

Señora Juez

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

E. S. D.

Referencia: 11001-33-35-017-2022-00113-00

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: Catherine Santos Aldana

Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Distrito Capital – Secretaría de Educación de Bogotá.

Asunto: Excepción Previa

VIVIANA CAROLINA RODRÍGUEZ PRIETO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.032.471.577 de Bogotá D.C., y portadora de la tarjeta profesional No. 342.450 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderada sustituta de **BOGOTÁ D.C. – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO**, (en adelante SED o mi representada), manifiesto que por medio del presente escrito y encontrándome dentro del término legal, me permito interponer las siguientes excepciones previas, conforme a las siguientes consideraciones:

A. No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios

El artículo 61 del Código General del Proceso, consagra la institución del litisconsorte necesario y la integración del contradictorio en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 61. LITISCONSORCIO NECESARIO E INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO.
Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.

En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante dicho término.

Si alguno de los convocados solicita pruebas en el escrito de intervención, el juez resolverá sobre ellas y si las decreta fijará audiencia para practicarlas.

Los recursos y en general las actuaciones de cada litisconsorte favorecerán a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio solo tendrán eficacia si emanan de todos.

Cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su vinculación acompañando la prueba de dicho litisconsorcio.” (Subrayado fuera del texto)

De acuerdo con lo dispuesto en el Código General del Proceso, la figura procesal del litisconsorcio tiene como finalidad esencial la debida integración del contradictorio en los procesos, atendiendo a criterios básicos de economía procesal o de mérito para resolver la controversia, y se encuentra dividida como necesaria o facultativa y/o voluntaria según la naturaleza de la relación o relaciones jurídicas discutidas en el proceso y a la divisibilidad de las obligaciones derivadas de esas relaciones.

A su vez, puede extraerse de su contenido que el litisconsorcio necesario se da en aquellos casos en los que la naturaleza de las relaciones jurídicas planteadas y debatidas en el procesos, no permiten emitir una decisión de fondo con las partes que hasta el momento se encuentran vinculadas al mismo, por encontrarse necesaria la comparecencia de una o varias personas, que podrían resultar afectadas con la decisión adoptada en razón a la relación jurídica debatida.

De igual forma, con respecto a la oportunidad procesal para integrar al litisconsorte necesario, la Corte Constitucional en Sentencia de Tutela 056 del 05 de julio de 1995, contempló lo siguiente:

“a) al momento de formular la demanda, dirigiéndola contra todos los litisconsortes; b) si así no se hiciera, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará dar traslado de [e]sta a quienes falten para integrar el contradictorio; c) en caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de los litisconsortes, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia [...]”.

Ahora bien, el reconocimiento de las prestaciones sociales por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la obligación de las Entidades Territoriales, esta regulado conforme con el Acuerdo No. 39 de 1988, en el cual el Consejo Directivo del Fondo prestacional del Magisterio, determinó el procedimiento encaminado al reconocimiento de un interés anual sobre el saldo de las cesantías de los docentes vinculados a partir de 1990:

“Artículo 1. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un interés anual sobre el saldo de cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, al personal docente afiliado y que tenga derecho de acuerdo al régimen prestacional que les cobije. El monto a pagar será el equivalente a la suma que resulte de aplicar al valor acumulado de cesantías a favor de cada docente, la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo

(...)

Artículo 3. Las liquidaciones anuales de cesantía de los docentes serán reportadas por cada entidad territorial o por el establecimiento público educativo oficial a la respectiva **Oficina Regional del Fondo del Magisterio** en cada entidad territorial en medio magnético e impreso en los formatos diseñados y aprobados por el Ministerio de Educación Nacional para el efecto, en los primeros veinte (20) días del mes de enero de cada año”.

En este sentido, la Corte Constitucional en sentencia del 06 de febrero de 2020, con ponencia del Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez, estableció la responsabilidad del FOMAG en el trámite de las cesantías de los docentes:

“El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG- es una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyo objeto principal es atender las prestaciones sociales de los docentes. La Fiduciaria La Previsora S.A. - FIDUPREVISORA S.A.- es una sociedad de economía mixta del orden nacional sometida al régimen de Empresa Industrial y Comercial del Estado, encargada del manejo de los recursos del FOMAG, en virtud de contrato de fiducia mercantil suscrito con el MEN, cuyo gerente integra el Consejo Directivo del FOMAG con voz pero sin voto. Por lo tanto, la FIDUPREVISORA S.A.- en su calidad de vocera y administradora de los recursos del FOMAG es la entidad obligada a pagar las prestaciones de los docentes y asumir la defensa judicial del patrimonio autónomo”¹

De conformidad al comunicado No 008 de fecha 11-02-2020, expedido por Fiduprevisora S.A, se realizan precisiones a la luz del acuerdo No 39 de 1998, indicando, que correrá por cuenta de las Secretarías de Educación de la mano del área nominadora, liquidar los reportes de las cesantías e ingresar la información necesaria para llevar a cabo el proceso correspondiente a través de aplicativo Humano. Finalizado el proceso anterior, el sistema generará un reporte, el cual debe ser remitido **directamente a Fiduprevisora S.A** con fecha límite, improrrogable del 05-02-2021, de lo contrario conlleva a la no inclusión en nómina de los docentes

Razón por la cual, La Fiduciaria La Previsora S.A., en su calidad de administradora de los recursos del Fondo, en virtud del Decreto 2831 de 2005, por autorización de la Ley 91 de 1989, es quien debe pagar las prestaciones sociales reconocidas a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atendiendo al contrato de fiducia celebrado entre dicha entidad fiduciaria y el Ministerio de Educación; por tanto, su vinculación resulta no solo ajustada a derecho, sino necesaria.

Por lo anterior, de manera comedida solicito a su Despacho que se vincule al presente trámite a La Fiduciaria La Previsora S.A.

B. Falta de legitimación en la causa por pasiva

Esta excepción tiene como fundamento los argumentos expuesto en el numeral anterior, relativo a las razones y fundamentos de defensa y los argumentos que se proceden a exponer:

¹ Corte Constitucional, sentencia SU-041 de 6 de febrero de 2020, Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez

De conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado², la legitimación en la causa por pasiva corresponde a la capacidad jurídica y procesal de la parte demandada para comparecer en juicio y para oponerse a las pretensiones.

Adicionalmente, vale la pena precisar que esta Corporación tiene determinado que el presupuesto procesal de la legitimación en la causa tiene dos dimensiones, de hecho y material. i) *“La primera surge de la formulación de los hechos y de las pretensiones de la demanda, de manera que quien presenta el escrito inicial se encuentra legitimado por activa, mientras que el sujeto a quien se le imputa el daño ostenta legitimación en la causa por pasiva”*³; (ii) La segunda, hace relación a la participación real que tienen las personas con el hecho origen de la formulación de la demanda y el vínculo con los derechos o intereses en discusión, circunstancia que permite establecer si existe mérito de las pretensiones del actor o las razones de oposición del demandado para dictar sentencia de fondo.

De esta manera, es posible que un sujeto que es parte del proceso, a pesar de encontrarse legitimado en la causa de hecho, no cuenta con legitimación en la causa material ya que no ostenta relación alguna con los hechos que dieron origen al proceso o, que de conformidad con la ley sustancial, no está llamado a responder por los derechos en controversia, lo cual trae como consecuencia que las pretensiones formuladas están llamadas a fracasar pues el demandado no se encuentra en la posibilidad de reparar los perjuicios ocasionados al demandante.⁴

Bajo el anterior entendimiento, la legitimación en la causa material por pasiva implica que la Entidad que es demandada, es la que está llamada a responder y restablecer el derecho del demandante ante una eventual sentencia condenatoria al encontrarse probada la participación real en el hecho o el vínculo jurídico sustancial con los intereses que se encuentran en disputa.

En el presente asunto, la demandante pretende la declaratoria de nulidad del acto ficto que negó la solicitud de reconocimiento de la sanción moratoria por la consignación oportuna de las cesantías establecidas en la Ley 50 de 1990, artículo 99. Sin embargo, la Secretaría de Educación del Distrito carece de legitimación en la causa material por pasiva frente a estas pretensiones en la medida que, de conformidad con la ley sustancial, esta entidad no guarda vínculo alguno con los hechos y derechos en controversia y conforme con las pretensiones de la demanda, no es aplicable la obligación contemplado en el parágrafo del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 conforme con lo establecido en el escrito de contestación de la demanda.

Al respecto, es necesario recordar que la Ley 50 de 1990 fue establecida para los trabajadores particulares y servidores públicos afiliados a las sociedades administradoras de fondos de cesantías de carácter privado.

“Artículo 99.- Reglamentado por el Decreto 1176 de 1991. El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía tendrá las siguientes características:

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Auto del 07 de febrero de 2019. Radicado: 68001-23-33-000-2014-00346-01(2174-15).

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 30 de mayo de 2019. Radicado: 81001-23-31-000-2011-00051-01(48890).

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 28 de julio de 2011. Radicado: 52001-23-31-000-1997-08625-01(19753).

1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.”

De esta forma, con relación a la participación de la Secretaría de Educación en el presente asunto, el Acuerdo 39 de 1998 estableció que las entidades territoriales reportan a comienzo de cada año las cesantías anuales causadas por los docentes a la Fiduprevisora y dicha fiduciaria **calcula, liquida y gira directamente** a cada uno de los docentes los intereses a las cesantías. En este sentido, la Oficina de Nómina de la SED reporta a la Fiduciaria a comienzos de cada año y de manera oportuna los consolidados de cesantías docentes causadas durante la vigencia. De otra parte, ni la Secretaría de Educación de Bogotá, ni ninguna entidad territorial certificada **paga** intereses de cesantías a los docentes afiliados al FOMAG.

Ahora bien, el Consejo de Estado⁵ ha sostenido en reiteradas oportunidades que, por regla general, la legitimación en la causa material constituye una condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito, no obstante, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA, el juez se encuentra en la posibilidad de declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva durante el trámite de la audiencia inicial, salvo que no exista certeza frente a la configuración de la excepción de legitimación en la causa de hecho y material, por activa o pasiva, asunto que deberá entonces resolverse en sentencia luego de evacuado todo el periodo probatorio.

En el caso concreto, teniendo en cuenta los fundamentos fácticos y jurídicos presentados en la demanda, se observa que existe certeza frente a la configuración de la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva para que pueda ser declarada, toda vez que la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., no es la entidad llamada a responder por los derechos que se encuentran en discusión, encontrándose el juez en la posibilidad de declarar esta excepción.

Así las cosas, la Secretaría de Educación Distrital no se encuentra legitimada en la causa por pasiva, porque si la ley no le ha asignado o transferido la administración del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no puede esta entidad asumir funciones ni competencias que la ley no le ha prescrito, como lo es el reconocimiento de prestaciones sociales y el correspondiente pago de estos dineros, en los que se incluye la discutida sanción moratoria.

⁵ Véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 13 de febrero de 2017. Radicado: 05001-23-33-000-2014-00624-01(55575); Auto del 13 de febrero de 2017. Radicado: 70001-23-33-000-2015-00013-01(55754); Auto del 13 marzo de 2017. Radicado: 25000-23-36-000-2015-00105-01(57357).

Nuevamente, vale la pena resaltar lo dispuesto por el Consejo de Estado, en providencia de fecha 16 de agosto de 2018⁶, que declaró probada la falta de legitimación en la causa por pasiva de la entidad territorial en los términos que se citan a continuación:

“Así las cosas, en lo que tiene que ver con el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del magisterio, ésta una competencia otorgada al FOMAG como una cuenta especial de la nación, por ser en cabeza de quién se encuentra el patrimonio autónomo creado por la Ley respecto de los factores prestacionales de sus afiliados y finalmente, de la cual se destinan los recursos para la cancelación de las sumas reconocidas por los actos administrativos expedidos por las secretarías de educación territoriales, de manera que en los procesos en los que se discuta la liquidación de la prestación social – cesantías, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta corporación en casos similares cuya discusión se concretó en el régimen de liquidación de dicha prerrogativa laboral, no es procedente la vinculación de las entidades territoriales”.

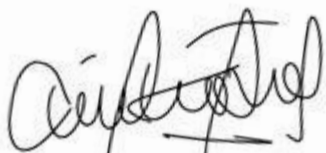
Por lo anterior, la excepción propuesta está llamada a prosperar ya que la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., no cuenta con legitimación en la causa por pasiva para actuar dentro del presente asunto, teniendo en cuenta que, quien debe reconocer y pagar las prestaciones sociales del magisterio es la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG.

C. Notificaciones

La Fiduciaria La Previsora recibe notificaciones en la Calle 72 No. 10 – 03 Piso 4,5,6 y 9, Bogotá. Al correo de notificaciones judiciales notjudicial@fiduprevisora.com.co.

La Secretaría de Educación recibe notificaciones en la Avenida el Dorado No. 66-63, Bogotá. Al correo electrónico de notificaciones judiciales de la Entidad: notificacionesjudiciales@secretariajuridica.gov.co y a los correos de la suscrita apoderada carolinarodriguezp7@gmail.com y notificacionesjcr@gmail.com

Del honorable Despacho,



Viviana Carolina Rodríguez Prieto

Apoderada Bogotá D.C. - Secretaría de Educación Distrital

Celular: 3112720996

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 16 de agosto de 2018. Radicado 2016-1237-01.



La educación
es de todos

Mineducación

RAD_S

Al contestar por favor cite:

Radicado No.: *RAD_S*

Fecha: *F_RAD_S*

Señores

JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ – SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá - Cundinamarca

E. S. D.

RADICADO No.	11001333501720220011300
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHO
DEMANDANTE	CATHERINE BIBIANA SANTOS ALDANA
DEMANDADO	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
ASUNTO	CONTESTACIÓN DE DEMANDA

JENNY KATHERINE RAMÍREZ RUBIO, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.030.570.557 de Bogotá D.C. y T.P. 310.344 del C.S.J., en mi condición de apoderada sustituta de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, conforme poder de sustitución otorgado, por la Doctora AIDEE JOHANNA GALINDO ACERO, identificada con cedula de ciudadanía No. 52.863.417 en su calidad de Representante Judicial en la Defensa de los intereses del **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**, en los procesos judiciales que en su contra se adelanten con ocasión de obligaciones a cargo del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, de acuerdo con la certificación suscrita por la Representante Legal de FIDUPREVISORA S.A, y según el Poder General que le fue otorgado mediante Escritura Pública N° 10184 del 9 de noviembre de 2022, que la faculta para otorgar poderes especiales a los abogados que asuman la defensa judicial; me permito dar respuesta a la demanda de la referencia en los siguientes términos:

A LAS PRETENSIONES

Me opongo a que prosperen todas y cada una de las pretensiones presentadas dentro de la demanda por carecer de sustento fáctico y legal, como se demostrará a continuación y así mismo solicito de manera respetuosa al despacho **ABSOLVER** a la **NACION- MAGISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** de todo cargo, veamos:

1. La demanda se encuentra fundada en supuestos de hecho falsos e inexistentes: El demandante, cuando plantea la secuencia de los supuestos de hecho en los cuales fundamenta sus pretensiones, hace referencia a apartes normativos inexistentes. Concretamente, **el hecho tercero de la demanda** señala que el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 modificó la Ley 91 de 1989, y que a partir de su entrada en vigencia, las entidades territoriales, según el demandante, deben pagar intereses de cesantías antes del 30 de enero y consignar las cesantías en una cuenta individual del docente antes del 15 de febrero de la anualidad siguiente a la que fueron causadas. La simple lectura del tenor literal del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 permite a cualquiera evidenciar que no existe en el texto normativo mención alguna a estos aspectos, ya que la norma jamás se refiere a fechas y mucho menos a cuentas

Bogotá D.C Calle 72 No. 10-03 | PBX (+57 1) 594 5111

Barranquilla (+57 5) 356 2733 | Bucaramanga (+57 7) 696 0546

Cali (+57 2) 348 2409 | Cartagena (+57 5) 660 1798 | Ibagué (+57 8) 259 6345

Manizales (+57 6) 885 8015 | Medellín (+57 4) 581 9988 | Montería (+57 4) 789 0739

Pereira (+57 6) 345 5466 | Popayán (+57 2) 832 0909

Riohacha (+57 5) 729 2466 | Villavicencio (+57 8) 664 5448

Fiduprevisora S.A. NIT 860.525.148-5

Solicitudes: 018000 919015

servicioalcliente@fiduprevisora.com.co

www.fiduprevisora.com.co



El emprendimiento
es de todos

Minhacienda

individuales de los docentes en el FOMAG. Esta norma se contrae a indicar que “las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”. En conclusión, se observa que, la forma en que se plantean los hechos de la demanda, peligrosamente intentan desviar la atención de la administración de justicia, generando confusión respecto de lo que expresamente se encuentra previsto en el artículo 57 en mención.

2. Las pretensiones de la demanda contrarían los beneficios que tienen los docentes del FOMAG: Dentro de las peticiones de la demanda, se observa que, en el numeral segundo, el apoderado solicita que los intereses de las cesantías del docente se tramiten bajo el amparo de las normas establecidas para los trabajadores particulares. Esta posición, desconoce y pasa por alto que la norma especial prevista para los docentes del FOMAG, esto es, el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998 expedido por el Consejo Directivo del FOMAG, resulta mucho más beneficiosa para la demandante en materia de liquidación de intereses, hecho que aritméticamente se comprobará en la presente contestación de demanda.

Por tanto, el apoderado de la demandante, en procura de unos beneficios que eventualmente podrían generarse en el hipotético caso de un fallo favorable, solicita la aplicación que en demasía merma los beneficios que en materia de intereses ostenta el trabajador del sector educativo que concurre a la presente demanda.

Adicionalmente, existe una Indevida interpretación de la jurisprudencia relativa a las cesantías de los docentes del FOMAG: En la sustentación del concepto de violación, el demandante reseña una serie de pronunciamientos emitidos por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, mediante los cuales pretende sustentar sus pretensiones. Sin embargo, es importante precisar que el alcance de la jurisprudencia no corresponde a la que le endilga el demandante, situación a la se hará referencia puntualmente en el desarrollo de la contestación de la demanda.

De acuerdo con lo anterior, procedo a pronunciarme de manera individual frente a cada una de las pretensiones de la demanda, así:

DECLARATIVAS

PRIMERA: *Me opongo*, a que se DECLARE la nulidad del acto administrativo, en cuanto negó el derecho a pagar la indemnización moratoria por el no pago de cesantías ni intereses sobre cesantías dentro del tiempo establecido, conforme con la Ley 50 de 1990, por cuanto los docentes del FOMAG se encuentran amparados por un régimen especial de prestaciones sociales que se rige por la Ley 91 de 1989, por tanto, resulta improcedente la aplicación del régimen de qué trata la Ley 50 de 1990, el cual es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

SEGUNDA: *Me opongo*, a que se declare que el demandante tiene derecho a que se reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, e indemnización por intereses, ya que como más adelante se demostrará en la presente defensa, las cesantías de la docente se tramitaron conforme a lo específicamente reglado en el régimen especial del magisterio, esto es, la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 039 de 1998 emitido por el Consejo Directivo del FOMAG.

