. 00580 de 2018 de 18 de julio de 2018, sentó jurisprudencia iterando la improcedencia de la indexación de la sanción moratoria en el siguiente sentido:

“189. Ahora bien, esta situación debe ser mirada desde la óptica de ser una sanción que se causó al constituirse en mora y cesar con el pago de la cesantías, y ese contexto, la sentencia que la reconoce simplemente declara su ocurrencia y la cuantifica, sin que ello implique el incumplimiento de una obligación generada por ministerio de la ley, tratándose de empleados públicos, susceptible de ser ajustada con los índices de precios al consumidor, cuyo propósito es mantener la capacidad adquisitiva y la finalidad que la justifica en el ordenamiento jurídico.

190. Por ello, en juicio de la Sala para justificar la indexación de la sanción por mora en el pago de las cesantías, no es viable acudir al contenido del último inciso del artículo 187 del CPACA, según el cual, «Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el índice de precios al consumidor», pues en estricto sentido, la sentencia no reivindica ningún derecho ni obligación insatisfecha, erigiéndose como generadora de un beneficio económico para el demandante cuya única causa fue la demora en el pago de una prestación.

191. En suma, la naturaleza sancionadora, el cuantioso cómputo sistemático y prolongado en el tiempo sin que implique periodicidad, y la previsión intrínseca del ajuste del salario base con el IPC, indican con toda certeza que la sanción moratoria no puede indexarse a valor presente, razón por la cual, la Sección Segunda del Consejo de Estado sentará jurisprudencia en tal sentido. Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.

(...) 3.5.4 **Sentar jurisprudencia**, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA."

No obstante lo anterior, cabe resaltar que la expresión "Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA.", fue nuevamente estudiada por el Consejo de Estado a través de Sentencia del 26 de agosto de 2019, con ponencia del Magistrado William Hernández Gómez, en la que se precisó que si bien no era posible la indexación de la sanción por mora mientras ésta se estaba causando, ello no era óbice para dar aplicación al artículo 187 del CPACA, una vez constituido el valor total de la sanción moratoria, por tratarse de una cantidad líquida de dinero, concluyendo que la interpretación que más se ajustaba a la sentencia de unificación era la siguiente:

"a) mientras se causa la sanción moratoria, día a día, esta no podrá indexarse;

b) cuando termina su causación se consolida una suma total, ese valor total si es objeto de ajuste, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia - art. 187 - y

c) una vez quede ejecutoriada la condena, no procede indexación sino que se generan los intereses según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA."

Colofón de lo antepuesto, observa esta Sede Judicial que si bien conforme la sentencia de unificación en cita, es improcedente la indexación de la sanción moratoria, tal improcedencia sólo se predica durante el tiempo en que ésta se esté causando, por tanto, una vez cesada y generado el valor total de la sanción moratoria, tal suma debe ajustarse con base en el IPC conforme lo dispone el 187 del CPACA, a partir del día siguiente en que cesó la causación hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, puesto de una vez en firme el fallo lo que se origina son los intereses consagrados en los artículos 192 y 195 de la misma codificación.

Por lo expuesto, este despacho acogerá el último pronunciamiento de la Alta Corporación frente a la interpretación que debe darse a la expresión "**Sentar jurisprudencia**, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA." Contendida en la Sentencia de Unificación No. 00580 de 18 de julio de 2018.

Por ende, la suma reconocida por concepto de sanción moratoria deberá ser INDEXADA conforme al artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, a partir del día siguiente en que cesó la causación y hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, es decir, actualizada mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual, la entidad demandada tendrá en cuenta la fórmula siguiente:

$$R = RH \times \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En donde R se determina multiplicando el valor histórico RH que es lo dejado de percibir por la parte demandante por concepto de pensión de jubilación desde la fecha del primer pago de ésta, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE, y vigente en la fecha de

ejecutoria de esta providencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió de hacerse el pago.

Con base en las consideraciones expuestas, se itera, que si bien, la sanción moratoria en sí misma no puede ser indexada, una vez generado el valor total de la sanción moratoria, tal suma si debe ajustarse con base en el IPC conforme lo dispone el 187 del CPACA, a partir del día siguiente en que cesó la causación hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia.

F. CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA:

La demandada –NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN –FPSM- deberá cumplir la presente providencia en la forma y términos de los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

G. COSTAS

Con fundamento en el artículo 188 del C.P.A.C.A., se condena en costas a la parte demandada MINISTERIO DE EDUCACIÓN FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, cuya liquidación y ejecución se harán conforme al artículo 366 del Código General de Proceso, por cuanto se generaron gastos procesales y se evidenció la intervención del apoderado judicial de la accionante en cada una de las etapas del proceso; ello conforme con pronunciamientos del Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa⁷, en donde se advierte la necesidad de atender al criterio objetivo-valorativo al momento de estudiar sobre la imposición de costas.

Se fijan Agencias en derecho por el equivalente al 4% del valor de las pretensiones reconocidas en esta sentencia⁸.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones denominadas: INEXISTENCIA DEL DEMANDADO –FALTA DE COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN PARA EXPEDIR EL ACTO ADMINISTRATIVO Y RECONOCER EL DERECHO RECLAMADO, PRESCRIPCIÓN, RÉGIMEN PRESTACIONAL ESPECIAL E INAPLICABILIDAD DE LA LEY 1071 DE 2006 AL RÉGIMEN DOCENTE, DETRIMENTO PATRIMONIAL AL ESTADO, COBRO DE LO NO DEBIDO, BUENA FE y GENÉRICA, propuestas por la NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO; las denominadas INDEBIDA ESCOGENCIA DEL MEDIO DE CONTROL, CONFORMIDAD DEL ACTO ACUSADO CON EL ORDEN JURÍDICO, PAGO TOTAL, INEXISTENCIA DEL PERJUICIO. IMPROCEDENCIA DEL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Bogotá D.C., 22 de febrero de 2018. Expediente N°: 250002342000201200561 02 (0372-2017).

⁸ Según el Acuerdo No. PSAA-10-554 de 2016 que rige para los procesos iniciados a partir de su vigencia.

PRETENDIDO EN LA DEMANDA, COBRO DE LO DEBIDO, y PRESCRIPCIÓN, formulado por SANDRA GÓMEZ ARIAS, por lo expuesto.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS las excepciones propuestas por QBE SEGUROS S.A. hoy ZLS ASEGURADORA DE COLOMBIA S.A., denominadas: IMPROCEDENCIA DEL RECONOCIMIENTO DE LA INDEXACIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA, AUSENCIA DE PRUEBA DE LA EXISTENCIA DE CULPA GRAVE EN CABEZA DE LA SEÑORA SANDRA GÓMEZ ARIAS, e IMPROCEDENCIA DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍAS CON FINES DE REPETICIÓN EFECTUADO A SANDRA GÓMEZ ARIAS, por lo considerado.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de la Resolución SE-FPSM 285 del 09 de marzo del 2017, por medio del cual la demandada negó el reconocimiento y pago de la indemnización por mora en el pago de las cesantías a la señora ACENETH MONTENEGRO PEÑA.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, se ORDENA a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a que reconozca y pague a la demandante en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia, la sanción por mora contenida en el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de mora, entre **el 19 y el 22 de noviembre de 2016 inclusive**, tal y como quedó definido en la parte motiva de la providencia. La sanción será liquidada con la asignación básica vigente en el año 2016.

Las sumas reconocidas se actualizarán conforme con lo dispuesto en el artículo 187 del C.P.A.C.A., es decir, mediante la aplicación de los ajustes de valor, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la presente sentencia, para lo cual la demandada tendrá en cuenta la fórmula citada en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: La NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO DARÁ cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en los artículos 192 y 195 del CPACA, PREVINIÉNDOSE a la parte demandante de la carga prevista en el inciso 2º del artículo 192 ibídem.

QUINTO: EJECUTORIADA la presente providencia, por la SECRETARÍA se dará CUMPLIMIENTO a lo previsto en el inciso final de los artículos 192 y 203 del C.P.A.C.A.

SEXTO: A costa de la parte interesada, expídanse las copias auténticas que solicite de esta providencia, teniendo en cuenta la Secretaría los lineamientos del artículo 114 del C.G.P.

SÉPTIMO: SE CONDENA EN COSTAS a la parte demandada MINISTERIO DE EDUCACIÓN FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTEIRO, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código General del Proceso.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Sentencia:	037 -2021
Radicación:	17-001-33-39-007- 2019-00167 -00
Medio de control:	POPULAR
Demandante:	JUAN CARLOS RODRÍGUEZ MORENO
Demandado:	MUNICIPIO DE MANIZALES

ASUNTO

Procede el despacho a decidir sobre las pretensiones formuladas en el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

I. La demanda:

El señor **JUAN CARLOS RODRÍGUEZ MORENO** mediante escrito presentado el día 26 de julio de 2019, en ejercicio del medio de control consagrado en la Ley 472 de 1998, demandó al **MUNICIPIO DE MANIZALES** al considerar que se están vulnerando los derechos e intereses colectivos al goce del espacio público y a la moralidad administrativa, indicando los siguientes fundamentos fácticos:

Describe que en el barrio Villa Pilar de esta ciudad se encuentran unas zonas peatonales con presencia de fracturas longitudinales y transversales que generan inconvenientes para el tránsito peatonal. El 31 de enero de 2019, se radicó solicitud ante la Secretaría de Obras Públicas del Municipio; esta dependencia, luego de realizar la correspondiente visita, comprobó que las zonas requieren de pavimentación y las incluiría en el inventario de necesidades viales.

La Defensoría del Pueblo también realizó un requerimiento al municipio con

idéntica solicitud; no obstante, a la fecha de la presentación de la demanda aún no se habían ejecutado las obras respectivas en el sector de Villa Pilar.

Con base en los anteriores fundamentos fácticos y de derecho formula las siguientes pretensiones:

PRIMERO: Declarar que el MUNICIPIO DE MANIZALES – SECRETARIA DE OBRAS PÚBLICAS, vulnera los derechos colectivos de los ciudadanos habitantes del barrio Villa Pilar de MANIZALES; relacionados con DERECHO A LA INTEGRIDAD Y USO COMUN DEL ESPACIO PÚBLICO y a la MORALIDAD ADMINISTRATIVA.

SEGUNDO: Ordenar al MUNICIPIO DE MANIZALES- SECRETARÍA DE OBRAS PÚBLICAS DE Manizales (sic), que en el término de un (01) mes o en el término máximo fijado por el Despacho, contado a partir de la ejecutoria de la Sentencia, si a dicha fecha no se hubiere efectuado, adopten las medidas necesarias y técnicamente viables con el fin de hacer cesar la vulneración de los derechos colectivos invocados, la moralidad administrativa y en general los que sean necesarios, de conformidad con los hechos descritos en la presente demanda, y las recomendaciones que dentro de la misma se llegaren a concluir, tendientes a conjurar los referidos riesgos y/o desastres técnicamente previsibles, garantizando los recursos y los instrumentos necesarios para facilitar la solución a la problemática presentada.

TERCERO: Que las entidades demandadas acaten inmediatamente la orden que su despacho le imparta, según lo dispone el artículo 39 de la Ley 472 de 1998.

CUARTO: Que las entidades demandas sean condenadas en costs a favor de la Defensoría del Pueblo- Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos.

II. Trámite Procesal

La demanda se presentó el día 26 de julio de 2019 (fls 1 a 12 C.1), fue admitida mediante auto del 29 de julio de la misma anualidad (fl 13 y 14 C.1)

El 27 de agosto de 2019, el **MUNICIPIO DE MANIZALES** presentó su contestación a la demanda (fls 19 a 35 C.1).

El 25 de octubre de 2019, se realiza la Audiencia de Pacto declarándose fallida

porque la entidad demandada no presentó propuesta alguna (fls 42 a 47 C.1)

Con Auto del 22 de julio de 2019, se decretaron las siguientes pruebas (fl 92 C.1):

De la parte demandante:

- ✓ Se otorgó valor probatorio a los documentos aportados a folios 5 a 12 del C.1.

De la parte demandada

MUNICIPIO DE MANIZALES

- ✓ Los documentos aportados con la contestación de la demanda (fls. 27 a 35 C.1)
- ✓ Testimonio del señor JUAN ALBERTO ZULUAGA MUÑOZ Profesional Especializado de la Secretaría de Obras Públicas.

Luego de recaudada la totalidad del materia probatorio decretado, con Auto del 27 de enero de 2020 se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran sus alegatos de conclusión.

III. Contestación de la demanda

MUNICIPIO DE MANIZALES (fls 19 a 35 C.1) Se opone a la prosperidad de las pretensiones porque considera que, a pesar de las condiciones de los accesos peatonales mencionados en la demanda, la movilidad de los habitantes del sector no se ha visto interrumpida.

Destaca que los recursos disponibles para ejecución de obras son limitados; el alcalde municipal debe priorizar los puntos donde deben invertirse en atención al plan de desarrollo que a su vez representa al plan de gobierno elegido por voto popular. Obtener la ejecución de obras no contempladas en ese plan, sin que exista una situación de riesgo o amenaza que lo amerite, puede interferir el mandato popular conferido al mandatario local.

A continuación cita apartes de una sentencia proferida por nuestro homólogo Segundo con la cual busca destacar que la acción popular resulta improcedente en asuntos relacionados con obra pública.

Plantea las siguientes excepciones como parte de su defensa:

i) Escogencia de una vía procesal inadecuada para la obtención de las pretensiones. Argumenta que en los oficios aportados con la demanda se refiere que las obras solicitadas serán atendidas de acuerdo con un orden de prioridades y los recursos disponibles en futuras vigencias fiscales. Por ello, el medio de control adecuado estaría orientado al cumplimiento de actos administrativos o normas; el propuesto por el actor no resulta procedente.

ii) Inexistencia de prueba de los hechos que constituyen presunta vulneración de derechos colectivos. El demandante tiene la carga de probar los fundamentos de hecho de sus pretensiones; en este caso se trata de aspectos técnicos. El accionante no allegó pruebas que demostraran la vulneración de los derechos colectivos o la existencia de una amenaza sobre los mismos.

iii) Improcedencia del trámite de una acción constitucional – medio de control de protección a los derechos e intereses colectivos para modificar asuntos relacionados con obra pública. Esta excepción la plantea como una consecuencia de las anteriores.

iv) Genérica. Para que toda situación que logre acreditarse como una excepción sea declarada a su favor.

IV. Alegatos de conclusión

PARTE DEMANDANTE. Guardó silencio durante esta oportunidad procesal.

PARTE DEMANDADA. Asegura que con las pruebas recaudadas en el expediente y en especial el testimonio del ingeniero JUAN ALBERTO ZULUAGA, se acreditó que las escalas ubicadas en la carrera 5 con calle 11 células 11 y 9 del barrio Villa Pilar se encuentran en buenas condiciones y permiten el tránsito peatonal. Agrega que la Constructora CFC tiene el deber de adecuar las mismas escalas como una carga urbanística que le fuera impuesta para adelantar obras en ese sector.

Igualmente, con el mismo testimonio se probó que hay otros puntos más críticos que necesitan inversión de recursos. Debe tenerse en cuenta que la ejecución de obras debe planearse teniendo en cuenta el presupuesto disponible.

CONSIDERACIONES

I. Competencia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 472 de 1998 de las acciones populares será competente el Juez del lugar de ocurrencia de los hechos o el del domicilio del demandado a elección del actor popular. De acuerdo a lo expuesto en la demanda se puede establecer claramente la competencia de esta instancia dado que los hechos que la fundamentan se presentan en el Municipio de Manizales que hace parte de este circuito judicial.

II. Legitimación en la causa.

Entendida la legitimación de la causa como la calidad que tiene una persona para formular o contradecir las pretensiones de la demanda por cuanto es sujeto de la relación jurídica, sustancial tenemos que:

Legitimación en la causa por activa:

El artículo 12 de la Ley 472 de 1998, atribuyó la titularidad de la acción popular a toda persona natural o jurídica, las organizaciones no gubernamentales, las organizaciones populares, cívicas o de índole similar, las entidades públicas que cumplan funciones de control, intervención o vigilancia, siempre que la amenaza o vulneración a los derechos e intereses colectivos no se haya originado en su acción u omisión, el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo y los Personeros Distritales y Municipales, en lo relacionado con su competencia, los alcaldes y demás servidores públicos que por razón de sus funciones deban promover la protección y defensa de estos derechos e intereses.

En el presente asunto se trata de un particular, el señor **JUAN CARLOS RODRÍGUEZ MORENO**, quien presenta esta acción popular estando facultado de acuerdo a la norma citada.

EXCEPCIONES

Dentro de los medios exceptivos planteados por el **MUNICIPIO DE MANIZALES** se propone la indebida escogencia de la acción; se considera que el medio de control procedente debe estar orientado a obtener el cumplimiento de lo plasmado en los oficios allegados con la demanda.

Frente a este punto se advierte que el medio de control de cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos, no es el idóneo

para obtener la protección del derecho que se invoca como vulnerado. En la demanda, el accionante es claro en explicar que con los hechos expuestos considera que se están afectando derechos de carácter colectivo y el medio de control idóneo para obtener el amparo de los mismos es el de protección de derechos e intereses colectivos.

Sumado a ello, del contenido de los oficios SOPM-0247-GVU-19 del 31 de enero de 2019 y SOPM-0648-GVU-19 del 06 de mayo de 2019 no se infiere una manifestación de voluntad de la administración que tenga por objeto producir efectos jurídicos, de éstos no se configuran actos administrativos de los cuales se pueda reclamar su cumplimiento; mucho menos su contenido obedece a normas con fuerza material de Ley.

Por las razones anteriores el Despacho negará la excepción denominada *Escogencia de una vía procesal inadecuada para la obtención de las pretensiones* propuesta por el **MUNICIPIO DE MANIZALES**.