TERCERA: *Me opongo*, a que se declare que el demandante tiene derecho a que se reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, e indemnización por intereses, ya que como más adelante se demostrará en la presente defensa, las cesantías de la docente se tramitaron conforme a lo específicamente reglado en el régimen especial del magisterio, esto es, la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 039 de 1998 emitido por el Consejo Directivo del FOMAG.

CUARTA: Me opongo, a que se declare que el demandante tiene derecho a que se reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, e indemnización por intereses, ya que como más adelante se demostrará en la presente defensa, las cesantías de la docente se tramitaron conforme a lo específicamente reglado en el régimen especial del magisterio, esto es, la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 039 de 1998 emitido por el Consejo Directivo del FOMAG.

A LAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS Y DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Me opongo a todas y cada una de las enunciadas, toda vez que, al no estar legitimadas las primeras, las mencionadas no están llamadas a prosperar.

Por otra parte, me opongo a la condena en costas, de modo que la legislación es clara al afirmar que se tiene el Derecho a la legítima defensa y por ende no se debe condenar en costa si no hay gastos en los que hizo incurrir la parte vencida de conformidad con lo dispuesto por el artículo 365 Código General del Proceso.

LOS HECHOS

FRENTE AL HECHO PRIMERO: NO LE CONSTA a la entidad que represento, por lo que deberá ser probado dentro del plenario.

FRENTE AL HECHO SEGUNDO: La referencia en mención **NO ES UN HECHO**, en tanto no constituye fundamento fáctico de las pretensiones que se elevan con el medio de control, y se circunscribe a una referencia normativa.

FRENTE AL HECHO TERCERO: No es cierto, en la medida en que, tal como se indicó en las consideraciones preliminares, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 se contrae a indicar que “las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, más no hace referencia alguna a la forma o fechas en que se deben pagar los intereses de las cesantías, y mucho menos a que la consignación de cesantías deba realizarse en una cuenta individual del docente. De la simple lectura del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, se puede concluir que el demandante está agregando textos que la norma que cita no contiene, lo cual peligrosamente podría confundir a la administración de justicia en el entendimiento del litigio que se está examinando.

FRENTE AL HECHO CUARTO: NO LE CONSTA a la entidad que represento, por lo que deberá ser probado dentro del plenario.

FRENTE AL HECHO QUINTO: NO LE CONSTA a la entidad que represento, por lo que deberá ser probado dentro del plenario.

FRENTE AL HECHO SEXTO: NO LE CONSTA a la entidad que represento, por lo que deberá ser probado dentro del plenario.

FRENTE AL HECHO SÉPTIMO: NO LE CONSTA a la entidad que represento, por lo que deberá ser probado dentro del plenario.

FRENTE AL HECHO OCTAVO: NO LE CONSTA a la entidad que represento, por lo que deberá ser probado dentro del plenario.

FRENTE AL HECHO NOVENO: NO LE CONSTA a la entidad que represento, por lo que deberá ser probado dentro del plenario.

FRENTE AL HECHO DÉCIMO: NO LE CONSTA a la entidad que represento, por lo que deberá ser probado dentro del plenario.

FRENTE AL HECHO ONCEAVO: NO LE CONSTA a la entidad que represento, por lo que deberá ser probado dentro del plenario.

I. EL PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo a las pretensiones y supuestos de hecho en los que se soporta el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho incoado por el demandante, se puede concluir que los problemas jurídicos que debe entrar a resolver la jurisdicción contenciosa administrativa, corresponden a los siguientes:

- ¿Se configuran, en el caso concreto, los presupuestos necesarios para el reconocimiento y pago de la sanción por mora de que trata la Ley 50 de 1990 y el pago de indemnización por pago tardío de intereses a las cesantías?
- ¿Cómo se garantiza el principio de inescindibilidad de la norma en el régimen especial de las cesantías de los docentes?

A efectos de que el Despacho cuente con los argumentos suficientes para desatar el presente litigio, muy respetuosamente procedemos a realizar una puntual exposición de los aspectos que, a nuestro juicio, permiten concluir que no hay lugar a acceder a las pretensiones de la parte demandante, lo cual procedemos a desarrollar en los siguientes términos.

II. GENERALIDADES DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG Y SUS CARACTERÍSTICAS FRENTE A OTRAS FIGURAS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS CESANTÍAS DE LOS TRABAJADORES

La Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) como **una cuenta especial** de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, para que sus recursos sean manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital; para tal efecto, el Presidente de la República, el Ministro de Educación Nacional y Fiduciaria La Previsora S.A. celebraron contrato de fiducia mercantil protocolizado mediante la Escritura Pública No. 0083 de 21 de junio de 1990.

Para los efectos de esta defensa del patrimonio público, es necesario que el Señor Juez tenga en cuenta que el FOMAG es un **fondo cuenta**, que de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 3 y 4 de la Ley 91 de 1989 y el objeto del contrato mismo, **constituye un patrimonio autónomo** cuyos recursos son administrados por una sociedad fiduciaria (actualmente Fiduprevisora S.A.), sociedad de economía mixta vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Por ser un fondo cuenta, no se constituye como una entidad financiera y consecuentemente, no le es permitido realizar las operaciones financieras de que trata el Estatuto Orgánico del Sector Financiero (Decreto Ley 663 de 1993), el cual referencia taxativamente las entidades que sí tienen esa posibilidad. En lo que se refiere al pago de las cesantías del personal docente afiliado al FOMAG, el artículo 15, numeral 3 de la misma ley, prevé los escenarios y la forma en que, según el periodo de vinculación del docente, se liquidan y pagan las correspondientes cesantías.

Otra de las particularidades del régimen de los docentes deviene en que en virtud del artículo 1 del Decreto 3752 de 2003, a este fondo cuenta, se deben afiliar, obligatoriamente, todos los docentes del país.

Para mayor claridad, resulta relevante resaltar las **sustanciales diferencias** que tiene el FOMAG con otros sistemas de administración de cesantías, particularmente en lo relacionado con la naturaleza jurídica, régimen especial, funcionamiento y operación, respecto de los demás regímenes de cesantías, así:

- **Fondos Privados de Cesantías:**

De acuerdo con lo establecido en el Estatuto Orgánico del Sector Financiero (Decreto Ley 663 de 1993) los fondos privados de cesantías corresponden a la figura de **un patrimonio autónomo de propiedad de los afiliados**, independiente del patrimonio de la sociedad administradora y conformado por las **cuentas individuales de éstos**, las cuales, a su vez, tienen una subcuenta de corto y una subcuenta de largo plazo. Por su naturaleza, tienen las características de una entidad financiera, lo cual le permite realizar inversiones. En cuanto al régimen de liquidación de las cesantías y sus intereses pertenecientes a sus afiliados voluntarios, se realiza conforme a lo expresamente regulado por artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Es importante anotar, que por disposición del Decreto 1582 de 1998, artículo 2, las entidades administradoras de cesantías creadas por la Ley 50 de 1990 **podrán administrar en cuentas individuales los recursos para el pago de las cesantías**. Esta modalidad de administración, corresponde exclusivamente a las entidades administradoras de cesantías creadas por la Ley 50 de 1990, no así para el FOMAG, que se creó mediante la Ley 91 de 1989 bajo el principio de unidad de caja y, por tanto, las cesantías de los docentes no se administran en cuentas individuales.

- **Fondo Nacional del Ahorro:**

El Fondo Nacional del Ahorro se constituye como un **establecimiento público** creado mediante el Decreto Ley 3118 de 1968, bajo el régimen aplicable a las empresas industriales y comerciales del Estado. Está organizado como un establecimiento de crédito del orden nacional **de carácter financiero**, de naturaleza especial, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente.

Este Fondo entidad se regula por la Ley 432 de 1998, al cual se deben afiliar obligatoriamente todos los servidores públicos y de manera excepcional, los particulares que voluntariamente lo hagan. En este sistema, también se dispuso el esquema de cuentas individuales para cada afiliado, tal como lo dispone el artículo 12, cuando se regula los intereses de las cesantías para el FNA, los cuales se abonarán a la cuenta individual de cada servidor público.

Fuentes de financiación de los distintos regímenes de cesantías:

Otra de las diferencias entre los diferentes regímenes de cesantías se encuentra en las fuentes de financiación de cada uno, como se plantea en el siguiente cuadro y su esquema de administración:

FONDOS PRIVADOS DE CESANTÍAS (cuentas individuales por afiliado)	FONDO NACIONAL DEL AHORRO (cuentas individuales por afiliado)	FOMAG (fondo común-unidad de caja)
Recursos con los que se conforman		
A. Las sumas que por concepto de auxilio de Cesantías consigne el empleador. B. Aportes voluntarios por los afiliados independientes. (Decreto 1063 de 1991, artículo 12, literal b) y artículo 31). C. Aportes de las cooperativas o precooperativas de trabajo asociado. (Artículo 59 de la Ley 79 de 1988, el Decreto 468 de 1990 y el Decreto 4855 de 2006). D. Los aportes de las entidades	a) Las cesantías de los afiliados; b) Las apropiaciones y recursos provenientes de la Nación y de otras entidades de derecho público o privado; c) Los auxilios, subvenciones, donaciones o contribuciones; d) Los recursos provenientes de los empréstitos internos y externos; e) Los bienes que como persona jurídica adquiera a cualquier título y los frutos naturales o civiles de éstos; f) Los rendimientos que provengan de	El 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos. El aporte de la Nación equivalente al 8% mensual liquidado sobre los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes.

públicas del sector salud, de la rama judicial o del nivel territorial. (Decreto 1582 de 1998). E. Las sumas entregadas por la nación a través del sistema general de participaciones. F. Las sumas entregadas por la nación y las entidades territoriales por concepto de los contratos de concurrencia. G. Los rendimientos generados por los activos que integran los portafolios del fondo. H. El producto de las operaciones de venta de activos. I. Cualquier otro ingreso que resulte a favor de los portafolios del Fondo	sus inversiones y rentas, cualquiera que sea su naturaleza; g) El producto de las operaciones de venta de activos; h) Los ahorros voluntarios de los afiliados; i) Cualquier otro ingreso que resulte a favor del Fondo.	El aporte de la Nación equivalente a una doceava anual, liquidada sobre los factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados. El 5 por mil, de que hablan las Leyes 4 de 1966 y 33 de 1985, a cargo de los docentes, de toda nómina que les pague la Nación por servicios personales.
FONDOS PRIVADOS DE CESANTÍAS	FONDO NACIONAL DEL AHORRO	FOMAG
SUJETOS BENEFICIARIOS		
Trabajadores particulares vinculados a través de contrato de trabajo.	Trabajadores y servidores públicos. Trabajadores del sector privado que se afilien voluntariamente.	Exclusivamente y de forma obligatoria, el Personal docente.

Imposibilidad jurídica y física de apertura de cuentas individuales para los afiliados al FOMAG

A diferencia de lo dispuesto para los Fondos Privados de Cesantías y del Fondo Nacional del Ahorro, el esquema de manejo de las cesantías de los docentes del FOMAG tiene vedada la posibilidad de aperturar cuentas individuales para cada uno de sus afiliados. Lo anterior se explica a partir de la naturaleza y estructura de este fondo cuenta, la cual surge a partir de lo dispuesto por el propio legislador en las normas vigentes que gobiernan su funcionamiento, así:

- Al tenor de lo establecido en el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, los recursos del FOMAG se conforman con una pluralidad de fuentes, que corresponden, entre otras, a los realizados a través de los descuentos a los afiliados y los aportes de la Nación y las entidades territoriales. Es decir, durante la vigencia presupuestal respectiva se reserva el pasivo prestacional de los docentes, incluyendo las cesantías.
- La totalidad de recursos con que se constituye el FOMAG conforman el patrimonio autónomo que se administra a través de un esquema fiduciario al que se refiere la Ley 91 de 1989. En ese sentido, los recursos se administran conforme a las indicaciones de la mencionada ley, las cláusulas del contrato fiduciario y las determinaciones que apruebe el Consejo Directivo del FOMAG.
- La Ley 1955 de 2019, artículo 57, señala que “Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar **el principio de unidad de caja** con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas en la ley, ...”. El principio de unidad de caja permite que con el recaudo de todos los rubros se conforme una caja común destinada a atender el pago de las obligaciones asumidas, en este caso, lo correspondiente a las prestaciones económicas de los docentes (incluidas las cesantías y los intereses de las cesantías) y los servicios de salud.

De lo anterior se concluye que, en primer término, en el FOMAG no hay cuentas individuales para los docentes, y segundo, los valores que corresponden a las cesantías no se consignan sino que ya están presupuestados y trasladados al fondo, desde el primer mes de cada vigencia.

Ahora bien, para mayor claridad del tema, el esquema descrito lo soporta un conjunto de normas que indican cómo se apropian los recursos que conforman el patrimonio autónomo del FOMAG, incluidas las cesantías y sus intereses (Ley 91 de 1989, artículo 8; Ley 715 de 2001, artículo 8 y 36; Decreto 196, artículos 12 y 13), normas que soportan el régimen

especial del Magisterio, que finalmente deben interpretarse en concordancia con lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 3752 de 2003. Es así como este procedimiento surte las siguientes fases:

- Elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG. Este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y se presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones.
- Una vez definido el monto de la deuda a pagar, y previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la sociedad fiduciaria (en este caso Fiduprevisora S.A.) comunica a la entidad territorial las cifras correspondientes a este concepto.
- Esta deuda se cubre con el traslado de los recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-.
- En caso de que estos recursos no fueren suficientes para cubrir la deuda, la entidad territorial deberá disponer de sus propios recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

Teniendo en cuenta que el procedimiento descrito involucra los recursos de las cesantías y sus intereses, se puede concluir que **anualmente se realiza la actividad operativa de la liquidación de las cesantías**, ya que los recursos están inmersos en el FOMAG antes del 1 de febrero de cada vigencia, bajo el principio de unidad de caja. Esta actuación es probatoriamente demostrable en la medida en que Fiduprevisora S.A., en su calidad de vocera y administradora del FOMAG, emite comunicados a las diferentes Secretarías de Educación Certificadas y a los encargados de las oficinas de prestaciones económicas de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia.

Para la liquidación de las cesantías correspondientes al año 2020, que es el periodo de cesantías del cual el demandante reclama que presuntamente no se realizó la consignación, Fiduprevisora S.A. emitió el Comunicado No. 16 de 17 de diciembre de 2019, en el cual se dieron los lineamientos operativos y la fecha para presentar el reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina del año 2020. En dicha comunicación se especificó lo siguiente:

“2. La fecha de recibo de reportes de cesantías para todas las Secretarías de Educación a nivel nacional, es hasta el 05 DE FEBRERO DE 2020. Esta fecha es improrrogable y, por tanto, el no reporte oportuno de la información a esta entidad, conllevará la no inclusión en nómina de los docentes, siendo el Ente Territorial el responsable de las contingencias que se deriven en el pago de los intereses y por la mora en el pago de las prestaciones a favor de los docentes”

Con lo hasta aquí expuesto, podemos aproximarnos a las siguientes conclusiones:

1. El compendio normativo en el cual se sustenta el FOMAG, cuyas normas fueron puntualmente citadas, no contempla la posibilidad de la apertura de cuentas individuales para cada uno de los afiliados, configurándose así la **imposibilidad jurídica** de acudir a su creación por vía de una orden judicial, como lo pretende el demandante, pues el FOMAG se rige por el principio de unidad de caja expresamente dispuesto para su administración.
2. El funcionamiento mismo del fondo cuenta, que se administra bajo la figura de un fondo común, configura una **imposibilidad física** para aperturar cuentas individuales para cada uno de los más de 300.000 docentes que se encuentran afiliados al FOMAG.
2. Ante la imposibilidad física y jurídica de apertura de cuentas individuales para cada docente afiliado al FOMAG, la imposibilidad se extiende a la figura de la “consignación de cesantías”. En lugar de una consignación, los docentes tienen la posibilidad de retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de ley.
3. Teniendo en cuenta las anteriores precisiones, no podría configurarse la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, artículo 99, para el escenario del FOMAG, ya que lo que pena la ley en mención es la consignación inoportuna de las cesantías y, al estar vedada la posibilidad de la consignación de las cesantías de los docentes del FOMAG, de contera se descarta algún tipo de sanción.

Procesos de afiliación de los docentes al FOMAG y su diferencia respecto a las administradoras de cesantías y el Fondo Nacional del Ahorro

Bogotá D.C Calle 72 No. 10-03 | PBX (+57 1) 594 5111

Barranquilla (+57 5) 356 2733 | Bucaramanga (+57 7) 696 0546

Cali (+57 2) 348 2409 | Cartagena (+57 5) 660 1798 | Ibagué (+57 8) 259 6345

Manizales (+57 6) 885 8015 | Medellín (+57 4) 581 9988 | Montería (+57 4) 789 0739

Pereira (+57 6) 345 5466 | Popayán (+57 2) 832 0909

Riohacha (+57 5) 729 2466 | Villavicencio (+57 8) 664 5448

Fiduprevisora S.A. NIT 860.525.148-5
Solicitudes: 018000 919015
servicioalcliente@fiduprevisora.com.co
www.fiduprevisora.com.co

Hasta ahora, nos hemos referido a las diferencias sustanciales que ostentan los tres regímenes de cesantías analizados, enfatizando en su naturaleza jurídica, los recursos que los conforman y la tipología de trabajador que vinculan. En este acápite, se profundiza en el procedimiento de afiliación que se debe surtir para vincular a cada trabajador y cómo la misma normativa establece las limitantes de adhesión a cada uno de los sistemas.

- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG:

De conformidad con lo establecido por la Ley 91 de 1989, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003, los docentes del servicio público educativo que estén vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG. Lo anterior significa que, por un lado los docentes forzosamente deben ser afiliados al FOMAG y a través de ese fondo cuenta obtener el pago de sus prestaciones sociales y, por otra parte, sus cesantías deben ser reconocidas y pagadas de acuerdo a los procedimiento y reglamentación establecida para tales efectos. Es decir, el ordenamiento jurídico no prevé que los docentes tengan la posibilidad de elegir otro esquema o figura de administración de sus cesantías, sino que por voluntad expresa del legislador deben someterse al régimen especial previsto para el magisterio, el cual no ha sido retirado del mundo jurídico por parte de algún alto tribunal.