Las demás excepciones planteadas por el demandando tienen relación directa con el fondo del asunto; por tanto, su estudio será objeto de análisis con el problema jurídico principal.

PROBLEMA JURÍDICO.

Corresponde a este Despacho Judicial verificar si el **MUNICIPIO DE MANIZALES** es responsable por la amenaza o vulneración de los derechos colectivos relacionados con e intereses colectivos al goce del espacio público y a la moralidad administrativa; lo anterior, como consecuencia de la presunta omisión en ejecutar las obras de mantenimiento de las zonas peatonales ubicadas en los siguientes puntos todos del sector de Villa Pilar:

- ✓ Carrera 5 con calle 11 célula 11 que conduce desde la glorieta hasta los núcleos 1, 2, y 3.
- ✓ Tramo que conduce a la célula 9 núcleos 1 y 2.
- ✓ Zona peatonal al lado de la iglesia que conduce a la célula 6.
- ✓ Calle 10 con carrera 5 y 6.
- ✓ Calle 10 que conduce a la célula 18 del mismo barrio.

I. Naturaleza, finalidad y procedencia de las acciones populares.

De conformidad con el inciso primero del artículo 88 de la Constitución Política, las acciones populares, reglamentadas por la Ley 472 de 1998, tienen por

finalidad proteger derechos e intereses colectivos, en aquellos eventos en que se vean amenazados o vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas o los particulares, en este orden de ideas el Consejo de Estado ha determinado lo siguiente¹:

(...)

Del artículo 9 de la Ley 472 de 1998, referente a la procedencia de la acción popular, se deduce que la demanda puede dirigirse contra una autoridad pública, contra un particular, o incluso contra ambos una acción popular dirigida contra un particular será de competencia de la jurisdicción ordinaria, mientras que la dirigida contra una autoridad pública o un particular que desempeñe funciones administrativas, lo será de la Contencioso Administrativa. La regla anterior tiene una excepción en los eventos en que una acción se dirija, al tiempo, en contra de una autoridad pública y de un particular; en tal caso, la competencia para conocer de la misma reside en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en tanto que ésta prevalece sobre la de la Jurisdicción Ordinaria en virtud del fuero de atracción. Nota de Relatoría: Ver Exps. AP-077 y AP-510(...)

Se trata de una acción principal, preventiva, cuando alude a que un derecho colectivo está siendo amenazado y restitutiva, cuando el derecho colectivo está siendo violado, con el propósito de que vuelvan las cosas al estado anterior. Por lo antepuesto, el inciso segundo del artículo 2 de la Ley 472 de 1998 establece que éstas...*se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.*

Ahora bien, en la forma y términos de la reglamentación contenida en los artículos 1, 2, 4 y 9 de la ley 472 de 1998, los elementos necesarios para la procedencia de las acciones populares, según reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, son los siguientes:

a) La finalidad es la protección de los derechos e intereses de naturaleza colectiva.

b) Procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que hayan violado o amenacen violar ese tipo de derechos o intereses.

¹CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ Bogotá, D.C., diecinueve (19) de mayo de dos mil cinco (2005) Radicación número: 25000-23-27-000-2002-90106-01(AP) Actor: NANCY MARIELA PALACIOS RUBIO Demandado: BOGOTA D.C. Y OTRO Referencia: ACCION POPULAR.

c) Se ejerce para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración, o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

d) Los derechos e intereses colectivos susceptibles de esta acción son todos aquellos definidos como tales en la Constitución Política, las leyes ordinarias y los tratados de derecho internacional celebrados por Colombia, como por ejemplo los mencionados en el artículo 4 de la ley 472 de 1998.

e) La titularidad para su ejercicio, como su nombre lo indica, está dada por su naturaleza popular, por lo tanto puede ser ejercida por cualquier persona, natural o jurídica, pública o privada, o también por las autoridades, organismos y entidades señalados en el artículo 12 de la ley 472 de 1998.

II. Objeto de la Acción Popular.

La acción popular es un medio procesal por medio del cual se busca la protección de los derechos e intereses colectivos mencionados en el artículo 88 de la Constitución Nacional y otros de similar naturaleza que estén definidos por la Ley; esta acción se ejerce para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre tales derechos e intereses, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

De lo anterior se desprende que la finalidad de esta acción es la protección de los derechos colectivos que estén amenazados o vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares.

Es importante, previamente al estudio del problema planteado, hacer una breve referencia al marco jurídico y conceptual sobre lo que es materia de pronunciamiento en esta oportunidad. Con base en ello el juzgado procederá a analizar los derechos colectivos incoados en la presente acción.

III. Alcance de los derechos reclamados:

i) El goce del espacio público y la utilización y defensa del espacio público.

El constituyente del 1991, se ocupó del tema al disponer que *Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular.* A su turno el legislador también ha abordado lo relativo al espacio público, disponiendo algunas definiciones, en distintas normas:

La Ley 9ª de 1989, *Por la cual se dictan normas sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes y se dictan otras disposiciones*, expresa:

ART. 5º—Entiéndase por espacio público el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes.

“Así, constituyen el espacio público de la ciudad las áreas **requeridas para la circulación, tanto peatonal como vehicular, las áreas para la recreación pública**, activa o pasiva, para la seguridad y tranquilidad ciudadana, **las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías**, fuentes de agua, parques, plazas, zonas verdes y similares, las necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos, para la instalación y uso de los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones, para la preservación de las obras de interés público y de los elementos históricos, culturales, religiosos, recreativos y artísticos, para la conservación y preservación del paisaje y los elementos naturales del entorno de la ciudad, los necesarios para la preservación y conservación de las playas marinas y fluviales, los terrenos de bajamar, así como de sus elementos vegetativos, arenas y corales y, en general, por todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyan, por consiguiente, zonas para el uso o el disfrute colectivo.

PAR.—(Nota: Adicionado al presente artículo por la Ley 388 de 1997, artículo 117).

Parágrafo. El espacio público resultante de los procesos de urbanización y construcción se incorporará con el solo procedimiento de registro de la escritura de constitución de la urbanización en la Oficina de Instrumentos Públicos, en la cual se determinen las áreas públicas objeto de cesión y las áreas privadas, por su localización y linderos. La escritura correspondiente deberá otorgarse y registrarse antes de la iniciación de las ventas del proyecto respectivo.

A su turno Decreto 1504 de 1998, *Por el cual se reglamenta el manejo del espacio público en los planes de ordenamiento territorial*, especificó:

ART. 2º—El espacio público es el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados destinados por naturaleza, usos o afectación a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden los límites de los intereses individuales de los habitantes.

ART. 5º—El espacio público está conformado por el conjunto de los siguientes elementos constitutivos y complementarios:

Elementos constitutivos

Elementos constitutivos artificiales o contruidos:

a. Áreas integrantes de los perfiles viales peatonal y vehicular, constituidas por:

Los componentes de los perfiles viales tales como: áreas de control ambiental, zonas de mobiliario urbano y señalización, cárcamos y ductos, túneles peatonales, puentes peatonales, escalinatas, bulevares, alamedas, rampas para discapacitados, **andenes**, malecones, paseos marítimos, camellones, sardinales, cunetas, ciclopistas, ciclovías, estacionamiento para bicicletas, estacionamiento para motocicletas, estacionamientos bajo espacio público, zonas azules, bahías de estacionamiento, bermas, separadores, reductores de velocidad, calzadas, carriles; (...) (negrilla del juzgado)

De la normativa que se reprodujo, y para los efectos de esta acción, el concepto de espacio público corresponde a la propiedad de un área inmobiliaria en cabeza del estado, destinada al uso común y a colmar necesidades tales como circulación peatonal y vehicular, las cuales se encuentran por encima de la satisfacción de las carácter individual; en dicho concepto se encuentran también incluidos los espacios públicos que resulten de los procesos de urbanización y construcción para lo cual debe registrarse la escritura de constitución del proyecto de construcción, documento público en el cual se determinaran las áreas de cesión.

En cuanto a la protección de la integridad del espacio público tal y como lo consagra los artículos 82 y 315 de la Constitución Política, es importante mencionar que por ser los alcaldes la primera autoridad de policía en el respectivo municipio, son los mismos los encargados de hacer cumplir las normas constitucionales y legales, entre las cuales se encuentran las correspondientes a la protección del uso y goce del espacio público municipal o

distrital, así como es deber de los particulares respetarlas en todo momento, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley 9 de 1989, y así lo ha precisado la jurisprudencia del Consejo de Estado.

ii) Moralidad Administrativa

Pretende el actor popular se proteja el derecho colectivo relacionado con la moralidad administrativa relacionado en el artículo 4º de la Ley 472 de 1998, y en consecuencia, susceptible de protección mediante el ejercicio de la acción popular.

Frente a lo que se entiende por moralidad administrativa, ha señalado el Consejo de Estado² que el mismo debe ser entendido como el principio que debe regir la actividad administrativa (Art. 209 ibídem); por lo tanto, no puede depender de la concepción subjetiva de quien califica la actuación, sino que debe referirse a la finalidad que inspira el acto de acuerdo con la ley. Así... *ha de considerarse como inmoral toda actuación que no responda al interés de la colectividad y específicamente, al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concedidas al funcionario que lo ejecuta. Se advierte, por tanto, una estrecha vinculación entre este principio y la desviación de poder.*³

Ha destacado la Alta Corporación que las características de este derecho son las siguientes:

- a) es un principio que debe ser concretado en cada caso;
- b) al realizar el juicio de moralidad de las actuaciones, deben deslindarse las valoraciones sobre conveniencia y oportunidad que corresponde realizar al administrador de aquellas en las que se desconozcan las finalidades que debe perseguir con su actuación;
- c) en la práctica, la violación de este derecho colectivo implica la vulneración de otros derechos de la misma naturaleza.⁴

Debe concluirse entonces que no todo incumplimiento de normas y procedimientos puede significar un atentado contra la moralidad administrativa; ello implicaría que todo juicio de legalidad de las actuaciones

²CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Bogotá, D. C., dieciocho (18) de junio de dos mil ocho (2008), Radicación número: 70001-23-31-000-2003-00618-01(AP), Actor: EMPOSUCRE EN LIQUIDACION, Demandado: NACION-MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO Y OTROS

³ Ibídem

⁴ Sentencia proferida por la Sección Tercera el 31 de octubre de 2002, Exp. AP-059. En el mismo sentido ver sentencias AP-166 y Ap-170 de 2001.

de las autoridades públicas y particulares pueda ser objeto de tutela por vía de acción popular para la protección del citado derecho.

En este caso se requiere que dicha violación de normas se torne aberrante, grosera, salida de todo contexto legal e interpretativo, de manera tal que a simple vista permita definir que el encargado de aplicarla ha buscado satisfacer un interés distinto al que la norma habilitante o reglamentaria busca y por el cual se confiere la facultad u obligación de su aplicación.

Por último, ha señalado la jurisprudencia que aunque:

(...) pueda imaginarse un daño a la moralidad administrativa aislado de sus consecuencias (...), en la práctica, es difícil concebir un evento en que la administración se separe de los imperativos del principio de la moralidad sin afectar otros derechos colectivos como el de la defensa del patrimonio público, el de la libre competencia económica, el de la seguridad pública o el de la prevención de desastres técnicamente previsibles, entre otros⁵.

Bajo estos supuestos a continuación se analizará la vulneración de este derecho colectivo en el caso concreto.

IV. Caso Concreto

Los hechos de la demanda dan cuenta de que los siguientes sectores peatonales del sector de Villa Pilar en el Municipio de Manizales, se encuentran en regular estado debido a la falta de mantenimiento por parte de la administración:

- Carrera 5 con calle 11 célula 11 que conduce desde la glorieta hasta los núcleos 1, 2 y 3.

⁵ Sentencia, Sección Tercera, del 17 de junio de 2001, exp: Ap- 166.

Aunque el derecho o interés colectivo a la moralidad administrativa no se encuentra definido en la ley 472 de 1998, en los antecedentes de la ley al precisar como derecho colectivo “la moralidad administrativa y la prevención de cualquier práctica corrupta por parte de los servidores públicos”, se dio la siguiente definición: “Se entenderá por moralidad, administrativa el derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo a la legislación vigente, con la diligencia y cuidados propios de un buen funcionario” (Cfr. Gaceta del Congreso No. 277 de septiembre 5 de 1995, pág. 1).

Sobre este aspecto, en la sentencia de la Sección Cuarta del 20 de abril de 2000, exp: AP-52, se dijo que “la moralidad administrativa persigue, entre otros objetivos, el manejo adecuado del erario público y en general que los funcionarios públicos asuman un comportamiento ético frente al mismo, pues los servidores públicos pueden incurrir en conductas que la generalidad tacharía de inmorales, o en otras que podrían ser sancionadas disciplinaria o penalmente”.

- Tramo que conduce a la célula 9 Núcleos 1 y 2
- Zona peatonal al lado de la iglesia zona que conduce a la célula 6.
- Calle 10 con careras 5 y 6.
- Calle 10 que conduce a la célula 18 del mismo barrio.

Según los accionantes, la situación vulnera los derechos al goce, disfrute y utilización del espacio público y a la moralidad administrativa.

Sobre estas circunstancias en el expediente se observa el contenido del oficio SOPM-0247-GVU-19 del 31 de enero de 2019, con el cual la administración informa sobre los sectores antes identificados: *Observando lugares con presencia de fracturas longitudinales y transversales generando algunos inconvenientes para el tránsito peatonal en los diferentes sectores* (fl 6).

La comunicación finaliza con la advertencia de que los sectores serán incluidos en el inventario de necesidades viales para ser atendidos cuando exista disponibilidad presupuestal.

De manera un poco más detallada en el oficio SOPM-0648-GVU-19 del 06 de mayo de 2019, la Secretaría de obras públicas afirma que el sector de la carrera 5 con calle 11 célula 11: (...) *presenta algunas fracturas y hundimientos puntuales*. De los demás sectores expone que a pesar de presentar fisuras, éstas no impiden el tránsito peatonal. (fls 9 a 12)

De los anteriores documentos es evidente que los sectores mencionados por el actor popular efectivamente presentan un desgaste en su estructura debido a la falta de mantenimiento.

A partir de los hechos probados, considera necesario el Juzgado hacer referencia al concepto del *espacio público*, pues debe tenerse en cuenta que las zonas peatonales o andenes son elementos constitutivos de dicho concepto, tal como pasa a explicarse.

En efecto, el artículo 82 de la Carta Política, incorporado al capítulo de los Derechos Colectivos y del Ambiente, estipula:

Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular.

Las entidades públicas participarán en la plusvalía que genere su acción urbanística y regularán la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano en defensa del interés común.

Es este el parámetro principal a partir del cual debe interpretarse la normatividad que regula el espacio público en cuanto al concepto, regulación, manejo y aprovechamiento.

La Ley 388 de 1997, con la cual se modificaron las leyes 9ª de 1989 y 3ª de 1991, indica como objetivos de la misma:

(...) el establecimiento de los mecanismos que permitan al municipio, en ejercicio de su autonomía, promover el ordenamiento de su territorio, el uso equitativo y racional del suelo, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural localizado en su ámbito territorial y la prevención de desastres en asentamientos de alto riesgo, así como la ejecución de acciones urbanísticas eficientes (art. 1º num. 2);

Garantizar que la utilización del suelo por parte de sus propietarios se ajuste a la función social de la propiedad y permita hacer efectivos los derechos constitucionales a la vivienda y a los servicios públicos domiciliarios, y velar por la creación y defensa del espacio público, así como la protección del medio ambiente y la preservación de desastres” (num. 3 ibídem).

Por su parte, el artículo 2º indica que son principios fundantes del ordenamiento territorial, la función social y ecológica de la propiedad, la prevalencia del interés general sobre el particular, así como la distribución equitativa entre cargas y beneficios.

El artículo 3º de la referida Ley 388 también preceptúa cuáles son los fines de la *función pública del urbanismo*, dentro de ellos: *posibilitar a los habitantes el acceso a las vías públicas, infraestructura de transporte y demás espacios públicos, y su destinación al uso común (...)*; de igual modo, el artículo 8º ibídem indica que, *La función pública del ordenamiento del territorio local se ejerce mediante la acción urbanística de las entidades Distritales y municipales, referida a las decisiones administrativas y a las actuaciones urbanísticas que le son propias, relacionadas con el ordenamiento del territorio y la intervención en los usos del suelo (...)*.

Dentro de este esquema normativo que gobierna lo concerniente al espacio público Colombiano, aparece el Decreto 1504 de 1998 que reglamenta el manejo de ese espacio público en los Planes de Ordenamiento Territorial. Esta norma determina en el artículo 1º, que es deber del Estado *velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso*

común, el cual prevalece sobre el interés particular”; y que, continúa el precepto, los municipios deberán dar prelación a la planeación, construcción, mantenimiento y protección del espacio público sobre los demás usos del suelo.

El artículo 2º del mismo Decreto define ese espacio público como, *el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados destinados por naturaleza, usos y afectación a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden los límites de los intereses individuales de los habitantes.* Este concepto comprende, entre otros (art. 3º): 1) los bienes de uso público (inmuebles de dominio público cuyo uso pertenece a todos los habitantes del territorio nacional, destinados al uso o disfrute colectivo); 2) los elementos arquitectónicos, espaciales y naturales de los inmuebles de propiedad privada que por su naturaleza, uso o afectación satisfacen necesidades de uso público; 3) las áreas requeridas para conformar el sistema de espacio público según el decreto en estudio.