- Fondos Privados de Cesantías:

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 98 de la Ley 50 de 1990, aquellas personas que se encuentren vinculadas en una relación laboral regida mediante contrato de trabajo, obligatoriamente deben afiliarse a una de las empresas administradoras de cesantías (AFP), cuya creación se autorizó en virtud del numeral 6 del artículo 99 de la citada ley. A diferencia de los docentes del FOMAG, los trabajadores a los que les es aplicable este esquema tienen la posibilidad de escoger libremente la entidad administradora de fondos y pensiones de cesantías a la cual desean afiliarse y, adicionalmente, tienen la potestad de trasladar sus saldos de un fondo de cesantías a otro, siempre y cuando sean de la misma naturaleza (Ley 50 de 1990, artículo 99, numeral 5).

En Colombia, actualmente funcionan 4 AFP: Protección S.A., Porvenir S.A., Colfondos Pensiones y Cesantías y Old Mutual.

Lo anterior, sin perjuicio de lo establecido en la Ley 432 de 1998, artículo 8, que permite a los trabajadores del sector privado su afiliación en el Fondo Nacional del Ahorro, gozando de todos los beneficios contemplados para este sistema de administración de las cesantías, con excepción de lo relacionado con el artículo 12 de la misma ley, referente al cálculo de los intereses de las cesantías.

- Fondo Nacional del Ahorro:

Por disposición expresa del artículo 5 de la Ley 432 de 1998, los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público deben afiliarse al Fondo Nacional del Ahorro. Es importante anotar, que el mismo artículo previó que dicha afiliación no es aplicable al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, **ni a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado mediante la Ley 91 de 1989**. La excepción era apenas obvia, en razón a que los docentes se encuentran cobijados por un régimen especial creado mediante una norma anterior.

De lo anterior se concluye, que las cesantías de los servidores públicos de la Rama Ejecutiva forzosamente deben ser administradas a través de una figura específica, en este caso, por intermedio del Fondo Nacional del Ahorro, de acuerdo a la normativa y reglamentación prevista para tales efectos.

- Conclusiones:

De las acotaciones anteriormente realizadas, en donde se citan puntualmente las normas que se refieren a la especificidad de la tipología de trabajadores que obligatoriamente se debe afiliar a cada uno de éstos, podemos concluir que el diseño que hasta la fecha se encuentra vigente corresponde a un sistema de administración de cesantías coherente, en donde, atendiendo a la claridad de su reglamentación, no habría lugar a ningún tipo de confusión respecto de su funcionamiento y las reglas que, según el tipo de trabajador, deben observarse para la liquidación y pago de las respectivas cesantías.

Régimen de intereses de cesantías en los distintos esquemas

Teniendo en cuenta que parte de la discusión jurídica de las pretensiones gira en torno a la oportunidad y forma en que deben pagarse los intereses de cesantías de los docentes del FOMAG, corresponde puntualizar lo relativo al régimen aplicable en cada uno de los regímenes:

- **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio:**

En lo que se refiere a los intereses de las cesantías de los docentes del FOMAG, encontramos que la Ley 91 de 1989, artículo 15, señala expresamente la manera en cómo se liquidan los intereses de las cesantías del personal docente, así:

“El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.”

Adicionalmente, el Acuerdo No. 39 de 1998 del Consejo Directivo del FOMAG, estableció el procedimiento mediante el cual se hace efectivo el mandato legal contenido en el artículo mencionado. A su vez, el artículo 4 del acuerdo que se cita, indica:

“**ARTICULO CUARTO:** El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizará el pago de los intereses en el mes de marzo, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos del Fondo a más tardar el cinco (5) de febrero de cada año, y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria en el período comprendido entre el seis (6) de febrero hasta el quince (15) de marzo de cada año. En los casos en que la entidad territorial reporte la información con posterioridad a ésta fecha, la entidad fiduciaria, programará pagos posteriores, de lo cual informará al Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.”

Los plazos establecidos en el acuerdo transcrito fueron expedidos y publicados por el Consejo Directivo del FOMAG en ejercicio de las funciones establecidas en el artículo 7 de la Ley 91 de 1989, entre otras, la de “Determinar la destinación de los recursos y el orden de prioridad conforme al cual serán atendidas las prestaciones sociales frente a la disponibilidad financiera del Fondo, de tal manera que se garantice una distribución equitativa de los recursos”. Bajo esa línea, la liquidación de los intereses de las cesantías los docentes de FOMAG sigue ese procedimiento. Ahora bien, la firma de abogados que representa a la docente, presentó ante el Consejo de Estado el medio de control de “nulidad simple por inconstitucionalidad” del artículo 4 del Acuerdo No. 39 de 1998, al cual le fue asignado el expediente No. 11001032500020210068600 (3740-2021) y su trámite se surte ante la Sección Segunda, Subsección A, de ese alto tribunal.

Se concluye entonces que lo dispuesto por el Consejo Directivo del FOMAG en materia de intereses de cesantías tiene plena vigencia, por tanto, no puede pretender la parte demandante que por vía de las pretensiones de la presente acción judicial el juez de esta causa decrete una especie de “derogatoria tácita” del acuerdo al que se hace referencia, máxime cuando es su misma firma la que está persiguiendo la nulidad de la disposición a través de la autoridad competente para declararla.

- **Fondos Privados de Cesantías:**

Para la liquidación de los intereses de las cesantías de los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, expresamente dispuso lo siguiente:

“2. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”

A diferencia de los docentes afiliados al FOMAG, en el caso de los trabajadores particulares encontramos que el esquema previsto es un porcentaje anual o proporcional por fracción, en este caso el 12%, que se aplica a la suma causada en el año o en la respectiva fracción. Nótese, que a diferencia de los docentes del FOMAG, los trabajadores particulares: (i) no tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías,

sino por el de cada año individualmente considerado, y (ii) la tasa de interés está atada al 12%, sin que se consideren las fluctuaciones de la economía, hecho que sí está previsto para los docentes del FOMAG, cuya tasa de interés será la certificada por la hoy Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.

- **Fondo Nacional del Ahorro:**

En el caso de este fondo, la liquidación de los intereses se encuentra expresamente reglada por el artículo 12 de la Ley 432 de 1998, el cual señala lo siguiente:

“Artículo 12. INTERESES SOBRE CESANTÍAS. El Fondo Nacional del Ahorro reconocerá y abonará en la cuenta de cesantías de cada servidor público afiliado, **un interés equivalente a la variación anual de la Unidad de Valor Real-UVR, certificada por el Banco de la República**, sobre las cesantías liquidadas por la entidad nominadora correspondientes al año inmediatamente anterior o proporcional por la fracción de año que se liquide definitivamente. **No obstante, el cálculo del interés tendrá en cuenta las fechas en las que fue consignada cada fracción.**”

Para el efecto, los saldos que administre el Fondo Nacional del Ahorro por este concepto se denominarán en UVR y se reexpresarán en pesos de acuerdo con el valor de la UVR, certificado por el Banco de la República, con base en la fecha de consignación de cada una de las fracciones.”

Se concluye entonces que, aún en el esquema previsto para la liquidación de los intereses de las cesantías en el Fondo Nacional del Ahorro, tampoco se tienen en cuenta el saldo acumulado por concepto de cesantías, sino que se replica la fórmula de las AFP correspondiente al valor de la cesantía del último año. En cuanto al porcentaje, este se encuentra atado a la variación de la UVR certificada por el Banco de la República, más no a la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.

Aspecto importante para resaltar, es el atinente al principio de inescindibilidad de los regímenes, toda vez que, si bien los trabajadores particulares pueden vincularse al Fondo Nacional del Ahorro, el artículo 9 de la Ley 432 de 1998 establece que “Los empleadores del sector privado deberán liquidar y consignar las cesantías de sus trabajadores afiliados al Fondo Nacional del Ahorro, de acuerdo con lo establecido en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990”.

III. CONSIDERACIONES NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES

Teniendo en cuenta los hechos planteados, podemos señalar que el problema jurídico se circunscribe en determinar si les asiste derecho a los docentes oficiales a reclamar el pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 en su artículo 99, por la consignación tardía de las cesantías anualizadas. Así las cosas, es menester memorar que de conformidad con el artículo 1 del Decreto 1582 de 1998 son destinatarios del régimen de liquidación y pago de las cesantías contemplado en la ley 344 de 1996, los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, circunstancia que valga decir, **no es aplicable a los docentes vinculados al régimen especial docente como pasa a verse:**

El inciso tercero del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 «por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio» en el inciso, reza:

“ARTÍCULO 15. *A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:*

... “Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales 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.” (subrayas fuera de texto).

Colofón de lo expuesto es claro que los docentes son considerados no solo por ministerio de la ley sino por el precedente jurisprudencial del Máximo Órgano de Cierre de lo Contencioso Administrativo como **empleados públicos del orden nacional**, razón por la que se desvirtúa la calidad de servidores públicos del orden territorial previsto en el Decreto 1582 de 1998 que reglamentó la Ley 344 de 1996.

Por otra parte, y teniendo en cuenta que la norma bajo estudio implica que los destinatarios estén afiliados a fondos privados de cesantías, es menester memorar que el Legislador a través de la Ley 91 de 1989 creo el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con la finalidad de crear un patrimonio autónomo en aras de conciliar los intereses de los educadores definiendo las responsabilidades en materia prestacional y los mecanismos con

los que se financiaran y administraran las mismas. En este sentido y en lo atinente a las cesantías el artículo 15, numeral 3, de la Ley 91 de 1989 fijó:

“3. Cesantías: Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

Para los docentes que se vinculen a partir del 1. de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1o. de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

En este orden de ideas y respecto a los recursos por los que se encuentra financiado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que valga decir provienen por disposición legal de la Nación, de conformidad con el artículo 5 de la Ley 91 de 1989, se estableció:

*“Artículo 12º.- Recursos. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio llevará registros por entidad territorial y establecimiento público oficial. Al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ingresarán los siguientes recursos: 1. El 5% del sueldo básico mensual del personal docente afiliado.
2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.
3. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente al ocho por ciento (8%) mensual, liquidado sobre factores salariales que forman parte del rubro de pago por los servicios personales de los docentes.*

*4 El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente a una doceava anual, liquidada sobre factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.
5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidos las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.
6. Las sumas que deba recibir de las entidades territoriales o de los establecimientos públicos oficiales, según sea el caso, por concepto de la deuda resultante del estudio actuarial.
7. Los bonos pensionales, y 8. Los recursos que reciba por cualquier otro concepto”*

Por otra parte, la ley 50 de 1990 de la cual valga memorar son destinatarios los servidores públicos del orden territorial que se afilien al fondo privado de cesantías en su artículo 99 previó:

“«Artículo 99º.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”

3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo.” (Subrayas fuera de texto).

De lo anterior se desprenden las siguientes conclusiones:

1. Los docentes son destinatarios del régimen especial consagrado en la Ley 91 de 1989 como empleados públicos del orden nacional.
2. Se encuentran afiliados de forma obligatoria al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y no a una cuenta individual elegida por el docente.
3. Tanto la liquidación de las cesantías como el trámite de la consignación son distintos para uno y otro régimen, circunstancia que abre paso a la necesidad de verificar si es dable la aplicación del principio de favorabilidad como consecuencia de la inexistencia de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías en el régimen especial docente.

Principio de favorabilidad para el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 al personal docente del sector oficial afiliado al FOMAG.

El Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 21, contempla el principio de favorabilidad, así:

“En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad.”

La jurisprudencia de la Corte Constitucional lo ha entendido como:

“Este mandato constitucional establece una serie de derechos y garantías mínimas fundamentales en favor de los trabajadores, que no pueden ser desconocidos. Entre estos, se encuentra el principio de favorabilidad en la aplicación de las normas jurídicas laborales o en la interpretación de éstas, lo cual supone que el funcionario público deberá optar por dar aplicación a la situación más favorable para el trabajador cuando exista un conflicto de normas jurídicas o dudas en la interpretación de una determinada norma jurídica.”

Descendiendo al tema que nos ocupa es claro que la figura jurídica de la sanción moratoria encuentra dos fuentes normativas distintas (Ley 50 de 1990 y Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006), se origina en causas disímiles. En este sentido, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección “B” mediante sentencia radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01 de 24 de enero de 2019 con ponencia de la Consejera Ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, dejó las siguientes enseñanzas:

“Cabe anotar que la figura jurídica de la sanción moratoria, que se encuentra en dos fuentes normativas distintas (Ley 50 de 1990 y Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006), se origina en causas disímiles. Por ejemplo, una de ellas es que la sanción que contempla la Ley 50 de 1990 se origina ante la no consignación del empleador en los términos previstos por el Legislador, mientras que la sanción prevista en la Ley 244 de 1995 se da en razón a la solicitud del interesado y la consignación tardía luego de que se emite el respectivo acto administrativo que reconoce la liquidación del auxilio de cesantías, de forma parcial o total, a favor del trabajador. Además, la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, está sujeta al fenómeno de la prescripción.”

Más adelante continúa diciendo:

“...Sobre el particular, es preciso que la Sala de decisión deje sentada su posición, para señalar que el principio de favorabilidad contemplado en el artículo 53 de la Constitución Política, ha sido definido por la doctrina como la «facultad que tiene el juez de trabajo para resolver los casos de conflicto entre dos o más disposiciones legales o contractuales, mediante la aplicación de aquella que más favorezca y proteja el interés del trabajador, independientemente de su origen, naturaleza o rango jerárquico». Al respecto, esta Corporación, ha señalado que la potestad del juez para optar por la regla más favorable para resolver un caso, implica necesariamente la concurrencia de dos elementos: «(i) la duda sería y objetiva ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, ello, en función de la razonabilidad argumentativa y solidez jurídica que una u otra interpretación tengan; y (ii) la noción de interpretaciones concurrentes, pues además de generar duda, deben ser aplicables a los supuestos de hecho de las disposiciones normativas en juego y a las situaciones fácticas concretas.»

48. Tal como se expuso en la sentencia revisada por la Corte Constitucional y que fuere dejada sin efectos, en el caso del demandante no se configuraba la conflictividad de disposiciones aplicables o una dualidad de interpretaciones de una misma disposición normativa, entre las cuales, el juez debía determinar el precepto que conllevara mayor favorabilidad al empleado.

49. Lo anterior, por cuanto la finalidad del legislador y de manera conjunta con el Gobierno Nacional al crear el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, era precisamente unificar el sistema prestacional de los maestros del sector público, que con ocasión de la diversidad de regímenes que obedecían a las vinculaciones con las diferentes entidades territoriales, generó un grave desorden y desigualdad que pretendió eliminarse con la expedición de la Ley 91 de 1989....” (Subrayas fuera de texto).

... 51. De lo expuesto hasta este punto, se establece que tanto el Gobierno al presentar el proyecto de ley, como el Congreso al debatirlo, coincidieron en la finalidad de crear un patrimonio autónomo administrado por una entidad fiduciaria estatal que en términos del legislador permitiera «mantener el equilibrio del Fondo y delimitar las responsabilidades de cotización entre la Nación y los maestros», en aras de «conciliar los intereses nacionales con los de los educadores», a través de la implementación de una norma que definiera en forma clara, las responsabilidades en materia prestacional y replanteara los mecanismos financieros y administrativos que en aquella época existían para el pago de las obligaciones ya existentes, así como las futuras relacionadas con los docentes del sector oficial.”

Ahora bien, en lo que respecta a las cesantías señaló:

“53. Lo anterior, en modo alguno permitiría inferir que uno y otro régimen prestacional son similares, dado que las sociedades administradoras de fondos de cesantías, cuyas características, por facultad de la ley, se establecieron por el Gobierno a través de decreto pueden equipararse a la naturaleza de la cuenta especial de la Nación creada para el manejo de las prestaciones sociales y los servicios de salud de los afiliados al FOMAG; así como tampoco puede concluirse que la intención del legislador fuese equiparar a los docentes beneficiarios de la Ley 91 de 1989, respecto del sistema previsto en la Ley 50 de 1990 y que se extendió únicamente a trabajadores particulares y aquellos servidores públicos afiliados a fondos de carácter privada.” (Subrayas fuera de texto).

Colofón de lo expuesto es claro que se trata no solo de dos regímenes completamente disímiles tanto en la liquidación como en la forma de pago, sino que además cada una de ellas tiene destinatarios distintos, pues se itera, la ley 50 de 1990 prevé su aplicación a los servidores públicos del nivel territorial afiliados a un fondo privado de cesantías y los docentes son empleados públicos del orden nacional afiliados por disposición legal única y exclusivamente a la cuenta especial de la Nación, mientras que los trabajadores particulares tienen derecho a escoger libremente el fondo de cesantías que mayor rentabilidad pueda generar a la administración de las mismas.

Sobre este tópico se refirió la jurisprudencia objeto de desarrollo:

“57. Sobre el particular, esta Subsección precisa que en materia de cesantías en el caso de los docentes afiliados al FOMAG existe una regulación especial, en tanto que: En primer lugar, el fondo administrador de la señalada prestación social es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ...”

Aunado a lo anterior y en lo atinente a la forma de liquidación y administración y/o manejo de las cesantías en uno y otro régimen, el Órgano de Cierre hace la siguiente distinción:

“... en tratándose de la Ley 50 de 1990, el legislador previó en el artículo 99 ibídem, la liquidación definitiva a 31 de diciembre, por la anualidad o fracción, valor que deberá ser consignado por parte del empleador antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual a nombre del trabajador y en el fondo de cesantías escogido por este. En cambio, la administración de los recursos que por concepto de cesantías tiene a su cargo el FOMAG, se efectúa de manera distinta, por cuanto estos provienen del Sistema General de Participaciones para educación, los cuales se descuentan directamente de los rubros que se distribuyen anualmente para la prestación del servicio y que deben ser presupuestados por la entidad territorial sin situación de fondos.

60. De igual manera, de conformidad con el artículo 3º del Acuerdo 39 de 1998 expedido por el FOMAG, la entidad territorial deberá remitir a la Oficina Regional del Fondo del Magisterio a cargo de la secretaría de educación del departamento o del distrito capital, las liquidaciones anuales de cesantías del grupo de docentes a su cargo, reportadas en los formatos diseñados por el Ministerio de Educación Nacional y en los primeros 20 días del mes de enero de cada año; sin embargo, los valores que gira el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la Fiduprevisora S.A. por el SGP, son manejados bajo el concepto de unidad de caja, sin que se proceda a consignarle a cada docente en una cuenta individual, ya que todos los recursos que ingresan al Fondo del Magisterio son destinados a cubrir las prestaciones económicas cuando estas sean exigibles, verbi gratia, en tratándose de las cesantías, el FOMAG por intermedio de la Fiduprevisora S.A. generará el pago por ventanilla de los valores correspondientes a la liquidación parcial solicitada por el educador en los eventos autorizados por la ley, lo cual implica que sus afiliados sí pueden disponer del auxilio cuando queden cesantes o para financiar la educación y para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda cuando así lo soliciten. (Subrayas fuera de texto).