Este Decreto 1504 dispone que el espacio público está integrado por: a) elementos **constitutivos** (dentro de estos los naturales y los artificiales o contruidos) y b) **complementarios**, los que dice el artículo 5º del mismo Decreto. Son elementos **constitutivos artificiales o contruidos**, entre otros, las *Áreas integrantes de los sistemas de circulación peatonal y vehicular* las que a su vez comprende, en lo que es del caso, *i) (...) túneles peatonales, puentes peatonales, escalinatas (...) rampas para discapacitados, **andenes** (...).*

Conforme a la misma norma, en los planes de ordenamiento territorial debe incluirse las estrategias para la preservación y el mantenimiento del espacio público; y en el artículo 26 señala:

Acción Popular. Los elementos constitutivos del espacio público y el medio ambiente tendrán para su defensa la acción popular consagrada en el artículo 1005 del Código Civil, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 472 de 1998. Esta acción también podrá dirigirse contra cualquier persona pública o privada, para la defensa de la integridad y condiciones de uso, goce y disfrute visual de dichos bienes mediante la remoción, suspensión o prevención de las conductas que comprometen el interés público o la seguridad de los usuarios.

El incumplimiento de las órdenes que expida el juez en desarrollo de la acción de que trata el inciso anterior configura "Fraude a resolución judicial", de acuerdo con la normatividad penal vigente.

Estas normas se encuentran contenidas a partir del artículo 2.2.3.1.1 del Decreto 1077 de 2015 *Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio*.

A su vez, en el artículo 139 de la ley 1081 de 2016⁶, se define el espacio público como:

(...) el conjunto de muebles e inmuebles públicos, bienes de uso público, bienes fiscales, áreas protegidas y de especial importancia ecológica y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, usos o afectación, a la satisfacción de necesidades colectivas que trascienden los límites de los intereses individuales de todas las personas en el territorio nacional.

Incluye dentro de sus elementos, *las áreas requeridas para la circulación peatonal.*

A partir de la normatividad sobre el espacio público, se puede arribar a las siguientes conclusiones:

1) Es deber del Estado, y por ende de sus autoridades, velar por la protección de la integridad del espacio público. 2) Es deber del Estado y de sus autoridades, velar por su destinación al uso común. 3) Es deber de las autoridades asegurar la efectividad del carácter prevalente del uso común del espacio público sobre el interés particular. 4) Es deber de las entidades públicas ejercer la facultad reguladora en materia de ordenamiento territorial, en relación con la utilización del suelo y del espacio público para la defensa del interés común, entre otros. 5) Es un derecho e interés colectivo. 6) Constituye el objeto material de las acciones populares y es uno de los bienes jurídicamente garantizables a través de ellas.

Esta amplia relación normativa se ha hecho necesaria para afirmar, a partir de las pruebas recaudadas, que existe falta de mantenimiento del espacio público sobre los sectores peatonales de Villa Pilar enunciados en la demanda. Estas áreas hacen parte del concepto de espacio público adoptado por el legislador y por tanto es deber de las autoridades velar por su preservación.

En efecto, en los dos oficios mencionados anteriormente y que proceden de la Secretaría de Obras Públicas del municipio, se admite que las zonas peatonales del sector de Villa Pilar presentan fisuras; para la administración esta situación

⁶Por medio de la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia

no impide el paso peatonal y por tanto no se genera la vulneración de los derechos colectivos invocados.

Este punto de vista fue explicado nuevamente por el profesional JUAN ALBERTO ZULUAGA MUÑOZ, funcionario de la Alcaldía de Manizales, quien afirmó lo siguiente en la declaración rendida ante este Juzgado:

(...) digamos se visitaron nuevamente y siguen en un estado más o menos bueno, digamos presentan tarjaduras pero eso no dificulta la circulación de pasajeros entonces consideramos pues que si habíamos que ... de qué había unos puntos críticos que íbamos a meter en prioridad 3 nosotros priorizamos de acuerdo a las visitas de los sitios de damos de prioridad 1, 2 y 3 perdón priorizamos aún uno sitios de unos descascaramientos pequeños; pero consideramos que no es todavía digamos el momento para la intervención (...) PREGUNTA... Esta es una acción popular que se inició en julio del año pasado el año 2019, usted recuerda si en el segundo semestre del año 2019 hubo alguna intervención en la zona. RESPONDE: no, yo creo que no hubo ninguna intervención pero no estoy completamente seguro de pronto alguna intervención de emergencia por desmoronamiento de un muro o algo así pero no estoy seguro y después como intervención de cómo digamos grandecita pues de un tramo no.

Es claro que el **MUNICIPIO DE MANIZALES**, a través de la Secretaria de Obras Públicas, ha realizado varias visitas al sector y conoce de la falta de mantenimiento de las zonas descritas en la demanda. Como consecuencia de esta circunstancia, habrá de declararse que la excepción de Inexistencia de prueba de los hechos que constituyen presunta vulneración de derechos colectivos, carece de fundamento y por lo tanto no prospera.

Retomando el punto de vista con que el ente territorial se ha ocupado del tema, a través de sus comunicaciones escritas y en la declaración del funcionario público, es reiterativo en afirmar que el presupuesto para atender este tipo de reparaciones es considerablemente reducido; debido a las limitaciones de recursos económicos y considerando que los puntos aún permiten el paso de los peatones, éstos no son una prioridad para la administración municipal.

El Despacho advierte que efectivamente es un deber a cargo de la administración municipal priorizar el uso de los recursos, siempre las necesidades serán superiores a los medios para satisfacerlas; sin embargo, esperar a que las zonas peatonales del sector de Villa Pilar presenten mayores

afectaciones puede incluso resultar más oneroso que realizar pequeñas intervenciones con pocos recursos.

Adicional a ello, el Consejo de Estado ha sido enfático en sostener que la falta de disponibilidad presupuestal no agota la acción popular; así se pronunció en el siguiente apartado jurisprudencial:

Así las cosas, es claro que con la sentencia del 4 de junio de 2019 se cumplió la labor de unificación propuesta en el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009⁵ y solicitada por la demandante, pues la Sala Quinta Especial de Decisión del Consejo de Estado consideró que existía jurisprudencia reiterada en relación con el asunto debatido y ratificó que la falta de disponibilidad presupuestal no enerva la acción popular, dado que, acreditada la vulneración de los derechos colectivos, el juez debe prevenir a las autoridades, a fin de que, en un tiempo razonable y sin dilaciones injustificadas, adelanten las acciones necesarias para incluir el respectivo gasto en el presupuesto y obtener así los recursos necesarios para la ejecución de las obras que solucionen de manera definitiva el problema existente⁷.

Probada la vulneración del derecho colectivo al goce, disfrute y utilización del espacio público, representado concretamente en la falta de mantenimiento de las zonas peatonales descritas por el demandante en el sector de Villa Pilar, lo procedente es garantizar real y efectivamente el derecho colectivo conculcado. No obstante; se advierte que si algunas de las zonas peatonales incluidas en la demanda serán objeto de mantenimiento en las obras de urbanismo adelantadas por el particular constructor, según lo refirieron el señor JUAN ALBERTO ZULUAGA MUÑOZ en su declaración y el **MUNICIPIO DE MANIZALES** en sus alegatos de conclusión, el ente territorial no estará en la obligación de atender esos puntos específicos.

De lo anterior se concluye que la excepción planteada como *Improcedencia del trámite de una acción constitucional – medio de control de protección a los derechos e intereses colectivos para modificar asuntos relacionados con obra pública*, carece de fundamento y se declarará no probada.

No sucede lo mismo con el derecho a la moralidad administrativa cuya vulneración también reclama el demandante; de la conducta del **MUNICIPIO DE MANIZALES** no se deriva que las autoridades estén buscando satisfacer

⁷ Sentencia del 06 de agosto de 2019, Sala 23 Especial de Decisión, C.P Carlos Alberto Zambrano Barrera; exp 73001-33-31-004-2008-00032-01(AP)REV

un interés distinto al de las normas que regulan el tema. Por el contrario, la administración ha estado atenta a por lo menos realizar las visitas que la comunidad ha solicitado para revisar el estado de las zonas peatonales.

CONCLUSION.

Acreditada la vulneración del derecho al goce, disfrute y utilización del espacio público por la falta de mantenimiento en las zonas peatonales del sector Villa Pilar se ordenará al **MUNICIPIO DE MANIZALES** lo siguiente: a través de los funcionarios competentes dentro de la estructura de la administración municipal, en un plazo máximo de un (01) año siguiente a la ejecutoria de esta sentencia, si no lo hubiere hecho ya, adelante todas las gestiones administrativas, presupuestales y contractuales que requiera para el mantenimiento de los siguientes sectores.

- ✓ Carrera 5 con calle 11 célula 11 que conduce desde la glorieta hasta los núcleos 1, 2, y 3.
- ✓ Tramo que conduce a la célula 9 núcleos 1 y 2.
- ✓ Zona peatonal al lado de la iglesia que conduce a la célula 6.
- ✓ Calle 10 con carrera 5 y 6.
- ✓ Calle 10 que conduce a la célula 18 del mismo barrio.