Por sí lo anterior no fuese poco, en el régimen especial docente no existe consignación anual antes del 15 de febrero, teniendo en cuenta que durante la misma vigencia presupuestal se descuenta del presupuesto de las entidades territoriales una doceava parte del situado fiscal para reservar el valor del pasivo prestacional de los docentes, incluyendo las cesantías, descartando inmediatamente la sanción mora por consignación extemporánea, de conformidad con las siguientes normas:

“La Ley 715 de 2001 por medio de la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, que establece en su artículo 18:

“Administración de los recursos. Los departamentos, los distritos y los municipios certificados administrarán los recursos del Sistema General de Participaciones en cuentas especiales e independientes de los demás ingresos de las entidades territoriales. Estos dineros no harán unidad de caja con las demás rentas y recursos de la entidad territorial. Estos recursos, del sector educativo, no podrán ser objeto de embargo, pignoración, titularización o cualquier otra clase de disposición financiera.

Parágrafo 1º. Las sumas correspondientes a los aportes patronales y del afiliado, de seguridad social y parafiscales de las entidades territoriales por concepto del personal docente de las instituciones educativas estatales, se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones. La Nación contará con un plazo no mayor de dos años para perfeccionar el proceso de descuentos, con la información de las entidades territoriales.

Parágrafo 2º. Los recursos que correspondan al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluidos los del Fonpet, serán descontados directamente por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y girados al Fondo.

Parágrafo 3º. El porcentaje de la cesión del Impuesto a las Ventas asignado a las cajas departamentales de previsión y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con destino al pago definitivo de las cesantías y pensiones del personal docente nacionalizado, en virtud de la Ley 43 de 1975 y otras disposiciones, hace parte de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y conserva su destinación.

Parágrafo 4°. El valor del cálculo actuarial correspondiente a los docentes que se pagaban con recursos propios de las entidades territoriales, financiados y cofinanciados, así como de los establecimientos públicos que se hubieren afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representará el saldo consolidado de la deuda de cada una de las entidades territoriales responsables. Para establecer el valor del saldo consolidado de la deuda se tendrán en cuenta los aportes y amortizaciones de deuda realizados por las entidades territoriales hasta la fecha de consolidación. El saldo consolidado de la deuda se pagará con los recursos que de conformidad con la presente ley se trasladen al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet, para el pago del pasivo prestacional del sector educación. Para estos efectos el Fonpet realizará la transferencia correspondiente. En todo caso, una vez cancelado el saldo consolidado de la deuda los recursos trasladados al Fonpet conservarán su destinación al pago de obligaciones pensionales del sector educación.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

La misma Ley 715 en su artículo 36 fijó sobre la incorporación de costos al Sistema General de Participaciones para Educación, lo siguiente:

“La incorporación de los costos al Sistema General de Participaciones a que se refiere el inciso dos del parágrafo 1º del artículo 357 de la Constitución, se realizará el 1º de enero del año 2002.

Para determinar el costo de la prestación del servicio, se tomará como base el costo de los docentes y personal administrativo y directivo de los planteles educativos a 1º de noviembre del año 2000, financiado con los recursos de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, el situado fiscal, los recursos adicionales del situado fiscal y los recursos propios de departamentos y municipios, sin que la participación para educación exceda el 58.5% del total de los recursos del Sistema General de Participaciones.” (Subrayado fuera de texto)

Así mismo, el antecedente de lo expuesto se evidencia en la Ley 91 de 1989 que en su artículo 8 indicó sobre los recursos que harían parte de las reservas del FOMAG para el pago prestaciones a su cargo incluidas las cesantías, regulo el tema así:

“Artículo 8. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los siguientes recursos:

1. El 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo.
2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.
3. El aporte de la Nación equivalente al 8% mensual liquidado sobre los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes.
- 4. El aporte de la Nación equivalente a una doceava anual, liquidada sobre los factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.**
5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.
6. El 5 por mil, de que hablan las Leyes 4a. de 1966 y 33 de 1985, a cargo de los docentes, de toda nómina que les pague la Nación por servicios personales.
7. El porcentaje del IVA que las entidades territoriales destinen para el pago de las prestaciones del Magisterio.
8. Las sumas que debe recibir de la Nación y de las entidades territoriales por concepto de las prestaciones sociales adeudadas, así como los dineros que por el mismo concepto resulten adeudar la Caja Nacional de Previsión Social y el Fondo Nacional de Ahorro, las cuales se destinarán a constituir las reservas para el pago de las prestaciones económicas. Para este último efecto, el Fondo realizará un corte de cuentas con las mencionadas entidades con el fin de determinar las sumas que éstas adeudan al momento de su iniciación. Dicho corte de cuentas deberá estar perfeccionado a más tardar en un año.
9. Las utilidades provenientes de las inversiones que haga el Fondo con fines de rentabilidad y los intereses recibidos por concepto de los préstamos que conceda.
10. Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.

Parágrafo 1. En ningún caso podrán destinarse los recursos del Fondo al pago de prestaciones sociales para personal diferente al señalado en el artículo 4. de la presente Ley, en concordancia con el artículo 2.” (Negrilla fuera de texto)

Posteriormente, el Decreto 196 de 1995 por medio del cual se reglamenta parcialmente el artículo 6 de la Ley 60 de 1993 y el artículo 176 de la Ley 115 de 1994, relacionados con la incorporación o afiliación de docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en su artículo 12 y 13 estableció:

“Artículo 12º.- Recursos. **El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio llevará registros por entidad territorial y establecimiento público oficial.** Al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ingresarán los siguientes recursos:

1. El 5% del sueldo básico mensual del personal docente afiliado.
2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.
- 3. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente al ocho por ciento (8%) mensual, liquidado sobre factores salariales que forman parte del rubro de pago por los servicios personales de los docentes.**
- 4 El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente a una doceava anual, liquidada sobre factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.
5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidos las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.
6. Las sumas que deba recibir de las entidades territoriales o de los establecimientos públicos oficiales, según sea el caso, por concepto de la deuda resultante del estudio actuarial.
7. Los bonos pensionales, y
8. Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.

“Artículo 13º.- Giros periódicos. Las entidades territoriales y establecimientos públicos oficiales educativos girarán en forma mensual al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio los recursos determinados en los numerales 1 a 4 y 7 del artículo 12 de este Decreto. Los recursos definidos en el numeral 6 del artículo 12 de este Decreto lo serán igualmente, de acuerdo con el convenio interadministrativo suscrito entre la Nación y la respectiva entidad territorial o establecimiento público oficial.”

Las normas citadas deben estudiarse en concordancia con el artículo 5 del Decreto 3752 de 2003 por medio del cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dicho artículo describe el procedimiento que deben seguir las entidades territoriales para la afiliación de los docentes al FOMAG, iniciando con la elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG, este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones. El monto de esa deuda a pagar por vigencia una vez definido, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se comunica a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria. Esta deuda se cubre con el traslado de recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

En consecuencia, la actividad que se realiza previamente al 15 de febrero de cada vigencia **no es la consignación de cesantías, es la actividad operativa de “liquidación de estas”**, teniendo en cuenta que los recursos ya están inmersos en el fondo del Magisterio antes del 1 de febrero de cada vigencia siguiente.

Esta afirmación se puede evidenciar en los comunicados que emite la Fiduprevisora como vocera y administradora del FOMAG dirigida a los Secretarios de Educación y encargados de las oficinas de prestaciones sociales de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia, puntualmente para el año 2021 se emitió el Comunicado 008 de fecha 11 de diciembre de 2020 en el que se fijó:

“Con el fin de dar cumplimiento al Acuerdo No. 39 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, mediante el cual se estableció el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo del Magisterio, con régimen de cesantías anual, nos permitimos realizar algunas precisiones:

1. Los reportes de cesantías de docentes ACTIVOS y RETIRADOS, deben ser liquidados por las Secretarías de Educación a través del programa HUMANO, por cuanto serán obtenidos en línea por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG directamente desde el mencionado programa. (...) Una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, cada Secretaría de Educación debe enviar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG un informe consolidado con el número reportes de docentes Activos y Retirados liquidados a través del aplicativo (HUMANO) y el valor total de cesantías.

2. La fecha de recibo de reportes de cesantías para todas las Secretarías de Educación a nivel nacional, es hasta el 05 DE FEBRERO DE 2021. Esta fecha es improrrogable y, por tanto, el no reporte oportuno de la información a esta entidad, conllevará la no inclusión en nómina de los docentes, siendo el Ente Territorial el responsable de las contingencias que se deriven en el pago de los intereses y por la mora en el pago de las prestaciones a favor de los docentes.

3. La Fiduciaria como vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FOMAG, programa los pagos de intereses a las cesantías con base en los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación, que en calidad de nominadora liquida las Cesantías y notifica al Educador (..)"(Subrayado y negrilla fuera de texto)

Así mismo, para la liquidación de las cesantías en la vigencia 2020, se emitió por parte la Fiduprevisora como vocera y administradora del FOMAG la programación de la liquidación de cesantías en diciembre de 2019, mediante el Comunicado 16 del 17 de diciembre de 2019 en el que se dieron los lineamientos operativos y la fecha para presentar el reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina del año 2020, en dicho comunicado se deja la siguiente fecha de entrega de la liquidación:

"2. La fecha de recibo de reportes de cesantías para todas las Secretarías de Educación a nivel nacional, es hasta el 05 DE FEBRERO DE 2020. Esta fecha es improrrogable y, por tanto, el no reporte oportuno de la información a esta entidad, conllevará la no inclusión en nómina de los docentes, siendo el Ente Territorial el responsable de las contingencias que se deriven en el pago de los intereses y por la mora en el pago de las prestaciones a favor de los docentes" (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Ahora bien, aunado a lo anterior, no existe en el FOMAG cuenta individual por docente por ser un fondo común con unidad de caja, en ese sentido el trabajador debe probar que son sus cesantías individualmente hablando las que no se consignaron en tiempo.

En ese sentido, es imperativo aplicar el conjunto de normas presupuestales que rigen el FOMAG tratando de generar el símil de la "consignación" entendida como el traspaso y depósito de los recursos de cesantías por parte del empleador al trabajador por medio de una cuenta individual en un fondo de cesantías.

Por otro lado y en lo que concierne a los intereses a las cesantías de uno y otro régimen, el Órgano de Cierre de lo Contencioso Administrativo en la jurisprudencia reseñada en este escrito, indicó:

"En tercer lugar, existe una diferencia con el régimen ordinario frente a los intereses a las cesantías, ya que el numeral 2º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece a cargo del empleador la cancelación de «intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente». Por otro lado, los afiliados al FOMAG, reciben «un interés anual sobre el saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período», lo cual los beneficia y así lo consideró el legislador en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

... 63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el saldo total de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la totalidad del saldo, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989.

64. Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o SANCIONES, lo cual, en este caso no se evidencia.» (Negrillas fuera de texto.)

... 65. Puesto en conocimiento lo anterior, será del caso examinar por qué la Corte considera que «en consonancia con el principio de favorabilidad procede aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990», ello bajo su entender «que la Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG.», lo cual a la luz de una mirada inicial resultaría comprensible, sino fuera porque, en primer lugar, la Ley 50 de 1990 fue establecida para los trabajadores particulares y servidores públicos afiliados a las sociedades administradoras de fondos de cesantías de carácter privado, y en segundo orden, los docentes sí tienen derecho a la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías, pero con fundamento en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, tal como lo estableció el Consejo de Estado mediante Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018, en la que unificó su jurisprudencia 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.»

En consonancia con lo previamente expuesto, se aclara que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG programa el pago de intereses de conformidad con el reporte anual que remite cada Secretaría de Educación con la cuenta de nómina de cada educador, el FOMAG recibe la información de las 96 Secretarías de Educación para el pago y los que no presentan novedades son incluidos en nómina, sin embargo, si los reportes presentan novedades son devueltos a cada Secretaría de Educación, para su validación.

La base de liquidación de los intereses a las cesantías corresponde al saldo individual por docente de las cesantías existentes a 31 de diciembre del año a pagar, saldo compuesto por la suma de los reportes que remiten anualmente las Entidades Territoriales de cada docente al cual se le restan los valores pagados como cesantías, a este saldo se le aplica el DTF certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia, cálculo descrito en el art 15 de la Ley 91 de 1989.

Para el pago de intereses a las cesantías la gestión a cargo de las Entidades Territoriales frente al reporte anual de cesantías es el siguiente:

- Identificar los educadores afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con régimen de anualidad.
- Liquidar anualmente las cesantías de los educadores afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con régimen de anualidad.
- Notificar a los educadores de los valores liquidados anualmente como cesantías, para conocimiento y para que puedan interponer los recursos en caso de no estar de acuerdo con el valor liquidado.
- Reportar anualmente, al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los valores de las cesantías causados por cada educador.

- e. Reportar las cuentas bancarias de los educadores afiliados al Fondo con régimen de anualidad, para el pago de intereses.
- f. Remitir aclaraciones a las inconsistencias informadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Ahora, respecto a la indemnización **por el pago tardío de los intereses a las cesantías** que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, mediante la cual se reconocen intereses anuales a las cesantías de los trabajadores particulares, cita:

“A partir del primero de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores conforme al Capítulo VII Título VIII, Parte 1ª. del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones concordantes, les reconocerá y pagará intereses del 12% anual sobre los saldos que en 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantía.

2ª. Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron; o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.

3ª. Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados. (...) (Subrayado fuera de texto)

De la norma transcrita se concluye lo siguiente:

1. Esta norma es de aplicación exclusiva para trabajadores particulares y no para los docentes afiliados al FOMAG quienes tiene norma especial, y se les aplica para el pago de los intereses a las cesantías el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.
2. Las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que hace Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG.
3. Existe una imposibilidad operativa de que exista sanción mora por consignación tardía, si al 31 de diciembre de cada vigencia los recursos que garantizan la totalidad de cesantías de los docentes ya se encuentran girados al FOMAG.
4. Los empleadores de los docentes afiliados al FOMAG son las entidades territoriales de conformidad con las normas citadas anteriormente, en ese sentido, el fondo no comparte dicha calidad debido a que solo es un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones de los docentes, siendo improcedente que se demande al fondo quien no ostenta la calidad de “empleador”, existiendo falta de legitimación en la causa por pasiva.
5. Las entidades territoriales no hacen depósito de recursos entendida como la “consignación de cesantías”, únicamente desarrollan antes del 5 de febrero de la vigencia siguiente la actividad operativa de “liquidación del valor de las cesantías” debido a que los recursos ya se encuentran en el fondo.
6. **De aplicar a los docentes afiliados al FOMAG la Ley 52 de 1975, se desmejorarían sus condiciones respecto de la prestación “intereses a las cesantías”** debido a que las condiciones dadas por su régimen especial son más favorables que las otorgadas para el régimen general, debido a que la liquidación de intereses para los docentes afiliados al FOMAG se realiza sobre el total del saldo acumulado de cesantías y con una tasa superior a la descrita en la norma general, que corresponde al DTF certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia.
7. Respecto a la posibilidad del trabajador de escoger el fondo de cesantías que en la norma en cita se describe como “que el mismo elija”, es un hecho de imposible aplicación porque todos los docentes oficiales por norma especial deben ser afiliados al FOMAG, por lo tanto, no hay escogencia de fondo por parte de los docentes.
8. Lo pretendido por el demandante es la transgresión del principio de inescindibilidad de la ley, esto es, la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que le beneficia, infracción prohibida en la ley y la jurisprudencia.

Ahora bien, ni la ley 91 de 1989, ni el acuerdo 39 de 1998 establecen fecha para el pago de los intereses de las cesantías.

No obstante, el acuerdo 39 de 1998 establece los tiempos en que las Secretarías De Educación deben reportar las liquidaciones de intereses de cesantías del personal docente, las cuales se pagarán así:

ARTICULO 4. *El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizará el pago de los intereses en el mes de marzo, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos del Fondo a más tardar el cinco (5) de febrero de cada año, y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria en el periodo comprendido entre el seis (6) de febrero y hasta el quince (15) de marzo de cada año. En los casos en que la entidad territorial reporte la información con posterioridad a ésta fecha, la entidad fiduciaria, programará pagos posteriores, de lo cual informará al Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

Así las cosas, es dable concluir que existe una diferenciación relevante respecto a la liquidación del sistema de ley 50 de 1990, toda vez que los intereses a las cesantías que paga el FOMAG al educador son aquellos pagos programados en cuatro nóminas anuales, proyectadas a finales de los meses de marzo, mayo, agosto y diciembre, en virtud de lo dispuesto en el literal b del numeral 3 del artículo 15 de la ley 91 de 1989, reglamentado por el Acuerdo 39 de 1998 expedido por el CONSEJO DIRECTIVO DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Esta normativa implica una carga que debe asumir cada Secretaría de Educación, pues son estas quienes deben identificar qué docentes se encuentran afiliados al FOMAG y cuales tienen régimen de anualidad, para en consecuencia proceder anualmente a liquidar las cesantías y los correspondientes intereses a las cesantías, así como notificar a los educadores sobre los valores que liquidaron para que de esta forma puedan los docentes interponer los respectivos recursos.

En ese orden de ideas, se infiere que son las Secretarías de Educación las encargadas de reportar al FOMAG las liquidaciones de cesantías e intereses a las cesantías y de realizar los respectivos ajustes reportados por esta entidad frente a las liquidaciones.

Conforme a lo previamente expuesto, es evidente que son las Secretarías de Educación quienes reportan al FOMAG anualmente los valores causados para cada educador y dependiendo de la fecha en que esta liquide, limita la fecha en la que el FOMAG pague lo referente a los intereses.

➤ **LAS SENTENCIAS MENCIONADAS POR LA PARTE ACTORA NO SON APLICABLES AL CASO EN ESPECIFICO.**

Es importante que el despacho tenga en cuenta, que las sentencias que nombra la parte actora no guardan relación con los hechos enunciados en la demanda, , por ejemplo en lo que respecta a la sentencia SU098 / 18 proferida por la Corte Constitucional, dentro de los hechos se menciona que no se había AFILIADO a la docente al FOMAG, y en todo caso esta entidad subsano en el error al liquidarle el auxilio de la cesantía, con sus respectivos intereses, situación distinta a los vicisitudes imprecadas en esta demanda, este argumento fue ratificada por la Corte Constitucional en sentencia SU537/19, del 27 de noviembre de 2019 MP Carlos Bernal Pulido, veamos:

A pesar de no haber sido parte del debate procesal en sede de tutela, esta sentencia tampoco constituye un precedente aplicable al asunto sub examine respecto del cual se pueda evidenciar prima facie una amenaza de vulneración a los derechos fundamentales de los tutelantes, por cuanto: (i) la decisión es posterior a las providencias judiciales cuestionadas en sede de tutela y, (ii) no obstante la Corte se pronunció sobre la sanción moratoria por no consignación oportuna de las cesantías prevista por la Ley 50 de 1990, artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y los Decretos 1582 de 1998 y 1252 de 2000, la ausencia de identidad fáctica también “impide aplicar el precedente al caso concreto”¹¹⁷, como pasa a explicarse:

<i>Criterios</i>	<i>Sentencia SU-098 de 2018</i>	<i>Caso sub examine</i>
Vinculación	Docente en provisionalidad.	Docentes inscritos en el escalafón docente de carrera

		con nombramiento en propiedad.
Vigencia del vínculo laboral	El vínculo del docente terminó, dado que se acogió a lo dispuesto en el Decreto 1278 de 2002. Por tal razón, la Secretaría de Educación de este municipio expidió la Resolución N° 4143.3.21.5447 del 22 de octubre de 2007, por la cual reconoció el pago de las prestaciones sociales definitivas e informó que el pago se realizaría en el respectivo Fondo de Cesantías.	Actualmente, los docentes se encuentran vinculados con el Departamento del Atlántico y su vínculo laboral se ha mantenido vigente sin solución de continuidad¹¹⁸.
Afiliación al FOMAG	El docente nunca fue afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) ni a otro fondo, por un error interno.	Los docentes sí fueron afiliados al FOMAG.
Reclamación efectiva de pago de las cesantías	Una vez culminó su relación laboral con el Municipio de Santiago de Cali, al docente le reconocieron el pago de las prestaciones sociales, entre estas, las cesantías.	Los docentes no reclamaron el pago efectivo de las cesantías de los años 2001, 2002 y 2003. No obstante, sí solicitaron el pago de la sanción moratoria por no consignación de las cesantías por dicho periodo.
Tipo de sanción moratoria reclamada	El docente solicitó el reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías, los intereses a las cesantías ni los rendimientos.	Los docentes solicitaron el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías.

La Sala declaró improcedente las acciones de tutela interpuestas en contra de las sentencias dictadas por el Consejo de Estado, en el marco de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por los tutelantes, por dos razones. De una parte, tras advertir que la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por no consignación de las cesantías en el régimen docente, dispuesta por la Ley 50 de 1990 y Ley 344 de 1996, reglamentada por el Decreto 1582 de 1998, **carecía de evidente relevancia constitucional, en la medida en que la discusión planteada: (i) versaba sobre una cuestión meramente legal, con una connotación de contenido patrimonial, (ii) que no involucraba la protección de derechos fundamentales y, (iii) pretendía reabrir la controversia legal resuelta por el órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.** Por otra parte, constató que las irregularidades alegadas por los accionantes no tenían un efecto decisivo o determinante en las providencias cuestionadas, que conllevara la afectación de una garantía constitucional (subrayado fuera del texto original).

Dicho lo anterior es importante, entrar a revisar lo señalado en la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Rad. 08001-23-33-000-2014-00079-01, MP. Sandra Lisset Ibarra Vélez, contra la cual se interpuso la tutela señalada en línea anterior y que en resumen indicó:

Por todo lo anterior, a los educadores del sector público no les son aplicables los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990, que contemplaron el plazo para la liquidación del valor liquidado anualmente con anterioridad al 15 de febrero y la sanción moratoria para el empleador que incumpla esta obligación, pues dichas normas fueron extendidas por disposición del artículo 1 del Decreto 1582 de 1998, únicamente a «los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías», que como se expuso, no se equiparan a los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1990, pues su nombramiento efectuado por el representante de la entidad territorial no le otorga la calidad de ser un maestro de dicho nivel, y sus prestaciones sociales como las cesantías, son

administradas por el FOMAG, cuya naturaleza jurídica es diferente a la de aquellos fondos privados creados por la Ley 50 de 1990.

Lo anterior, difiere sustancialmente del manejo de la prestación social administrada a través de los fondos privados creados a través de la Ley 50 de 1990, en cuyo artículo 99 si bien establece la obligación a 31 de diciembre de efectuar la liquidación por la anualidad o la fracción correspondiente, solo sobre esa fracción se causan a favor del trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales, y no sobre el acumulado total que por concepto de la prestación social le pertenezca al empleado, lo cual le permite a la Subsección concluir que uno y otro régimen no pueden ser equiparables en razón a sus características y beneficios disímiles para sus afiliado que se origina inclusive de la naturaleza jurídica y finalidad del legislador al crear el FOMAG como una cuenta especial para atender las prestaciones sociales de todos los docentes que prestan sus servicios al Estado, frente los fondos establecidos como instituciones financieras, cuyo objeto es administrar y manejar los recursos conformados por las cesantías de sus afiliados con una amplia gama de portafolios de inversión que se ajusta a los perfiles de riesgo de cada uno de ellos.

.Así las cosas, la Sala concluye que no le es dable a la demandante recibir los beneficios de un sistema, para que con posterioridad a la obtención de aquellos pretenda la aplicación de otro régimen, so pretexto del carácter de su vinculación, máxime cuando tal como se expuso en el acápite precedente, pese a acreditarse que el decreto de nombramiento fue expedido por el alcalde (E) del municipio de Sabanalarga, ello no le otorga el carácter de territorial, y en tal virtud, no le es aplicable la Ley 50 de 1990, que por disposición del artículo 1º del Decreto 1582 de 1998 se extendió únicamente a los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, lo cual dista sustancialmente de las normas que rigen las prestaciones sociales de la actora, pues en razón a su vinculación con posterioridad al 1º de enero de 1990, se rige por las normas vigentes para los empleados del orden nacional.

Existen otras sentencias del H. Consejo de Estado que indican que a los docentes no le es aplicable la Ley 50 de 1990, por ejemplo:

- **Sentencia de 9 de julio de 2009, consejera Ponente, Bertha Lucía Ramírez de Páez. Expediente 0672-07.** No se accedió al reconocimiento de la mora en el pago de las cesantías en razón a que en el ordenamiento jurídico aplicable a los docentes no existe normativa que así lo establezca.

- **Sentencia de 19 de enero de 2015** consejero Ponente, Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Expediente 4400-13. En virtud de los principios de especialidad normativa e inescindibilidad de la ley, indicó que no resulta jurídicamente viable aplicar la sanción por mora prevista en las leyes referidas para aquellos eventos de retardo en el pago de cesantías parciales o definitivas de los docentes, cuando los términos de uno y otro régimen (el general de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 y el especial consagrado en las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005, así como en el Decreto 2831 de 2005) son diversos.

- **Sentencia del 19 de octubre de 2017 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda, subsección “A”. Consejero ponente, William Hernández Gómez** de la Sección Segunda del Consejo de Estado que también sostuvo que el personal docente incorporado o vinculado a las plantas de personal del servicio educativo departamental o municipal se les aplica el régimen prestacional y salarial de los empleados públicos del orden nacional y no se les extiende el régimen de la sanción moratoria del auxilio de cesantías contemplado en la Ley 50 de 1990.

- **Sentencia del 12 de abril de 2018 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda, subsección “B”. Consejera ponente, Sandra Lisset Ibarra Vélez**, en la cual la Sección Segunda reafirmó que la figura de la sanción moratoria derivada del auxilio de cesantías solamente se predica de los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 y que se afiliaran a los fondos privados administradores de cesantías.

En la Sentencia del 14 de junio de 2018 (08001-23-33-000-2013-00831-01(3583-15)[97], la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado negó el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por no consignación de cesantías, debido a que el demandante en su calidad de docente vinculado al sector oficial a partir de 1999, no era beneficiario del sistema anualizado que regula a los servidores públicos del nivel territorial, pues en materia prestacional el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 estableció respecto de los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1990, la aplicación de las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional.

El fallo estableció que el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 no procede en favor del demandante, pues dicha penalidad solo fue extendida a los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 y afiliados a fondos privados de cesantías por disposición expresa del artículo 1º del Decreto 1582 de 1998, requisitos que no cumplía el docente, **por no reunir la condición de ser empleado público del orden territorial y tampoco estar afiliado a un fondo privado administrador de cesantías de aquellos creados por la Ley 50 de 1990, toda vez que precisamente la finalidad del Legislador fue la creación del FOMAG para atender las prestaciones sociales de los maestros del sector oficial, cuyos recursos provienen por disposición legal de la Nación.**

En tal sentido, consideró que las nuevas vinculaciones de los docentes con el Estado a partir del 1º de enero de 1990, conllevan a que por disposición legal sean beneficiarios del régimen prestacional vigente para los empleados públicos del orden nacional, aun cuando el nombramiento sea efectuado por la máxima autoridad administrativa de la correspondiente entidad territorial, como consecuencia del proceso de descentralización de la educación.

Y teniendo en cuenta lo anterior se tiene, que en sentencia de unificación posterior, esto es, la sentencia SU-573 de 2019, la Corte Constitucional declara que, en el debate que se pueda suscitar en punto de la consignación extemporánea de cesantías y sus intereses para el caso de los docentes del FOMAG, se configura la denominada “Ausencia de relevancia constitucional”. Advierte el alto tribunal que esta tipología de controversias no trasciende del ámbito meramente legal, precisando lo siguiente:

“En consecuencia, cualquier pago adicional que no corresponda a la finalidad misma de las cesantías, sino a una penalidad para el empleador que no las consigna al fondo o las paga al trabajador en los términos solicitados, es un reconocimiento de fuente legal con carácter netamente patrimonial, que no amerita la intervención del juez de tutela. Además, según se deriva de los antecedentes de los casos acumulados, no es prima facie admisible considerar que la falta de reconocimiento de aquella pretensión económica pueda comprometer su mínimo vital, en la medida en que los tres accionantes mantienen vigente su vínculo laboral con el Departamento del Atlántico —como se refiere, igualmente, en el apartado que sigue—.”

La providencia que se cita, además, ahonda en otros aspectos fundamentales que brindan los elementos para desatar la controversia que se plantea en el presente medio de control, tal es el caso de la preservación del principio de inescindibilidad de la norma, respecto al cual, tomando los argumentos del Consejo de Estado, se señala lo siguiente.

“Por otra parte, es preciso destacar que la presunta inaplicación del principio de favorabilidad laboral —artículo 53 de la Constitución—, argumento empleado para sustentar el defecto por desconocimiento del precedente, es una cuestión que ya fue debatida en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho promovidos por los tutelantes, habida cuenta de que estos alegaron como concepto de violación: el desconocimiento de los artículos 13 y 53 de la Constitución¹. En relación con dicho planteamiento, el Consejo de Estado indicó que, por tratarse de un régimen de liquidación diferente, no era dable a los docentes “recibir los beneficios de un sistema para que con posterioridad a la obtención de aquellos pretenda la aplicación de otro régimen, so pretexto del carácter de su vinculación”², pues “favorecerse de las ventajas de uno y otro [...] desconocería el principio de inescindibilidad de la ley laboral”.

Con base en lo anterior, aunado que no se trata de la discusión de un derecho fundamental que por ende debe ventilarse ante la jurisdicción contenciosa, encontramos que, adicionalmente, es contrario a derecho que los docentes reciban beneficios de un sistema y, a la vez, se pretenda acceder a los favorecimientos de otro sistema.

¹ Fl. 519 del expediente del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Ángel María Mendoza Muñoz.

² Fls. 581 a 591 del expediente del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por María del Socorro Sinning de la Rosa y fls. 590 a 601 del expediente del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Ángel María Mendoza Muñoz.

Con base a los elementos ampliamente analizados, principalmente lo relativo a la imposibilidad física y jurídica de efectuar consignaciones de cesantías en cuentas individuales de los docentes del FOMAG, procedemos a abordar los problemas jurídicos planteados en la demanda, con la intención de que, muy respetuosamente, el operador judicial de esta causa los considere dentro de su decisión.

➤ PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD DE LA NORMA

Cabe resaltar el salvamento de voto del Magistrado Carlos Bernal Pulido señalado en la misma sentencia SU098/18 que indicó:

3. *La extensión de la sanción moratoria por la no consignación de cesantías a los docentes del sector oficial con fundamento en la aplicación del principio de favorabilidad laboral desconoce que “debe respetarse el principio de la inescindibilidad o conglomerado, es decir, la norma escogida no solamente se utiliza íntegramente, sino como un todo, como un cuerpo o conjunto normativo”. Este es un presupuesto necesario para que proceda la protección de los derechos de los trabajadores en virtud del principio de favorabilidad, dispuesto en el artículo 53 constitucional, tal como lo ha considerado la jurisprudencia constitucional.*

Es por lo anterior que, mediante el empleo del principio de favorabilidad para proteger la situación del accionante, la Sala está creando una lex tertia al desconocer que el régimen especial de cesantías de docentes es una norma del empleo público –derecho laboral administrativo–, mientras que la Ley 50 de 1990 fue creada para regular las cesantías de trabajadores del sector particular –derecho laboral individual.

Frente a lo anterior, no es posible acceder a las pretensiones de la demanda puesto que vulneraría dicho principio, y no se puede aplicar apartados de la norma que benefician a un conglomerado, la norma o se aplica íntegramente o no se aplica, pero no se puede dar discrecionalmente.

Al darle aplicación a Ley 50 /90 sobre los docentes, se estaría perdiendo el objetivo por el cual se creó el FOMAG, pues si se va a dar aplicación a la norma general, la norma especial pierde su rumbo, no sería lógico que los docentes siguieran perteneciendo a un régimen exceptuado que goza de distintos beneficios comparados con la normativa general.

IV. CASO CONCRETO

Descendiendo al caso concreto podemos observar lo siguiente:

El demandante se encuentra afiliado al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por tanto el régimen legal aplicable no es otro que el dispuesto en la Ley 91 de 1989, por consiguiente, resulta claro que **NO LE SON APLICABLES** las disposiciones contenidas en la ley 50 de 1990, pues como se esbozó en precedencia, este es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

De otro lado, resulta imperioso resaltar que según se desprende del certificado de extracto de intereses a las cesantías, la anualidad 2020 fue pagada al docente dentro de los tiempos señalados en el artículo 4 del Acuerdo 39 de 1998 expedido por el CONSEJO DIRECTIVO DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Conforme a lo previamente expuesto, es claro que NO le asiste derecho al demandante al pago de la Indemnización moratoria por consignación extemporánea de las cesantías, así como TAMPOCO al pago de Indemnización Moratoria por consignación extemporánea de intereses a las cesantías, ya que es claro que las disposiciones de la ley 50 de 1990 no son aplicables a los docentes afiliados al FOMAG, y en cualquier caso al efectuar el estudio conforme a lo contemplado en la ley 91 de 1989, se deduce que el pago se efectuó conforme a lo señalado en la ley.

V. EXCEPCIONES

Acorde con la argumentación que muy respetuosamente se presentó al señor(a) juez(a) en precedencia, se procede, en los términos establecidos la Ley 1437 de 2011, artículo 175, numeral 3, y el parágrafo 2 ibídem, modificado por el artículo 38

de la Ley 2080 de 2021, el cual señala que las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 y 102 del Código General del Proceso, se procede a formular las siguientes excepciones previas.

1) Ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales:

Examinada la demanda presentada ante su despacho, se observa que desde la referencia se anuncia que el medio de control incoado es el de nulidad y restablecimiento del derecho de un acto ficto o presunto proferido por la administración. Es así como la demanda trae como referencia lo siguiente:

“REFERENCIA: Demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho – de Carácter Laboral – INDEMNIZACIÓN LEY 50/1990. Acto ficto” (subrayado fuera del texto original).”

Por su parte, las pretensiones especifican, sin asomo de duda, el objeto de la acción judicial, lo cual textualmente se plasmó en los siguientes términos:

“1. Declarar la nulidad del Oficio No. 2021-EE-343249 del 10/6/2021, suscrito por el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, mediante el cual se resolvió la petición del 9/15/2021 (radicación No. 9/15/2021)”

Es claro entonces que el demandante persigue que el juez(a) de la presente causa declare la nulidad del acto administrativo ficto o presunto configurado por la presunta no contestación de una solicitud de reconocimiento indemnizatorio presentada el día 15 de septiembre de 2021 ante el ente territorial.

Ahora bien, de acuerdo con las gestiones adelantadas por este ministerio para estructurar la presente contestación, se tiene que el ente territorial acusado y la Fiduprevisora S.A., en su calidad de vocera y administradora del FOMAG, dieron contestación a las comunicaciones remitidas por parte del apoderado de la entidad demandante, y la misma se encuentra en el libelo demandatorio.

Lo anterior, da cuenta de la inexistencia del acto administrativo ficto o presunto demandado en el presente proceso, si se tiene en cuenta que por voluntad expresa del artículo 83 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), el silencio administrativo se configura cuando *“Transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que es negativa”*.

Por su parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado, en pronunciamientos como la sentencia de fecha 15 de septiembre de 2011, proferida en el marco del radicado No. 50001-23-31-000-2005-40528-01 (0097-10), con extrema precisión aclara las consecuencias para aquellas acciones judiciales en las que se desvirtúa la ausencia de respuesta por parte de la administración, la cual no es otra que la declaratoria de ineptitud de la demanda, como a continuación se transcribe.

“En primer lugar, se advierte que el acto ficto demandado es inexistente, toda vez, que dicho fenómeno procedimental se configura al tenor de lo dispuesto en el artículo 40 del C.C.A., cuando transcurridos tres meses luego de elevada una solicitud en interés particular, la Administración no ha notificado decisión alguna al respecto. En el caso objeto de análisis, la Entidad demandada mediante Oficio del día 2 de agosto de 2005 dio respuesta negativa a la solicitud elevada el día 1° del mismo mes y año, hecho que a todas luces demuestra que no se configuró tal ficción jurídica, ni mucho menos predica la existencia de un acto de insubsistencia o de desvinculación implícito o tácito.

Por consiguiente, se configura una ineptitud sustancial de la demanda.” (negritas fuera del texto original).

En el presente asunto, se configuran entonces todos los elementos para predicar que nos vemos frente a la ineptitud sustancial de la demanda. No obstante, advierte este ministerio que, en caso de que el juez(a) lo considere pertinente, se ordene la práctica de pruebas respectivas, lo cual se solicitará en el respectivo acápite de pruebas.

➤ FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA.

Bogotá D.C Calle 72 No. 10-03 | PBX (+57 1) 594 5111

Barranquilla (+57 5) 356 2733 | Bucaramanga (+57 7) 696 0546

Cali (+57 2) 348 2409 | Cartagena (+57 5) 660 1798 | Ibagué (+57 8) 259 6345

Manizales (+57 6) 885 8015 | Medellín (+57 4) 581 9988 | Montería (+57 4) 789 0739

Pereira (+57 6) 345 5466 | Popayán (+57 2) 832 0909

Riohacha (+57 5) 729 2466 | Villavicencio (+57 8) 664 5448

Fiduprevisora S.A. NIT 860.525.148-5
Solicitudes: 018000 919015
servicioalcliente@fiduprevisora.com.co
www.fiduprevisora.com.co

La calidad de “empleador de los docentes”, que la ostenta la entidad territorial que tiene la obligación de realizar la actividad operativa de liquidación de las cesantías no de consignación, esta actividad operativa debe examinarse a la luz de las normas sobre la administración del personal docente que inicia desde la Ley 29 de 1989 que realiza la desconcentración administrativa territorial, entregando a las entidades territoriales las funciones de administración del personal docente, dentro de las que se encontrarían su nombramiento, remoción, traslado, y control, posteriormente en el mismo sentido se emite la Ley 60 de 1993 derogada y reemplazada por la Ley 715 de 2001, el Decreto 1075 de 2015 modificado por el Decreto 1272 de 2018 y el Decreto 3752 de 2003 que fijan el papel de nominador y administrador de los docentes en todas las entidades territoriales siendo estas las que ostentan la calidad de empleador.