Se advierte que si algunas de las zonas peatonales incluidas en la demanda serán objeto de mantenimiento en las obras de urbanismo adelantadas por el particular constructor, según lo refirieron el señor JUAN ALBERTO ZULUAGA MUÑOZ (funcionario de la Secretaría de Obras Públicas) en su declaración y el **MUNICIPIO DE MANIZALES** en sus alegatos de conclusión, el ente territorial no estará en la obligación de atender esos puntos específicos.

COSTAS.

En esta oportunidad, el Juzgado no hará especial condena en costas, pues no se configuran los elementos constitutivos que fija la ley para su condena.

De acuerdo con lo expuesto, el **JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de i) Escogencia de

una vía procesal inadecuada para la obtención de las pretensiones; ii) Inexistencia de prueba de los hechos que constituyen presunta vulneración de derechos colectivos; iii) Improcedencia del trámite de una acción constitucional – medio de control de protección a los derechos e intereses colectivos para modificar asuntos relacionados con obra pública y iv) Genérica, propuestas por el **MUNICIPIO DE MANIZALES**.

SEGUNDO: DECLARAR que el **MUNICIPIO DE MANIZALES** ha vulnerado el derecho colectivo al goce del espacio público, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: En consecuencia, **ORDENAR** al **MUNICIPIO DE MANIZALES** que a través de los funcionarios competentes dentro de la estructura de la administración municipal, en un plazo máximo de un (01) año, contado a partir de la ejecutoria de esta sentencia, si no lo hubiere hecho, adelante todas las gestiones administrativas, presupuestales y contractuales que requiera para el mantenimiento de los sectores mencionados en la parte considerativa de esta providencia.

Se advierte que, si algunas de las zonas peatonales incluidas en la demanda fueren objeto de mantenimiento en las obras de urbanismo adelantadas por el particular constructor, no estará el ente territorial en la obligación de atender esos puntos específicos.

CUARTO: CONFÓRMESE el comité de verificación del cumplimiento del fallo de que trata el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, el cual estará integrado por: el accionante **JUAN CARLOS RODRÍGUEZ MORENO**, el Secretario de Obras Públicas del **MUNICIPIO DE MANIZALES** o quien este delegue y un delegado de la PERSONERÍA MUNICIPAL de MANIZALES a fin de que le hagan seguimiento del cumplimiento de la decisión adoptada en esta providencia.

QUINTO: SE ORDENA la publicación de la parte resolutive de la presente sentencia en un diario de amplia circulación a cargo del **MUNICIPIO DE MANIZALES (CALDAS)**. Hecho lo anterior deberá remitir al Despacho constancia de la publicación.

SEXTO: EXPEDIR copia de este fallo con destino a la Defensoría del Pueblo para los efectos del artículo 80 de la Ley 472 de 1998.

SÉPTIMO: EJECUTORIADA esta providencia **ARCHÍVENSE** las diligencias previas las anotaciones respectivas.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

**JACKELINE GARCÍA GÓMEZ
JUEA**

Plcr/ P.U

Firmado Por:

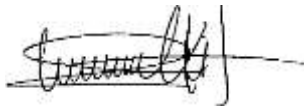
**JACKELINE
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 007**

**JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL
CIRCUITO – SISTEMA MIXTO -
MANIZALES – CALDAS**

NOTIFICACIÓN POR ESTADO – ORALIDAD

La providencia anterior se notifica en el Estado

No. 26 del 5 de abril de 2021



CAROL XIMENA CASTAÑO DUQUE
Secretaria

GARCIA GOMEZ

ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO MANIZALES

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:

**18b9539490ea4ae969f55a7497a88bb6673bc74bd5cf600f01f3ace9affc
db03**

Documento generado en 26/03/2021 05:15:35 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL
CIRCUITO DE MANIZALES**



Manizales, veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Sentencia No.:	35-2020
Radicación:	17001-33-39-007-2019-00112-00
Medio de control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante:	LUCIA INES VALENCIA CUERVO
Demandado:	NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

En virtud de lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 13 del Decreto Legislativo No. 806 del 4 de junio del 2010, el Juez Administrativo deberá dictar sentencia anticipada, cuando *“se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas, caso en el cual correrá traslado para alegar por escrito, en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 y la sentencia se proferirá por escrito”*.

Colofón de lo antepuesto, procede el despacho a decidir sobre las pretensiones formuladas en el proceso de la referencia, para lo cual se tendrá en cuenta lo precisado en el auto del 24 de noviembre de 2020, respecto de las excepciones y el decreto de pruebas.

ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

Por intermedio de apoderado judicial, la parte actora, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, demandó a la NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO solicitando lo siguiente:

"1.1. Declara la nulidad del acto administrativo ficto configurado el día **03 DE DICIEMBRE DE 2018**, frente a la petición presentada el día **03 DE SEPTIEMBRE DE 2018**, en cuanto negó el derecho a pagar la SANCIÓN POR MORA a mi mandante establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los SETENTA (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la

cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

2. Declarar que mi representado tiene derecho a que la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-**, le reconozca y pague la SANCION POR MORA establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados a partir del vencimiento de los SETENTA (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma. (...)"

En cuanto a los hechos expuestos por la parte actora se tiene:

La demandante por laborar como docente en los servicios educativos estatales en el Departamento de Caldas, solicitó al Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el día 14 de agosto de 2017, el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho, la cual le fue reconocida por medio de Resolución No. 895 del 9 de noviembre de 2017.

Esta cesantía le fue cancelada el 6 de julio de 2018, esto es con posterioridad al término de los 70 días hábiles que establece la ley para su reconocimiento y pago.

Normas violadas y concepto de la violación

Las normas que la parte demandante considera han sido violadas son las siguientes:

- Ley 91 de 1989, artículos 5 y 15
- Ley 244 de 1995, artículos 1 y 2
- Ley 1071 de 2006, artículos 4 y 5

Señaló que la decisión administrativa acusada fue expedida con infracción de las normas en que debía fundarse, las cuales establecen el término perentorio para el reconocimiento y pago de las cesantías de los servidores públicos, so pena de incurrir en sanción por mora.

2. TRAMITE PROCESAL

Después de surtirse la fase escrita del procedimiento, se profirió auto del 24 de noviembre de 2020, en el que se decretaron pruebas y se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que dentro de los 10 días siguientes presentaran sus alegatos de conclusión por escrito. Vencido el término de traslado de alegatos el proceso ingresó a Despacho para proferir sentencia escrita.

3. ACTUACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA:

NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Mediante auto No. 678 del 13 de noviembre de 2020, la demanda se tuvo por no contestada.

4. ALEGATOS DE CONCLUSION

PARTE DEMANDANTE: Se ratifica en los argumentos expuestos en el libelo interlocutorio, teniendo de presente que la jurisprudencia nacional ha sido reiterativa y pacífica en este sentido, de la cual pasa a citar varios apartes.

Solicita que se reconozca la indexación que refiere el artículo 187 del CPACA, así como los intereses del artículo 192, 194 y 195 conforme la sentencia de 26 de agosto de 2019, dentro del proceso radicado 68001-23-33-000-2016-00406-01, en la cual se precisó de los alcances de la SUJ-SII-012-2018 de 18 de Julio de 2018, en la que se establece que es procedente la indexación de la sanción por mora a favor del demandante, desde el día en que se causó la mora de conformidad con lo reconocido en primera instancia, es decir el día del pago de las cesantías al docente, hasta la fecha en que se cause la ejecutoria de la sentencia que profiera este despacho y desde la ejecutoria de la sentencia hasta que la entidad responsable realice el pago se reconozca los intereses legales.

Finalmente aduce que la entidad aquí demandada no realizó en ningún momento ni por ningún medio la previa notificación al demandante que los recursos quedaban a disposición (el 28 de junio de 2018), conforme lo menciona el Decreto nacional 2831 del 16 de agosto de 2005, por tanto toma como fecha de pago de las cesantías parciales, la del retiro, esto es el 06 de julio de 2018, no por un acto de mera liberalidad del docente sino por ser el día en que se enteró que tenía el dinero de sus cesantías a disposición, razón por la cual se liquida hasta esta fecha la sanción moratoria.

PARTE DEMANDADA: Luego de realizar un amplio recuento normativo y jurisprudencial de la sanción por mora aduce en suma que conforme lo establecido en el parágrafo primero del artículo 57 de la ley 1755 de 2019, es claro que si en gracia de discusión existiere mora en el pago de las cesantías, lo cierto es que la sanción por mora que se haya causado deberá ser asumida en su totalidad por el ente territorial, en este caso, el Municipio de Manizales, pues emitió de forma extemporánea la resolución y como consecuencia de ello se generó una dilación en el pago de la prestación económica, aunado al hecho que no existe una partida presupuestal en el FNPSM destinada a asumir el pago de la sanción por mora.

Para concluir solicita que se nieguen las suplicas de la demanda, así como las pretensiones de indexación y costas, atendiendo que la entidad ha actuado de buena fe.

CONSIDERACIONES

A. PROBLEMA y ANÁLISIS JURÍDICO:

De conformidad, con lo expuesto el problema jurídico a resolver es el siguiente:

¿Es procedente declarar la nulidad del acto administrativo mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por no haberse cancelado el reajuste de cesantías en los plazos que ordena la ley?