Aunado a lo anterior y como último antecedente normativo que le otorga a las entidades territoriales la obligación operativa de liquidar las cesantías se encuentra el art. 57 de la Ley 1955 de 2019 que indica: “Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. (...)” Cabe destacar que la calidad de empleador no se comparte de ninguna forma con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG, que como se citó en párrafos precedentes es una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos son manejados por una entidad fiduciaria, y está a cargo del pago de las prestaciones sociales de los docentes oficiales.

➤ INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO.

Lo que persigue el demandante como reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990 artículo 99, es completamente improcedente debido no solo a que no es posible la generación de esta mora, debido al descuento mensual de los recursos de las entidades territoriales con destino al FOMAG y que corresponden al valor de las prestaciones de los docentes incluidas las cesantías sin que exista “consignación” por parte del empleador “entidad territorial”, por el contrario la obligación de los empleadores en este sentido es realizar la actividad operativa de “liquidación del valor de las cesantías” que ya se encuentran en las reservas del FOMAG.

Así las cosas, el demandante, se encuentra afiliado al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por tanto el régimen legal aplicable no es otro que el dispuesto en la Ley 91 de 1989, por consiguiente, resulta claro que **NO LE SON APLICABLES** las disposiciones contenidas en la ley 50 de 1990, pues como se esbozó en precedencia, este es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Por lo anterior, salta a la vista una única conclusión, la cual se encuentra acorde el criterio hermenéutico consignado en la sentencia SU-098 de 2018, y es que en el presente asunto no se configura la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, como tampoco se podrá configurar esta sanción para los docentes que se encuentren bajo los mismos supuestos de hecho aquí expresados.

Lo que se solicita en la presente demanda es un hecho de imposible cumplimiento, ya que como reiteradamente se señala en el texto del líbello, se pretende que las cesantías de los docentes sean consignadas en una cuenta individual del docente en el FOMAG, siendo que la misma legislación previó un sistema distinto para este esquema en donde es inadmisibles la administración a través de cuentas individuales. Para que esto sea posible se requeriría que el legislador desmonte el compendio de normas bajo la cual se erige la estructura del FOMAG y en su lugar disponga otro modelo que derogue el que actualmente se encuentra vigente. Así mismo, yerra el demandante cuando señala que esta obligación inicia con la entrada en vigencia de la Ley 1955 de 2019, artículo 57, siendo que esta norma jamás hace referencia a la constitución de cuentas individuales; por el contrario, ratifica el principio de unidad de caja para el pago de las prestaciones económicas de los docentes y la prestación de los servicios médico-asistenciales.

Esto conlleva a que inequívocamente nos veamos frente a la “inexistencia de la obligación”, la cual respetuosamente solicitamos sea declarado como probado bajo la suficiencia argumentativa, con soporte legal y jurisprudencial, que aquí se ha consignado.

➤ PRESCRIPCIÓN

Bogotá D.C Calle 72 No. 10-03 | PBX (+57 1) 594 5111

Barranquilla (+57 5) 356 2733 | Bucaramanga (+57 7) 696 0546

Cali (+57 2) 348 2409 | Cartagena (+57 5) 660 1798 | Ibagué (+57 8) 259 6345

Manizales (+57 6) 885 8015 | Medellín (+57 4) 581 9988 | Montería (+57 4) 789 0739

Pereira (+57 6) 345 5466 | Popayán (+57 2) 832 0909

Riohacha (+57 5) 729 2466 | Villavicencio (+57 8) 664 5448

Fiduprevisora S.A. NIT 860.525.148-5
Solicitudes: 018000 919015
servicioalcliente@fiduprevisora.com.co
www.fiduprevisora.com.co

Sobre este particular es menester traer a colación la línea sobre la materia impuesta por la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-022-2020 del 6 de agosto de 2020 que fijó las siguientes reglas jurisprudenciales:

i) El momento a partir del cual se contabiliza el término de la prescripción de la sanción moratoria de las cesantías anualizadas prevista en la Ley 50 de 1990, es desde su causación y exigibilidad, es decir, el 15 de febrero de la anualidad siguiente, por ende, la reclamación administrativa deberá presentarse dentro de los tres años siguientes, so pena de configurarse la prescripción extintiva.

ii) En el evento en que se acumulen anualidades sucesivas de mora en la consignación de cesantías anualizadas, el término prescriptivo de la sanción prevista en la Ley 50 de 1990 deberá contabilizarse de manera independiente por cada año, de tal modo que el empleado dispone de 3 años contados a partir del 15 de febrero del año siguiente a su causación para reclamar la sanción moratoria por la anualidad correspondiente, so pena de su extinción. Indica que para la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 por la no consignación de cesantías anualizadas, estas se hacen exigibles a partir del día siguiente a aquel en que vence el plazo consagrado en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por ende, desde el 15 de febrero de la anualidad siguiente, el empleado dispone de tres años para reclamar ante la administración el reconocimiento de la penalidad, so pena de verse afectado por el medio extintivo de la prescripción.

➤ CADUCIDAD

De acuerdo a esta excepción, de acuerdo al artículo 136 No. 2³, se debe contabilizar el término de cuatro (4) meses para interponer acción de nulidad y restablecimiento del derecho pretendido en la presente, a partir del acto expreso que negó el reconocimiento de la sanción, por lo que se solicita respetuosamente realizar el estudio correspondiente a efectos de que posiblemente se haya configurado la presente excepción.

➤ PROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS EN CONTRA DEL DEMANDANTE

Respecto de las pretensiones del demandante, se resalta que el Ministerio de Educación Nacional ha atendido más de 45.000 solicitudes de conciliación extrajudicial en donde, bajo los mismos supuestos de hecho y de derecho, se pretende la indemnización que nos trae a esta demanda y de la que ampliamente se ha expuesto su improcedencia. Por tanto, con fundamento en lo establecido en el artículo 188, adicionado por el artículo 47, inciso 2, de la Ley 2080 de 2021, el cual señala “En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas **cuando se establezca que se presentó la demandan con manifiesta carencia de fundamento legal**” (negritas fuera del texto original), se solicita respetuosamente que se condene en costas a la parte demandante y a favor de los demandados.

➤ EXCEPCIÓN GENÉRICA.

En virtud del alcance del principio de búsqueda de la verdad formal en materia de excepciones, frente a los poderes oficiosos del juez es necesario afirmar que lo fundamental no es la relación del hecho que configuran una determinada excepción, sino la prueba de estos, por ende, si el juez encuentra probados los hechos que lo constituyen deberá reconocerla oficiosamente.

Por lo anterior, solicito al señor juez ordenar de oficio la práctica de las pruebas pertinentes, así como declarar oficiosamente, las excepciones que aparezcan probadas de conformidad con el ordenamiento procesal.

V. CONDENA EN COSTAS

³ “**ARTÍCULO 136. Modificado por el art. 23, Decreto Nacional 2304 de 1989, Modificado por el art. 44, Ley 446 de 1998** Caducidad de las acciones. 2. La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso. Sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe.”

Respecto de las pretensiones del demandante, se resalta que el Ministerio de Educación Nacional ha atendido más de 45.000 solicitudes de conciliación extrajudicial en donde, bajo los mismos supuestos de hecho y de derecho, se pretende la indemnización que nos trae a esta demanda y de la que ampliamente se ha expuesto su improcedencia. Por tanto, con fundamento en lo establecido en el artículo 188, adicionado por el artículo 47, inciso 2, de la Ley 2080 de 2021, el cual señala “En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal” (negrillas fuera del texto original), se solicita respetuosamente que se condene en costas a la parte demandante y a favor de los demandados.

VI. PRUEBAS

Solicitamos se tengan como pruebas las aportadas en debido tiempo al plenario, las siguientes:

- Comunicado 008 del 11 de diciembre de 2020 emitido por la Fiduprevisora dirigido a las entidades territoriales, para la entrega del reporte de liquidación de las cesantías para pago de intereses en la primera nomina año 2021.
- Comunicado 16 del 17 de diciembre de 2019 dirigido a las entidades territoriales, sobre las fechas de entrega del reporte de liquidación de las cesantías para pago de intereses primera nomina año 2020.
- Acuerdo 39 de 1998 emitido por el Consejo Directivo FOMAG para reporte de las Secretarías De Educación De Los Intereses Moratorios.

Muy respetuosamente se solicita al señor juez se sirva decretar las siguientes pruebas documentales:

- Requerir al ente territorial a efectos de que aporte las pruebas documentales que permitan evidenciar el trámite realizado respecto de la solicitud radicada por la demandante.
- Requerir oficio el por el cual se indica que el ente territorial remitió, con destino a Fiduprevisora S.A., un grupo de solicitudes de personal docente relacionadas la sanción moratoria e intereses a las cesantías, entre otros, el caso del demandante.
- Requerir Oficio, mediante el cual Fiduprevisora S.A. dio respuesta a la solicitud de indemnización moratoria por la no consignación en término de las cesantías correspondientes al año 2020 e indemnización con consignación inoportuna de los intereses a las cesantías por el mismo periodo.
- Que el demandante pruebe que son sus cesantías anualizadas las que no hicieron parte de los recursos trasladados por las diferentes fuentes al FOMAG para las cesantías del año 2020

VIII. PETICIONES

PRIMERO: Oficiar a la Fiduciaria la Previsora S.A., para que allegué el Certificado de disponibilidad presupuestal del rubro dispuesto para el pago de las cesantías, el cual demuestra que el dinero de las cesantías de los docentes para la vigencia 2020 ya se encontraba disponible en el FOMAG.

VIII. PRUEBAS OFICIOSAS

Solicito respetuosamente su señoría que haciendo uso de las facultades oficiosas, se sirva oficiar a la Secretaría de Educación, a fin de que llegue al plenario Copia Íntegra del expediente administrativo contentivo de todas las actuaciones



La educación
es de todos

Mineducación

realizadas por el demandante, en especial, lo relacionado con la fecha en que remitió la información al MEN- FOMAG para el pago de sus cesantías e intereses a las cesantías.

IX. ANEXOS

- Poder conferido a mi favor, junto con la representación Legal.

III. NOTIFICACIONES

- EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL las recibirá por intermedio de la Señora Ministra de Educación, en la Calle 43 # 57-14, Centro Administrativo Nacional (CAN), Bogotá D.C., y/o en el correo o dirección electrónica, exclusivamente para notificaciones judiciales: notificacionesjudiciales@minieducacion.gov.co.
- EL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y LA FIDUPREVIA en la secretaria de su despacho o en la Calle 72 N° 10 – 03 piso 4, y/o en los correo electrónicos procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co, notjudicial@fiduprevisora.com.co.
- Y La suscrita apoderada, las recibirá en la secretaria de su despacho o en la Calle 72 N° 10 – 03 piso 4, y/o en el correo electrónico t_jkramirez@fiduprevisora.com.co.

Del señor Juez.

JENNY KATHERINE RAMÍREZ RUBIO

C.C 1.030.570.557 de Bogotá

T.P 310.344 del C.S.J.

Unidad Especial de Defensa Judicial FOMAG - Vicepresidencia Jurídica

Calle 72 No. 10-03

Bogotá, Colombia

"Defensoría del Consumidor Financiero: Dr. JOSÉ FEDERICO USTÁRIZ GÓNZALEZ. Carrera 11 A No 96-51 - Oficina 203, Edificio Oficity en la ciudad de Bogotá D.C. PBX 6108161 / 6108164, Fax: Ext. 500. E-mail: defensoriafiduprevisora@ustarizabogados.com de 8:00 am - 6:00 pm, lunes a viernes en jornada continua".

Las funciones del Defensor del Consumidor son: Dar trámite a las quejas contra las entidades vigiladas en forma objetiva y gratuita. Ser vocero de los consumidores financieros ante la institución. Usted puede formular sus quejas contra la entidad con destino al Defensor del Consumidor en cualquiera agencia, sucursal, oficina de corresponsalia u oficina de atención al público de la entidad, asimismo tiene la posibilidad de dirigirse al Defensor con el ánimo de que éste formule recomendaciones y propuestas en aquellos aspectos que puedan favorecer las buenas relaciones entre la Fiduciaria y sus Consumidores. Para la presentación de quejas ante el Defensor del Consumidor no se exige ninguna formalidad, se sugiere que la misma contenga como mínimo los siguientes datos del reclamante: 1. Nombres y apellidos completos 2. Identificación 3. Domicilio (dirección y ciudad) 4. Descripción de los hechos y/o derechos que considere que le han sido vulnerados. De igual forma puede hacer uso del App "Defensoría del Consumidor Financiero" disponible para su descarga desde cualquier smartphone, por Play Store o por App Store.

Bogotá D.C Calle 72 No. 10-03 | PBX (+57 1) 594 5111

Barranquilla (+57 5) 356 2733 | Bucaramanga (+57 7) 696 0546

Cali (+57 2) 348 2409 | Cartagena (+57 5) 660 1798 | Ibagué (+57 8) 259 6345

Manizales (+57 6) 885 8015 | Medellín (+57 4) 581 9988 | Montería (+57 4) 789 0739

Pereira (+57 6) 345 5466 | Popayán (+57 2) 832 0909

Riohacha (+57 5) 729 2466 | Villavicencio (+57 8) 664 5448

Fiduprevisora S.A. NIT 860.525.148-5
Solicitudes: 018000 919015
servicioalcliente@fiduprevisora.com.co
www.fiduprevisora.com.co



El emprendimiento
es de todos

Minhacienda

Señora Juez,
Dra. LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.
correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co
E. S. D.

RADICACIÓN	110013335017-2022-00124
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	RUBÉN DARÍO GUTIÉRREZ MARTÍNEZ
DEMANDADO	MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, INSTITUTO NACIONAL DE SALUD – INS.

Asunto: Contestación

Respetada Señora Juez;

DIANA MARCELA URIBE PANESSO, mayor de edad, domiciliada en ésta ciudad, identificada con cédula de ciudadanía No. No. 52.859.826 de Bogotá, en mi condición de Jefe (E) de la Oficina Asesora Jurídica del Instituto Nacional de Salud, según Resolución No. 1431 de 2022 y delegada en virtud de la Resolución No. 0407 del 27 de marzo de 2015 para representar judicial y extrajudicialmente al **INSTITUTO NACIONAL DE SALUD - INS**, instituto científico y técnico, creado por el Decreto 470 de 1968, con cambio de naturaleza jurídica según el Decreto 4109 de 2011 y reestructurado a través de los Decretos 2774 y 2775 del 28 de Diciembre de 2012, identificado con NIT No. 899.999.403-4, según poder adjunto, respetuosamenteme permito presentar **CONTESTACIÓN A LA DEMANDA DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** de la referencia, admitida mediante auto No. 566 del 10 de agosto de 2022, encontrándome dentro de los términos legales correspondientes:

I. FRENTE A LOS HECHOS

1. **No es cierto**, según la información que reposa en el Instituto Nacional de Salud para la época, el señor RUBÉN DARÍO GUTIÉRREZ MARTÍNEZ no tuvo vinculación legal y reglamentaria con el Instituto Nacional de Salud, ni bajo la modalidad de trabajador oficial regida bajo los elementos de un contrato de trabajo, sino que entre mi representada y el demandante se perfeccionaron contratos de prestación de servicios para la ejecución de actividades específicas requeridas por la entidad, de acuerdo con las necesidades identificadas y en virtud de la Ley 80 de 1993.

Así las cosas, el señor RUBÉN DARÍO GUTIÉRREZ MARTÍNEZ prestó sus servicios como contratista en el marco de los siguientes contratos de prestación de servicios:

Contrato de prestación de servicios	Fecha inicio	Fecha de terminación
Contrato No. 165 de 2005	23/12/2005	22/12/2006
Contrato No. 003 de 2007	7/03/2007	31/12/2007
Contrato No. 149 de 2008	21/04/2008	31/12/2008
Contrato No. 076 de 2009	13/02/2009	31/12/2009
Contrato No. 019 de 2010	28/01/2010	28/12/2010
Contrato No. 048 de 2011	3/02/2011	2/04/2011
Contrato No. 182 de 2011	6/04/2011	30/12/2011
Contrato No. 016 de 2012	18/01/2012	17/10/2012
Contrato No. 053 de 2013	1/02/2013	31/12/2013
Contrato No. 036 de 2014	23/01/2014	22/12/2014

En este punto, es preciso aclarar que el demandante induce a error al Despacho, toda vez que el Ministerio de Salud y la Protección Social y el Instituto Nacional de Salud, son entidades distintas, el primero es un organismo del sector central de la administración pública nacional, pertenece a la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional; y el segundo, esto es el INS, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1 del Decreto 4109 de 2011 es un Instituto Científico y Técnico, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscrito al Ministerio de Salud y Protección Social. Por lo anterior, la contratación efectuada por el Instituto Nacional de Salud es independiente a la efectuada por el Ministerio de Salud y la Protección Social.

2. **No es cierto**, reiteramos lo manifestado en el punto anterior, en el sentido de aclarar que el señor RUBÉN DARÍO GUTIÉRREZ MARTÍNEZ no tuvo una vinculación legal y reglamentaria con el Instituto Nacional de Salud así como tampoco estuvo vinculado como trabajador oficial mediante un contrato de trabajo que es regido por las normas del Código Sustantivo, sino que entre mi representada y el demandante se celebraron contratos de prestación de servicios para la ejecución de actividades específicas requeridas por la entidad, de acuerdo con las necesidades identificadas y en virtud de la Ley 80 de 1993.

Por lo anterior, el señor RUBÉN DARÍO GUTIÉRREZ MARTÍNEZ prestó sus servicios como contratista en el marco de los contratos de prestación de servicios enunciados en el punto anterior.

Lo anterior se advierte claramente de la solución de continuidad que existe entre los contratos que mi representada celebró con el demandante, en los cuales mediaron lapsos de uno, dos, tres, y hasta cuatro meses, o más, entre los contratos, por lo tanto, no es cierto que sostuvo una relación laboral. (INDEPENDENCIA AUTONOMIA)

3. **No es cierto**, es menester hacer énfasis en que entre el señor RUBÉN DARÍO GUTIÉRREZ MARTÍNEZ y el INSTITUTO NACIONAL DE SALUD no existió relación laboral alguna, como lo afirma el apoderado del demandante.

De acuerdo con la información que reposa en el INSTITUTO NACIONAL DE SALUD, el último contrato de prestación de servicios suscrito entre el señor RUBÉN DARÍO GUTIÉRREZ MARTÍNEZ y el Instituto Nacional de Salud fue el contrato de prestación de servicios No. 036 de 2014.

Es decir, que el vínculo sostenido entre el Instituto Nacional de Salud y el señor RUBÉN DARÍO GUTIÉRREZ MARTÍNEZ fue de carácter contractual estatal; en consecuencia, conforme a lo previsto en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 41 de la misma disposición, los contratos de prestación de servicios no generan relación laboral, la contraprestación se pacta conforme a los documentos

del contrato que en los estudios previos establece las condiciones del mercado, por lo que la contraprestación que las partes que se suponen actúan conforme al artículo 83 de la Constitución Política, excluyen prestaciones sociales.

Por lo anterior, el Instituto Nacional de Salud, no estaba obligado a reconocer ni a efectuar pago alguno al señor RUBÉN DARÍO GUTIÉRREZ MARTÍNEZ por concepto de “prestaciones sociales” y en gracia de discusión, si el Instituto Nacional de Salud hubiera realizado pago alguno por ese concepto al demandante, habría actuado en contra de lo dispuesto en la ley e incurrido en un posible detrimento patrimonial y estaría sujeto a las sanciones legales correspondientes por dicha conducta. Por lo anterior, es claro que no le asiste razón al demandante.

4. **Parcialmente cierto**, en el sentido como el mismo apoderado de la parte demandante lo reconoce el señor RUBÉN DARÍO GUTIÉRREZ MARTÍNEZ, efectuó actividades de apoyo, las cuales se enmarcan en los siguientes contratos de prestación de servicios:

Contrato de prestación de servicios	Fecha de inicio	Fecha de terminación	Objeto
Contrato No. 165 de 2005	23/12/2005	22/12/2006	“EL CONTRATISTA se compromete con el INSTITUTO NACIONAL DE SALUD a implementar y desarrollar un programa de auditoria y vigilancia epidemiológica para la Coordinación Nacional de la Red de Donación de Trasplantes.”
Contrato No. 003 de 2007	7/03/2007	31/12/2007	“EL CONTRATISTA se compromete con el INSTITUTO NACIONAL DE SALUD a ejecutar el programa nacional de auditoría externa de la Red de Donación de Trasplantes.”
Contrato No. 149 de 2008	21/04/2008	31/12/2008	“EL CONTRATISTA se compromete para con el INSTITUTO NACIONAL DE SALUD a realizar auditoría externa a las coordinaciones regionales de la Red de Donación y

			Trasplantes"
Contrato No. 076 de 2009	13/02/2009	31/12/2009	"EL CONTRATISTA se compromete para con el INSTITUTO NACIONAL DE SALUD a realizar auditoría externa a las coordinaciones regionales de la Red de Donación y Trasplantes"
Contrato No. 019 de 2010	28/01/2010	28/12/2010	"EL CONTRATISTA se compromete con el INSTITUTO NACIONAL DE SALUD a ejecutar el programa nacional de auditoría externa de la Red de Donación de Trasplante"
Contrato No. 048 de 2011	3/02/2011	2/04/2011	"EL CONTRATISTA se compromete con el INS a ejecutar las actividades de auditoría definida por las coordinación regionales de la Red de Donación y Trasplantes"
Contrato No. 182 de 2011	6/04/2011	30/12/2011	"El contratista se compromete con el INS a ejecutar las actividades de auditoría definidas por la Coordinación Nacional de la Red de acuerdo con la normatividad vigente y los procedimientos del INS, así como lo contemplado en el programa de auditoría externa a la red de Donaciones y trasplantes"
Contrato No. 016 de 2012	18/01/2012	17/10/2012	"Prestar servicios

			profesionales para apoyar el desarrollo del programa Nacional de auditoría, así como ejecutar las acciones de auditoria preventivas, de seguimiento, coyunturales y evolución a la red de donación y Trasplante, de acuerdo con la normatividad vigente y los procedimientos del INS"
Contrato No. 053 de 2013	1/02/2013	31/12/2013	"Adelantar las acciones de seguimiento establecidas en el programa nacional de auditoría a la Red de donación y trasplantes y aquellas requeridas por el Grupo de acuerdo con lo establecido para tal fin por el Instituto Nacional de salud y la normatividad vigente"
Contrato No. 036 de 2014	23/01/2014	22/12/2014	"Apoyar en la actualización del programa nacional de auditoría de la red de donación y trasplantes de acuerdo con la normatividad vigente y ejecutar las acciones de auditoria determinadas por el grupo red Nacional de Donación y Trasplante de órgano y tejidos de acuerdo a la metodología establecida para tal fin por el Instituto Nacional de Salud"

Es preciso resaltar que estos contratos fueron suscritos, toda vez que el Instituto Nacional de Salud, no contaba con personal de planta suficiente e idóneo para realizar actividades para las que fue contratado el señor RUBÉN DARÍO GUTIÉRREZ MARTÍNEZ. De igual forma, dichas relaciones contractuales surgieron teniendo en cuenta la idoneidad con que cuenta el señor GUTIÉRREZ MARTÍNEZ quien es un profesional en medicina, con especialización en auditoría médica y conocimientos específicos para el desarrollo y ejecución de los contratos suscritos.

5. **No es cierto**, es preciso reiterar que el vínculo sostenido entre el Instituto Nacional de Salud y fue de carácter contractual estatal, en consecuencia, conforme a lo previsto en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 41 de la misma disposición, los contratos de prestación de servicios no generan relación laboral, la contraprestación se pacta conforme las condiciones de mercado que se encuentran detalladas en los estudios previos, y lo que percibe el contratista son honorarios y no remuneración.
6. No es cierto, de la lectura y revisión de los contratos de prestación de servicios que celebró el señor RUBÉN DARÍO GUTIÉRREZ MARTÍNEZ con el INS, no se evidencia dentro de ninguna de las obligaciones contractuales la obligatoriedad del cumplimiento de un horario de trabajo.

Si bien, el demandante debía cumplir con las obligaciones del contrato y no podría enviar un tercero en su reemplazo, también lo es que esto ocurrió así debido a que fue contratado como persona natural y precisamente por su idoneidad profesional, lo cual no representa que se haya tratado de la prestación personal del servicio como elemento esencial del contrato de trabajo que consagra el artículo 23 C.S.T.

7. **Es cierto**, dentro del contrato fue pactado que el pago de los honorarios se efectuaría por parte del INS, de manera mensual y efectivamente se exigía al señor GUTIERREZ MARTÍNEZ estar afiliado al sistema de seguridad social y estar al día en los aportes, con fundamento en la obligación legal que existe en el artículo 23 del Decreto 1703 de 2022 “*Por el cual se adoptan medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud*” que señala: “*Cotizaciones en contratación no laboral. Para efectos de lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en los contratos en donde esté involucrada la ejecución de un servicio por una persona natural en favor de una persona natural o jurídica de derecho público o privado, tales como contratos de obra, de arrendamiento de servicios, de prestación de servicios, consultoría, asesoría y cuya duración sea superior a tres (3) meses, la parte contratante deberá verificar la afiliación y pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud.*”

Ahora bien, por regla general en todos los contratos de prestación de servicios que celebran las entidades se pacta el pago de los honorarios de manera mensual, por efectos del pago periódico mensual que debe hacerse de los aportes a las EPS, Fondo de Pensiones y ARL, de conformidad con la normatividad vigente y el control que lleva a cabo la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscal UGPP, lo cual permite demostrar que no aplica solo para relaciones laborales o reglamentarias.

8. **No es cierto**, es una simple apreciación subjetiva del apoderado de la parte demandante y no existe en el proceso prueba siquiera sumaria que sustente lo enunciado en este hecho por el demandante. Los diferentes contratos de prestación de servicios suscritos entre el INS y el señor Gutiérrez implicaban que este adelantara actividades de apoyo de manera personal, por sus cualidades profesionales, que buscaban satisfacer el objeto contractual y una necesidad identificada por el INS, lo anterior, no quiere decir de ninguna manera, que esto se constituya en uno de los elementos de una relación laboral. Pensar en sentido contrario, implicaría que los contratos de prestación de servicios que suscriben las personas naturales no pudiesen ser ejecutados por ellas mismas, ya que esto implica una prestación personal del servicio, desnaturalizándose este tipo de contratos permitidos y regulados en la legislación colombiana.

Es preciso resaltar, que los contratos fueron suscritos toda vez que el Instituto Nacional de Salud, no contaba con personal de planta suficiente para realizar actividades por las que fue contratado el señor RUBÉN DARÍO GUTIÉRREZ MARTÍNEZ.

El hecho que el contratista señor RUBÉN DARÍO GUTIÉRREZ MARTÍNEZ prestara personalmente el servicio contratado, no obedece a que exista una relación laboral sino a que su contratación se realizó con el fin de obtener y aprovechar conocimientos y aptitudes especiales de carácter técnico que no podían realizarse con personal de planta. En ningún caso, ello genera relación laboral ni prestaciones sociales.

Ha señalado la doctrina y la jurisprudencia (Sentencia de Unificación No 11001032600020110003900 (41719) de diciembre 2013) la existencia de tres especies de contratos, como son: (a) prestación de servicios profesionales, (b) prestación de servicios de apoyo a la gestión y (c) para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales.

Para el caso concreto, “(...) Contratos de prestación de servicios profesionales: *Son aquellos cuyo objeto esté determinado materialmente por el desarrollo de actividades identificables e intangibles que impliquen el desempeño de un esfuerzo o actividad tendiente a satisfacer necesidades de las entidades estatales en lo relacionado con la gestión administrativa o funcionamiento que ellas requieran, bien sea acompañándolas, apoyándolas o soportándolas, al igual que a desarrollar estas mismas actividades en aras de proporcionar, aportar, apuntalar, reforzar la gestión administrativa o su funcionamiento con conocimientos especializados, siempre y cuando dichos objetos estén encomendados a personas catalogadas de acuerdo con el ordenamiento jurídico como profesionales. En suma, lo característico es el despliegue de actividades que demandan la aprehensión de competencias y habilidades propias de la formación profesional o especializada de la persona natural o jurídica, de manera que se trata de un saber intelectual cualificado. (...)*”

Entre el Instituto Nacional de Salud y el señor RUBÉN DARÍO GUTIÉRREZ MARTÍNEZ no existió un contrato de trabajo, sino un vínculo eminentemente administrativo (contrato estatal), suscrito y finalizado de común acuerdo, sin que hubiere existido salvedad alguna.

Aunado a lo anterior, no está probado que al demandante le fueran asignadas funciones; contrario sensu debía desarrollar obligaciones y entregar productos en el marco del contrato celebrado.

Así mismo las obligaciones en un contrato de prestación de servicios pueden estar relacionadas con los fines del INS, porque precisamente ante la carencia de personal de planta de la entidad, es que la ley previó la posibilidad de contratar personas para suplir necesidades y dar cumplimiento a la misión legal.

Tampoco se entiende a qué hizo referencia el demandante cuando señaló “*pérdida del gobierno del contrato*”, sin esbozar mayores argumentos ni pruebas al respecto.

El apoderado de la parte demandante busca inducir al Despacho en error puesto que, una de las obligaciones del señor RUBÉN DARÍO GUTIÉRREZ MARTÍNEZ, como contratista era presentar el informe de actividades, a fin de identificar los productos entregados para el periodo correspondiente, y el avance en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, lo cual no implica subordinación como lo afirma el demandante, sino el cumplimiento de una obligación contractual.

En los contratos de prestación de servicios existe la figura de la supervisión, encargada de velar por el cumplimiento del objeto contractual, del acatamiento de las disposiciones de tipo legal y financiero del mismo, y hacer seguimiento a la ejecución del contrato, figura esta de consagración legal.

La ley 1474 de 2011, en sus artículos 83 y 84 establece:

“(…)

ARTÍCULO 83. Supervisión e interventoría contractual. Con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda.

La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.

(…)

ARTÍCULO 84. Facultades y deberes de los supervisores y los interventores. La supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista.

Los interventores y supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y serán responsables por mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente.

9. **No es cierto**, es una simple apreciación subjetiva del apoderado de la parte demandante y no existe en el proceso prueba siquiera sumaria que sustente lo enunciado en este hecho por el demandante.

Frente a la manifestación sobre que el *contratista estaba sometido a un horario fijo, tenía asignadas las instalaciones de la entidad, de las cuales no podía ejercer actividad fuera de estas*, es preciso aclarar que no está probada la exigencia del cumplimiento de un horario y en todo caso, ha dicho el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia ¹que el cumplimiento de un horario y el acatamiento de instrucciones no son de plano conductas subordinadas.

De igual manera el Consejo de Estado ha señalado: ²

“(…) la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista, que implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente y productivo de la actividad encomendada, lo cual puede incluir el cumplimiento de un horario, el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores y el reporte de informes sobre sus resultados, **no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación** (…).”

Tampoco es cierto que al demandante le fueran **asignados** elementos de trabajo como computador, teléfono, mobiliario y oficina, siendo del caso aclarar que, revisados los registros del almacén del INS, no existe evidencia de la asignación a la que hizo referencia el demandante.

Lo que ha ocurrido con algunos contratistas es que el INS les ha facilitado algunos elementos para la ejecución de sus obligaciones, sin que medie acta de asignación y las responsabilidades derivadas de dicho acto.

¹ Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia Sentencia SL-116612015 (50249), de 2015

² Consejo de Estado Rad. No.: 07001-23-31-000-2003-00212-01(6615-05) del 2008

10. Me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

11. Me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

12. No es un hecho, de acuerdo con las pruebas aportadas (Pruebas 1 a 32) se evidencian que entre el señor RUBÉN DARÍO GUTIÉRREZ MARTÍNEZ y el INSTITUTO NACIONAL DE SALUD no existió una relación laboral; el demandante prestó sus servicios como contratista al INSTITUTO NACIONAL DE SALUD y en virtud de esa relación contractual, presentó propuesta de servicios (Prueba 30), informes de actividades e informes de supervisión (Pruebas 21 a 29) y suscribió las respectivas actas de liquidación de los contratos (Prueba 1 a 7) y se expidieron las respectivas certificaciones finales de cumplimiento por parte del supervisor (Prueba 8 a 10).

En este sentido, reiteramos que los contratos de prestación de servicios no generan relación laboral; por lo cual, el Instituto Nacional de Salud, no estaba obligado a efectuar pago alguno al señor RUBÉN DARÍO GUTIÉRREZ MARTÍNEZ por concepto de “prestaciones sociales” y en gracias de discusión si el INS hubiera realizado pago alguno por ese concepto al demandante, habría actuado en contra de lo dispuesto en la ley e incurrido en un posible detrimento patrimonial y estaría sujeto a las sanciones legales correspondientes por dicha conducta. Por lo anterior, claro que no le asiste razón al demandante.

13. Es cierto parcialmente, en el entendido que el apoderado del demandante afirma “El señor RUBÉN DARÍO GUTIÉRREZ MARTÍNEZ, aunque el firmó contratos con dos entidades diferentes”, tal como se lee, existe el propio apoderado de la accionante en lo que constituye confesión por apoderado judicial (Art. 193 Ley 1564) reconoce que el señor RUBÉN DARÍO GUTIÉRREZ MARTÍNEZ tenía otros vínculos contractuales que evidencia la autonomía con la que contaba y desvirtúan la supuesta dependencia o subordinación y supuesta relación laboral con el INS.

De igual forma, el señor RUBÉN DARÍO GUTIÉRREZ para el 2008 era médico auditor de la Fundación Hospital Infantil San José, como el mismo lo publica en la red social LinkedIn, como se observa a continuación:



Personas ▼

RUBEN DARIO

GUTIERREZ MARTINEZ



RUBEN DARIO GUTIERREZ MARTINEZ

Medico auditor SDS en Secretaría Distrital de Salud

Área metropolitana de Bogotá D.C.

311 seguidores · 308 contactos

Únete para conectar



www.varicesbogota.com



Universidad Nacional de
Colombia

Acerca de

Specialties: AUDITORIA EN SALUD UNIVERSIDAD DEL ROSARIO

Experiencia



www.varicesbogota.com

25 años 10 meses

- **Director médico**

dic. de 1996 - actualidad · 25 años 10 meses

Bogotá, DC, Colombia

- **Director médico**

dic. de 1996 - actualidad · 25 años 10 meses

Bogotá, DC, Colombia



Personas ▼

RUBEN DARIO

GUTIERREZ MARTINEZ

Bogotá, DC, Colombia



Medico auditor SDS

Secretaría Distrital de Salud

abr. de 2020 - actualidad · 2 años 6 meses



Medico Auditor

Hospital Infantil Universitario de San José

may. de 2008 - ago. de 2020 · 12 años 4 meses

Bogotá D.C., Colombia



Coordinador médico

Carvajal Tecnología y Servicios

dic. de 2014 - feb. de 2017 · 2 años 3 meses

Bogotá, Bogotá D.C., Colombia



AUDITOR NACIONAL RED DE DONACION Y TRASPLANTES

INSTITUTO NACIONAL DE SALUD

dic. de 2005 - 2014 · 9 años

DISEÑAR, COORDINAR E IMPLEMENTAR EL PROGRAMA NACIONAL DE AUDITORIA A
TODOS LOS ACTORES DE LA RED DE DONACIÓN Y TRASPLANTES



MEDICO AUDITOR

FUNDACION HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO DE SAN JOSE

may. de 2008 - may. de 2008 · 1 mes

Medico Auditor



AUDITOR MEDICO

AGS Advisors

ene. de 2002 - 2005 · 3 años

VERIFICAR LA PRESENTACIÓN DE CUENTAS PARA RECOBRO AL FOSYGA

14. Me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

II. FRENTE A LAS PRETENSIONES

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la presente demanda con fundamento en las excepciones propuestas en el siguiente acápite y lo indicado en el acápite anterior en contestación frente a cada uno de los hechos.

PRIMERA. Me opongo a la pretensión que se contesta, toda vez que, el término para exigir el reconocimiento de una relación laboral con el Estado es de tres años, contados a partir de la terminación del vínculo contractual, y que pasado dicho tiempo se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella³.

En el caso particular, no existió continuidad entre los contratos de prestación de servicios suscrito entre el Instituto Nacional de Salud y el señor RUBÉN DARÍO GUTIÉRREZ MARTÍNEZ, toda vez que entre los contratos de prestación de servicios, existieron lapsos de uno, dos, tres, y hasta cuatro meses, o más, configurándose solución de continuidad entre cada uno de los contratos celebrados. Al analizarse la prescripción frente a cada uno de los contratos: 165 de 2005, 003 de 2007, 149 de 2008, 076 de 2009, 19 de 2010, 048 de 2011, 182 de 2011, 16 de 2012, 053 de 2013 y 036 de 2014, a partir de sus fechas de finalización, se concluye que a la fecha ya estarían prescritos las prestaciones que se pudieran derivar de todos los contratos.