Para el estudio del problema jurídico principal, el Despacho considera necesario abordar los siguientes problemas jurídicos asociados:

- 1) ¿Cuál es el carácter de la cesantía y el objeto de la sanción moratoria?;
- 2) ¿Cuál es el régimen aplicable a los docentes regulados por la Ley 91 de 1989, para el reconocimiento y pago de las cesantías?

1. El carácter prestacional de las cesantías y la finalidad de la sanción moratoria por su pago tardío:

El régimen laboral colombiano consagra unas garantías y beneficios de contenido económico a favor de los trabajadores llamadas: *prestaciones sociales*, las cuales si bien no constituyen salario porque no corresponden técnicamente a una remuneración por su trabajo, sí lo complementan y hacen referencia a una contraprestación que debe asumir el empleador con la finalidad de cubrir los riesgos a los que está expuesto el trabajador.

Dentro de las mencionadas prestaciones se encuentra el auxilio de cesantía, la cual ha sido considerada por la jurisprudencia constitucional como un derecho irrenunciable de todos los trabajadores que debe asumir el empleador, con el doble fin de que el empleado pueda atender sus necesidades mientras permanece cesante y además pueda, en caso de requerirlo, satisfacer otros requerimientos importantes como vivienda y educación. En la sentencia C-310 de 2007, la Corte Constitucional señaló que *"la cesantía consiste en una prestación que responde a una clara orientación social en el desarrollo de las relaciones entre empleador y trabajador, estableciéndose un mecanismo que busca, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantía-, permitir al trabajador satisfacer sus necesidades de capacitación y vivienda"*.

Atendiendo este carácter, las normas laborales han dispuesto un término perentorio para que los empleadores consignen el valor de esta prestación social, so pena de incurrir en una **sanción moratoria**, teniendo en cuenta que el retardo del empleador causa un daño económico al trabajador, bien sea por la pérdida de la oportunidad de utilización efectiva de los fondos o por la necesidad de contratar créditos mientras se produce el desembolso.

La Corte Constitucional en sentencia SU-400 del 28 de agosto de 1997, sostuvo que el retardo en el pago de las cesantías genera una pérdida del poder adquisitivo de aquella, y que es por ello que dicho deterioro debe ser asumido por el patrono y no por el trabajador.

2. Régimen aplicable a los docentes regulados por la Ley 91 de 1989, para el reconocimiento y pago de las cesantías:

La Ley 91 de 1989 *"Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio"*, regula lo concerniente a las prestaciones sociales tanto de los docentes nacionalizados como de los docentes nacionales.

En su artículo 1º, distingue a los docentes nacionales de los nacionalizados, en el sentido de que los primeros, son los que se vinculan por nombramiento del Gobierno Nacional, y los segundos, son los que se vinculan por nombramiento de la entidad

territorial antes del 1º de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 43 de 1975 ¹.

Por su parte, el Numeral 1º de su artículo 15 establece, que a partir de su vigencia, el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990, se regirá de la siguiente manera: los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes, y los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para los mismos efectos, 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.

De acuerdo con el artículo 15 numeral 3 de la ley 91 de 1989, de manera particular, en lo que atañe a las cesantías de los docentes nacionalizados, se conservó el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial, y frente a los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, se dispuso que se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

Por su parte, la Ley 1071 de 2006, "POR MEDIO DE LA CUAL SE ADICIONA Y MODIFICA LA LEY 244 DE 1995, SE REGULA EL PAGO DE LAS CESANTÍAS DEFINITIVAS O PARCIALES A LOS SERVIDORES PÚBLICOS, SE ESTABLECEN SANCIONES Y SE DAN TÉRMINOS PARA SU CANCELACIÓN, en el artículo 2º estableció de la siguiente forma su ámbito de aplicación:

Artículo 2. Ámbito de aplicación. Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro.” (Subrayas del Despacho).

La misma ley, en cuanto al término para dar respuesta a la solicitud de cesantías parciales o definitivas dispuso:

"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

¹ Ley 43 del 11 de diciembre de 1975 “*Por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los municipios, las intendencias y comisarías; y se distribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones*”. **Artículo 10º.-** “*En adelante ningún departamento, intendencia o comisaría, ni el Distrito Especial, ni los municipios podrán con cargo a la Nación, crear nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria, ni tampoco podrán decretar la construcción de nuevos planteles de enseñanza media, sin la previa autorización, en ambos casos, del Ministerio de Educación Nacional*”.

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 demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este.”*

Ahora bien, en sentencia de unificación de fecha 18 de julio de 2018² el Consejo de Estado, definió las siguientes reglas jurisprudenciales para dar solución a los problemas jurídicos relacionados con el reconocimiento de sanción por mora en el sector docente:

3.5.1 Unificar jurisprudencia en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el **docente oficial**, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.

3.5.2 Sentar jurisprudencia precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

194. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley³ para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

195. De otro lado, también se **sienta jurisprudencia** precisando que cuando se interpone el recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.

² Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018.

³ Artículos 68 y 69 CPACA.

1.5.3 **Sentar jurisprudencia** señalando que, tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

3.5.4 **Sentar jurisprudencia**, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA." (Resaltado original)

Así las cosas, en los casos de docentes oficiales por tratarse de **servidores públicos**, la moratoria en el pago de las cesantías se rige por el procedimiento contemplado en la Ley 244 de 1995 adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, por lo que luego de presentada la solicitud, la Entidad cuenta con 15 días máximo para expedir la resolución de liquidación de las cesantías definitivas y/o parciales, 10 días de ejecutoria y 45 días hábiles para el pago, luego de los cuales empezará a correr la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retardo. Cobra relevancia indicar sobre este aspecto, que la ley no hace diferencia en los términos de reconocimiento de la cesantía y en este aspecto no interesa si se trata de retiro parcial o retiro definitivo; para ambos casos, el trámite tiene establecidos exactamente los mismos tiempos.

Quiere decir lo anterior, que una vez transcurridos 70 días hábiles⁴ desde la presentación de la solicitud de reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas, sin que se haya realizado su pago efectivo, se causa el derecho a recibir la indemnización por mora, equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo.

B. EL CASO CONCRETO:

Conforme consta a folio 25 del cuaderno principal –Expediente digitalizado, la señora LUCIA INES VALENCIA CUERVO en su calidad de docente, solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías el día 14 de agosto de 2017.

Según recibo que obra a folio 26 del cuaderno principal –Expediente digitalizado, emitido por el Banco BBVA el pago de la prestación ocurrió el 28 de junio de 2018.

De acuerdo con lo anterior, concluye el Despacho que los setenta (70) días hábiles posteriores a la fecha en que fue radicada la solicitud, previstos para el reconocimiento y pago de la prestación social (Cesantía), se cumplieron el 24 de noviembre de 2017.

Por tanto, el período en el que ha de aplicarse la sanción moratoria es del 25 de noviembre de 2017 al 27 de junio de 2018.

Finalmente, frente a lo manifestado por la apoderada de la parte demandante en sus alegatos de conclusión respecto al conteo de términos de la sanción mora,

⁴Artículo 76 del C.P.A.C.A. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de **los diez (10) días siguientes** a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez (...).

aclara este despacho que se tendrán en cuenta como extremo final de la mora la fecha en que específicamente la entidad puso a disposición del docente el dinero por concepto de liquidación de cesantías cumpliendo con la carga administrativa y financiera que le corresponde máxime cuando el docente ya le había sido notificada la resolución de reconocimiento de la prestación.

C. PRESCRIPCIÓN

Respecto al reconocimiento de la sanción moratoria, es pertinente hacer alusión al tema de la prescripción de los derechos salariales y prestacionales sobre los cuales el Consejo de Estado se ha pronunciado recientemente⁵:

“(...) Como se señaló en forma previa, los salarios moratorios, que están a cargo del empleador que incumpla su obligación de consignar las cesantías en el término que la ley concede, no son accesorios a la prestación “cesantías”. Si bien es cierto se causan en torno a ellas, no dependen directamente de su reconocimiento, ni hacen parte de él; pues su causación es excepcional, está sujeta y deviene del incumplimiento u omisión del deber legal consagrado a cargo del empleador, están concebidas a título de sanción, por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación de esa prestación.

Como hacen parte del derecho sancionador y a pesar de que las disposiciones que introdujeron esa sanción en el ordenamiento jurídico, no consagran un término de prescripción, no puede considerarse un derecho imprescriptible, pues bien es sabido que una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles.

Siendo así y como quiera que las Subsecciones A y B han aplicado la prescripción trienal en asuntos relativos a sanción moratoria, se considera que no hay controversia alguna sobre ese particular; no obstante, sí es del caso precisar que la norma que se ha de invocar para ese efecto, es la consagrada en el Código de Procedimiento Laboral, artículo 151, que es del siguiente tenor literal:

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

La razón de aplicar esta disposición normativa y no el término prescriptivo consagrado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, previamente citados, consiste en que tales decretos en forma expresa señalan que la prescripción allí establecida, se refiere a los derechos de que tratan las referidas normas, entre los cuales no figura la sanción moratoria, pues para la época de su expedición, la sanción aludida no hacía parte del ordenamiento legal, la que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990. [...]» (Subraya de la Subsección) (...).”

⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda. Subsección A. Consejero ponente: William Hernández Gómez. Bogotá D.C., quince (15) de febrero de dos mil dieciocho (2018). Rad. No.: 27001-23-33-000-2013-00188-01(0810-14).

En el presente caso no se configura la prescripción trienal de la sanción moratoria reconocida a favor de la demandante, como quiera que entre la fecha en la cual se hizo exigible su pago, esto es el 25 de noviembre de 2017 y la fecha de presentación de la reclamación administrativa el 3 de septiembre de 2018⁶, no transcurrieron más de tres años conforme a lo establecido en la norma transcrita.

Por lo anterior, se declarará no probada la prescripción.

D. CONCLUSIÓN

En virtud de lo ampliamente expuesto en la presente providencia, considera el Despacho, que a la demandante, le asiste el derecho a obtener el pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006, por la tardanza en la que incurrió la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en proceder al reconocimiento y pago de las cesantías a las que tenían derecho y en tal virtud, queda evidentemente desvirtuada, la presunción de legalidad de la actuación administrativa discutida en el presente caso; siendo por tanto necesario declarar su nulidad.

RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

A título de restablecimiento del derecho, La Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, deberá cancelar a la demandante la indemnización moratoria establecida en el parágrafo del artículo 5º de la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago y en los términos expuestos de manera precedente. La sanción será liquidada con la asignación básica vigente a la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público. La sanción será liquidada con la asignación básica vigente a la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público, en caso de mora en el pago de cesantías definitivas, o con la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, en caso de mora en el pago de cesantías parciales, sin que varíe por la prolongación de la mora en el tiempo, por lo que en este caso la liquidación se realizará con la asignación básica del año 2017.

E. INDEXACIÓN

Frente a este punto combine indicar que el Órgano de Cierre de esta Jurisdicción en Sentencia de Unificación No. 00580 de 2018 de 18 de julio de 2018, sentó jurisprudencia iterando la improcedencia de la indexación de la sanción moratoria en el siguiente sentido:

“189. Ahora bien, esta situación debe ser mirada desde la óptica de ser una sanción que se causó al constituirse en mora y cesar con el pago de la cesantías, y ese contexto, la sentencia que la reconoce simplemente declara su ocurrencia y la cuantifica, sin que ello implique el incumplimiento de una obligación generada por ministerio de la ley, tratándose de empleados públicos, susceptible de ser ajustada con los índices de precios al consumidor, cuyo propósito es mantener la capacidad adquisitiva y la finalidad que la justifica en el ordenamiento jurídico.

⁶ Folio 32 del cuaderno principal –Expediente digitalizado.

190. Por ello, en juicio de la Sala para justificar la indexación de la sanción por mora en el pago de las cesantías, no es viable acudir al contenido del último inciso del artículo 187 del CPACA, según el cual, «Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el índice de precios al consumidor», pues en estricto sentido, la sentencia no reivindica ningún derecho ni obligación insatisfecha, erigiéndose como generadora de un beneficio económico para el demandante cuya única causa fue la demora en el pago de una prestación.

191. En suma, la naturaleza sancionadora, el cuantioso cómputo sistemático y prolongado en el tiempo sin que implique periodicidad, y la previsión intrínseca del ajuste del salario base con el IPC, indican con toda certeza que la sanción moratoria no puede indexarse a valor presente, razón por la cual, la Sección Segunda del Consejo de Estado sentará jurisprudencia en tal sentido. Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.

(...) 3.5.4 **Sentar jurisprudencia**, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA.”

No obstante lo anterior, cabe resaltar que la expresión “*Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA.*”, fue nuevamente estudiada por el Consejo de Estado a través de Sentencia del 26 de agosto de 2019, con ponencia del Magistrado William Hernández Gómez, en la que se precisó que si bien no era posible la indexación de la sanción por mora mientras ésta se estaba causando, ello no era óbice para dar aplicación al artículo 187 del CPACA, una vez constituido el valor total de la sanción moratoria, por tratarse de una cantidad líquida de dinero, concluyendo que la interpretación que más se ajustaba a la sentencia de unificación era la siguiente:

- “a) mientras se causa la sanción moratoria, día a día, esta no podrá indexarse;
- b) cuando termina su causación se consolida una suma total, ese valor total si es objeto de ajuste, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia - art. 187 - y
- c) una vez quede ejecutoriada la condena, no procede indexación sino que se generan los intereses según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA.”

Colofón de lo antepuesto, observa esta Sede Judicial que si bien conforme la sentencia de unificación en cita, es improcedente la indexación de la sanción moratoria, tal improcedencia sólo se predica durante el tiempo en que ésta se esté causando, por tanto, una vez cesada y generado el valor total de la sanción moratoria, tal suma debe ajustarse con base en el IPC conforme lo dispone el 187 del CPACA, a partir del día siguiente en que cesó la causación hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, puesto de una vez en firme el fallo lo que se origina son los intereses consagrados en los artículos 192 y 195 de la misma codificación.

Por lo expuesto, este despacho acogerá el último pronunciamiento de la Alta Corporación frente a la interpretación que debe darse a la expresión “**Sentar jurisprudencia**, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA.” Contendida en la Sentencia de Unificación No. 00580 de 18 de julio de 2018.

Por ende, la suma reconocida por concepto de sanción moratoria deberá ser INDEXADA conforme al artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, a partir del día siguiente en que cesó la causación y hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, es decir, actualizada mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual, la entidad demandada tendrá en cuenta la fórmula siguiente:

$$R = RH \times \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En donde R se determina multiplicando el valor histórico RH que es lo dejado de percibir por la parte demandante por concepto de pensión de jubilación desde la fecha del primer pago de ésta, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE, y vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió de hacerse el pago.

Con base en las consideraciones expuestas, se itera, que si bien, la sanción moratoria en sí misma no puede ser indexada, una vez generado el valor total de la sanción moratoria, tal suma si debe ajustarse con base en el IPC conforme lo dispone el 187 del CPACA, a partir del día siguiente en que cesó la causación hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia.

F. CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA:

La demandada –NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN –FPSM- deberá cumplir la presente providencia en la forma y términos de los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

G. COSTAS

Con fundamento en el artículo 188 del C.P.A.C.A., se condena en costas a la parte demandada MINISTERIO DE EDUCACIÓN FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, cuya liquidación y ejecución se harán conforme al artículo 366 del Código General de Proceso, por cuanto se generaron gastos procesales y se evidenció la intervención del apoderado judicial de la accionante en cada una de las etapas del proceso; ello conforme con pronunciamientos del Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa⁷, en donde se advierte la necesidad de atender al criterio objetivo-valorativo al momento de estudiar sobre la imposición de costas.

Se fijan Agencias en derecho por el equivalente al 4% del valor de las pretensiones reconocidas en esta sentencia⁸.

⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Bogotá D.C., 22 de febrero de 2018. Expediente N°: 250002342000201200561 02 (0372-2017).

⁸ Según el Acuerdo No. PSAA-10-554 de 2016 que rige para los procesos iniciados a partir de su vigencia.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo ficto derivado de la petición del 3 de septiembre de 2018, por medio del cual la demandada negó el reconocimiento y pago de la indemnización por mora en el pago de las cesantías a la señora LUCIA INES VALENCIA CUERVO.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, se ORDENA a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a que reconozca y pague a la demandante en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia, la sanción por mora contenida en el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de mora, entre el 25 de noviembre de 2017 y el 27 de junio de 2018 inclusive tal y como quedó definido en la parte motiva de la providencia. La sanción será liquidada con la asignación básica vigente en el año 2017.

Las sumas reconocidas se actualizarán conforme con lo dispuesto en el artículo 187 del C.P.A.C.A., es decir, mediante la aplicación de los ajustes de valor, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la presente sentencia, para lo cual la demandada tendrá en cuenta la fórmula citada en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: La NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO DARÁ cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en los artículos 192 y 195 del CPACA, PREVINIÉNDOSE a la parte demandante de la carga prevista en el inciso 2º del artículo 192 ibídem.

CUARTO: EJECUTORIADA la presente providencia, por la SECRETARÍA se dará CUMPLIMIENTO a lo previsto en el inciso final de los artículos 192 y 203 del C.P.A.C.A.

QUINTO: A costa de la parte interesada, expídanse las copias auténticas que solicite de esta providencia, teniendo en cuenta la Secretaría los lineamientos del artículo 114 del C.G.P.

SEXTO: SE CONDENA EN COSTAS a la parte demandada MINISTERIO DE EDUCACIÓN FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTEIRO, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código General del Proceso.

Se fijan Agencias en derecho por el equivalente al 4% del valor de las pretensiones reconocidas en esta sentencia.