Así las cosas, en el caso particular y en gracia de discusión el demandante solo podría efectuar reclamación respecto a los aportes pensionales.

SEGUNDA: Me opongo a la pretensión que se contesta, toda vez que el oficio **No. 2-1000-2017-006820 FVS del 29 de diciembre de 2017, notificada el 7 de febrero de 2019**, que negó el pago de prestaciones laborales, se ajusta a derecho positivo, está correctamente motivada, se produce con competencia, sin que existe vicio que lo invalide habida cuenta que la vinculación entre el señor **RUBÉN DARÍO GUTIÉRREZ MARTÍNEZ** y el Instituto Nacional de Salud obedeció a la suscripción de contratos de prestación de servicios profesionales entre los años 2005 y 2014, en el marco de la Ley 80 de 1993, los cuales no constituyen relación laboral alguna, como se aprecia a continuación:

Contrato de prestación de servicios	Fecha inicio	Fecha de terminación
Contrato No. 165 de 2005	23/12/2005	22/12/2006
Contrato No. 003 de 2007	7/03/2007	31/12/2007
Contrato No. 149 de 2008	21/04/2008	31/12/2008
Contrato No. 076 de 2009	13/02/2009	31/12/2009
Contrato No. 019 de 2010	28/01/2010	28/12/2010
Contrato No. 048 de 2011	3/02/2011	2/04/2011
Contrato No. 182 de 2011	6/04/2011	30/12/2011
Contrato No. 016 de 2012	18/01/2012	17/10/2012
Contrato No. 053 de 2013	1/02/2013	31/12/2013
Contrato No. 036 de 2014	23/01/2014	22/12/2014

³ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de Unificación Jurisprudencial CE-SUJ2-05 del 25 de agosto de 2016. Consejero Ponente Dr. Carmelo Perdomo Cuéter. Radicación 23001-23-33-000- 2013-00260-01 (0088-2015)

Adicional a lo citado, las actividades ejecutadas por el contratista fueron desarrolladas de manera independiente y autónoma, sin subordinación, tal y como será demostrado en el acápite correspondiente.

Es de resaltar, como ya se mencionó en el numeral anterior que a la fecha ya estarían prescritos las prestaciones que se pudieran derivar de los contratos 165 de 2005, 003 de 2007, 149 de 2008, 076 de 2009, 19 de 2010, 048 de 2011, 182 de 2011, 16 de 2012, 053 de 2013 y 036 de 2014, por lo que en el caso particular y en gracia de discusión el demandante solo podría efectuar reclamación respecto a los aportes pensionales.

Por otra parte, es relevante aclarar y reiterar que el demandante de manera errónea señala que el acto administrativo demandando fue expedido por el Ministerio de Salud y la Protección Social y el Instituto Nacional de Salud, situación que no es cierta.

Así mismo, ante la pretensión del demandante del pago por concepto de dotación, es importante precisar que la ley laboral establece el suministro de dotación a los trabajadores y servidores que devenguen hasta dos (2) salarios mínimos mensuales (SMLMV) y lleven vinculados laboralmente más de tres (3) meses, no siendo este el caso del señor Rubén Darío Gutiérrez Martínez, quien no ha tenido vinculación laboral con el Instituto Nacional de Salud y los honorarios mensuales percibidos por el demandante con ocasión de la ejecución de los contratos de prestación de servicios suscritos con el INS superaron en su momento el monto de dos (2) salarios mínimos legales mensuales (SMLMV).

TERCERA. Me opongo a la pretensión que se contesta, toda vez que el señor **RUBÉN DARÍO GUTIÉRREZ MARTÍNEZ** estuvo vinculado como **contratista** del Instituto Nacional de Salud a través de **contratos de prestación de servicios profesionales** entre los años **2005 y 2014**, bajo las características propias de la Ley 80 de 1993, por los términos temporales estrictamente necesarios y ante la falta de personal de planta para realizar las actividades contratadas, y dado su calidad como profesional en medicina, con especialización en auditoría médica y conocimientos específicos para el desarrollo y ejecución de los contratos suscritos constituyéndose en un apoyo a la gestión.

CUARTA. Me opongo a la pretensión que se contesta, toda vez que el vínculo sostenido entre el Instituto Nacional de Salud y el señor **RUBÉN DARÍO GUTIÉRREZ MARTÍNEZ**, fue de carácter contractual estatal, en consecuencia, conforme a lo previsto en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 41 de la misma disposición, los contratos de prestación de servicios no generan relación laboral, la contraprestación se pacta conforme a los documentos del contrato, por lo que la contraprestación que las partes que se suponen actúan conforme al artículo 83 de la Constitución Política, excluyen prestaciones sociales.

Acceder a la pretensión es, no solo desvirtuar la naturaleza del contrato estatal de prestación de servicios, desconocer la autonomía de la voluntad, la buena fe contractual concurrente de contratante y contratista, sino auspiciar una iniquidad en tanto que el Estado al pagar la contraprestación que le corresponde en el contrato de prestación de servicios, por lo cual si además del honorario recibido, pretende el adicional de lo que se paga al vinculado mediante una relación laboral, se presentaría una sobre remuneración a favor de quien se le pagó el honorario y ahora, adicionalmente, pretende que se le paguen los beneficios de una relación laboral que no fue pactada.

Es de reiterar, como ya se mencionó en los numerales primero y segundo, que a la fecha ya estarían prescritas las prestaciones que se pudieran derivar de los contratos 165 de 2005, 003 de 2007, 149 de 2008, 076 de 2009, 19 de 2010, 048 de 2011, 182 de 2011, 16 de 2012, 053 de 2013 y 036 de 2014, por lo que en el caso particular el demandante solo podría efectuar reclamación respecto a los aportes pensionales.

QUINTA: Me opongo a la pretensión que se contesta, teniendo en cuenta que el señor **RUBÉN DARÍO GUTIÉRREZ MARTÍNEZ** fue contratado a través de un contrato típico estatal, previsto por la Ley 80, con pleno conocimiento y consentimiento de que se requería su apoyo para el funcionamiento del Ministerio, ante la carencia del personal de planta, por

consiguiente, no es procedente que mi representada devuelva las sumas de dinero por concepto de Retención en la Fuente.

Asimismo, reiteramos que la contratación del INS es independiente de la efectuada por el Ministerio de Salud y Protección Social y en los contratos 165 de 2005, 003 de 2007, 149 de 2008, 076 de 2009, 19 de 2010, 048 de 2011, 182 de 2011, 16 de 2012, 053 de 2013 y 036 de 2014, no es parte el Ministerio.

SEXTA: Me opongo a la pretensión que se contesta, pues como ya se ha dejado claro estamos frente a un contrato de prestación de servicios, donde el contratista del Estado tiene la obligación de acreditar el pago de seguridad social al tenor del artículo 50 de la Ley 789 de 2002, que señala que para la celebración, renovación o liquidación por parte de un particular, de contratos de cualquier naturaleza con entidades del sector público, requerirá para el efecto, del cumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones con los aportes de salud, riesgos profesionales y pensiones, entre otros.

SÉPTIMA: Me opongo a la pretensión que se contesta, pues como ya se ha dejado claro estamos frente a un contrato de prestación de servicios, en donde el contratista del Estado tiene la obligación de acreditar el pago de seguridad social al tenor del artículo 50 de la Ley 789 de 2002, que señala que para la celebración, renovación o liquidación por parte de un particular, de contratos de cualquier naturaleza con entidades del sector público, requerirá para el efecto, del cumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones con los aportes de salud, riesgos profesionales y pensiones, entre otros.

OCTAVA: Me opongo a la pretensión que se contesta, toda vez que el vínculo sostenido entre el Instituto Nacional de Salud y el señor **RUBÉN DARÍO GUTIÉRREZ MARTÍNEZ** fue de carácter contractual estatal, en consecuencia, conforme a lo previsto en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 41 de la misma disposición, los contratos de prestación de servicios no generan relación laboral. La contraprestación se pacta conforme a los documentos del contrato que en los estudios previos establece las condiciones del mercado, por lo que la contraprestación que las partes que se suponen actúan conforme al artículo 83 de la Constitución Política, excluyen prestaciones sociales.

Acceder a la pretensión es, no solo desvirtuar la naturaleza del contrato estatal de prestación de servicios, desconocer la autonomía de la voluntad, la buena fe contractual concurrente de contratante y contratista, sino auspiciar una iniquidad en tanto que el Estado al pagar la contraprestación que le corresponde en el contrato de prestación de servicios, paga conforme al estudio de mercado que hace la consideración de aquello que el prestatario de servicios obtiene como beneficios frente a lo que recibe un asalariado (situación jurídica distinta), por lo cual si además del honorario recibido, pretende el adicional de lo que se paga al vinculado mediante una relación laboral, se presentaría una sobre remuneración a favor de quien se le pagó el honorario y ahora, adicionalmente, pretende que se le paguen los beneficios de una relación laboral que no fue pactada.

NOVENA: Me opongo a la presente pretensión que se contesta, teniendo en cuenta que el señor **RUBÉN DARÍO GUTIÉRREZ MARTÍNEZ** fue contratado a través de un contrato típico estatal, previsto por la Ley 80, con pleno conocimiento y consentimiento de que se requería su apoyo para el funcionamiento del Ministerio, ante la carencia del personal de planta, por consiguiente, no es procedente que mi representada devuelva las sumas de dinero por concepto de Retención en la Fuente.

DÉCIMA: Me opongo a la pretensión que se contesta, toda vez que el vínculo sostenido entre el Instituto Nacional de Salud y el demandante fue de carácter contractual estatal, en consecuencia, conforme a lo previsto en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 41 de la misma disposición, los contratos de prestación de servicios no generan relación laboral. La contraprestación se pacta conforme a los documentos del contrato que en los estudios previos establece las condiciones del mercado, por lo que la contraprestación que las partes que se suponen actúan conforme al artículo 83 de la Constitución Política, excluyen prestaciones sociales, por lo que no resulta procedente una condena por el pago de cesantías, como tampoco resulta procedente el pago de la sanción moratoria. En la misma línea de oposición a las pretensiones contestadas, el INS llama respetuosamente la atención

14 de 27

de la jurisdicción sobre la improcedencia de esta condena que solo procedería en vinculación laboral continuada.

DÉCIMA PRIMERA: Me opongo a la pretensión que se contesta, toda vez que, ante la improcedencia de las anteriores declaraciones y condenas, tampoco resulta procedente el pago de ajustes que tratan los artículos 187 y 193 de la Ley 1437 de 2011 dejando claro que el actor solicita tanto la **indexación** en esta pretensión como en la siguiente los **intereses moratorios**, contrariando la jurisprudencia del honorable Consejo de Estado.

Es de precisar que, en repetidas ocasiones el Consejo de Estado ha sostenido la tesis según la cual no es posible **reconocer** el reconocimiento de la **indexación e intereses moratorios**, de estos dos rubros. Esto, fue esgrimido una vez más en la Sentencia identificada con radicado del 16 de agosto de 2018 proferida en el expediente 20001-23-33-000-2014-00313-02 (2633-17) donde afirmó: “(...) *que tanto la indexación como el reconocimiento de intereses moratorios obedecen a la misma causa, cual es la devaluación del dinero, se puede concluir que éstas son incompatibles, por lo tanto, si se ordena el reconocimiento de intereses por mora concomitantemente con la indexación, se estaría condenando a la entidad a un doble pago por la misma causa*”.

DÉCIMA SEGUNDA: Me opongo a la pretensión que se contesta, toda vez que, ante la improcedencia de las anteriores declaraciones y condenas. De conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437, adicionado por artículo 47 de la Ley 2080, se solicita que el condenado a costas sea la parte demandante.

Asimismo, no existen supuestos fácticos ni jurídicos que permitan al fallador decidir ultra y extra petita.

DÉCIMA TERCERA: Me opongo a la pretensión que se contesta, toda vez que, ante la improcedencia de las anteriores declaraciones y condenas, tampoco resulta procedente el pago de **intereses moratorios** frente al eventual incumplimiento del fallo judicial.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. DEL INSTITUTO NACIONAL DE SALUD

El Instituto Nacional de Salud es un Instituto Científico y Técnico, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscrito al Ministerio de Salud y Protección Social perteneciente al Sistema General de Seguridad Social en Salud y al Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación en los términos establecidos en el Decreto No 4109 de 2011 y el Decreto 2774 de 2012.

De acuerdo con lo anterior, el Instituto Nacional de Salud tiene a su cargo los siguientes objetivos: (Decreto 4109 de 2011 art. 3º):

(...) (i) el desarrollo y la gestión del conocimiento científico en salud y biomedicina para *contribuir a mejorar las condiciones de salud de las personas*; (ii) *realizar investigación científica básica y aplicada en salud y biomedicina*; (iii) *la promoción de la investigación científica, la innovación y la formulación de estudios de acuerdo con las prioridades de salud pública de conocimiento del Instituto*; (iv) *la vigilancia y seguridad sanitaria en los temas de su competencia; la producción de insumos biológicos*; y (v) *actuar como laboratorio nacional de referencia y coordinador de las redes especiales, en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud y del Sistema de Ciencia, Tecnología e Innovación* (...).

2. DEL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS

La Ley 80 de 1993, en cuanto a que los contratos de prestación de servicios profesionales dicen expresamente que no generan relación laboral ni prestaciones sociales:

“ARTICULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. 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

15 de 27

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 o jurídicas cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

Estos contratos no generan en ningún caso relación laboral ni prestaciones sociales. Los contratos a que se refiere este ordinal, se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”
(subraya fuera de texto)

El literal h) del numeral 4º del artículo 2 de la Ley 1150 determina que la modalidad de contratación de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, es la directa.

A su vez, el Decreto 1082 de 2015, indica frente a los contratos de prestación de servicios profesionales lo siguiente:

“Artículo 2.2.1.1.2.1.4.9. Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. Las Entidades Estatales pueden contratar bajo la modalidad de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, siempre y cuando la Entidad Estatal verifique la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate. En este caso, no es necesario que la Entidad Estatal haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto debe dejar constancia escrita.

Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la Entidad Estatal, así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales.

(...)” (Subraya fuera de texto)

Es decir que, los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la Entidad Estatal, así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales.

El mismo decreto determina como documentos del proceso los estudios previos (Art. 2.2.1.1.1.3.1) que son el soporte contractual (Art. 2.2.1.1.2.1.1), estos documentos soportan la contratación y explican la necesidad y la modalidad de selección, siendo el soporte de la manifestación de la voluntad de la entidad estatal contratante y la expresión manifiesta de la causa del contrato estatal.

Lo anterior implica que el contrato de prestación de servicios es un instrumento de gestión de la administración pública, con el cual se busca la colaboración de los particulares para alcanzar ciertos fines del estado, distinguiéndose de manera nítida de una relación laboral que se configura con un servidor público en aspectos, tales como:

1. Subordinación como elemento diferenciador entre un vínculo laboral y un contrato de prestación de servicios

En distintos pronunciamientos, el Consejo de Estado ha indicado que hay dos elementos que se comparten entre una relación laboral y otra eminentemente contractual como es el caso del contrato de prestación de servicios suscrito con persona natural, los cuales son: i) la prestación personal del servicio, y ii) la remuneración como contraprestación de dicho servicio. Sin embargo, un tercer elemento es el que marca la diferenciación entre ambas figuras jurídicas cuales la subordinación o dependencia. Es así como en Sentencia del 30 de noviembre de 2006 (exp 6507-05), reiterado en sentencia de unificación del 26 de agosto de 2016 (exp 882015) ha indicado que es el elemento de subordinación o dependencia el que diferencia una relación laboral frente a un contrato de prestación de servicios, a saber:

“En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales ; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.”

Ahora bien, no sólo el Consejo de Estado se ha manifestado frente a los elementos diferenciadores entre un contrato de prestación de servicios y una relación laboral, sino también la Corte Constitucional se ha pronunciado en sentencia C-154 de 1997 al analizar la exequibilidad del numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 indicó lo siguiente:

“El contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. Para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada. Sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.” (Subraya fuera de texto)

Por lo tanto, es evidente que, de acuerdo con la jurisprudencia tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, el elemento diferenciador entre una vinculación laboral y una contratación de prestación de servicios es la subordinación; elemento que no se acredita de manera alguna en el escrito de demanda y que se desdibujará en el desarrollo de los argumentos de esta contestación.

2. Coordinación entre entidad y contratista

Ahora bien, y en relación con la subordinación, se encuentran pronunciamientos que indican que en un contrato de prestación de servicios puede haber coordinación entre la entidad pública y el contratista que no implican necesariamente la configuración del elemento de subordinación, tal y como se ha manifestado por parte del Consejo de Estado⁴ en Sentencia del 9 de febrero de 2012 (exp 1707-08):

“Así mismo, ha sostenido la Corporación que entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación en sus actividades, de manera que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, pero ello no significa necesariamente la configuración del elemento subordinación.

En desarrollo del anterior postulado, la Sección Segunda ha dicho:

“... ”

Aunque a primera vista se puede pensar que el cumplimiento de un horario es de suyo elemento configurativo de la subordinación transformando una relación que ab initio se consideró como contractual en laboral, lo cierto es que en determinados casos el cumplimiento de un horario es sencillamente la manifestación de una concertación contractual entre las partes, administración y particular, para desarrollar el objeto del contrato en forma coordinada con los usos y condiciones generalmente aceptadas y necesarias para llevar a cabo el cumplimiento de la labor.

“... ”

El sub lite se encuadra dentro de tal circunstancia, pues entre el libelista y la entidad accionada hubo una relación de coordinación, que no permite configurar la existencia de

⁴ Ver entre otras la Sentencia del 30 de noviembre de 2006, exp 6507-05; Sentencia del 10 de mayo de 2018, exp 3257-16; Sentencia del 17 de octubre de 2017 (exp 4095-15).

una subordinación, y por tanto, no hay lugar a deducir que en realidad se hubiera encubierto una relación laboral, aun cuando los otros dos (2) elementos, prestación personal del servicio y remuneración si se hallan suficientemente probados en el expediente.” (Subraya fuera de texto)

Por otra parte, la misma corporación en Sentencia del 3 de marzo de 2015 (exp 0560-14) se indica lo siguiente frente al concepto de coordinación entre las partes:

“Constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, además de la existencia de una actividad personal y una remuneración, que el interesado acredite en forma incontrovertible la subordinación y dependencia, y el hecho de que desplegó funciones públicas, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor, siempre y cuando de las circunstancias en que se desarrollaron tales actividades, no se deduzca que eran indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales” (Subraya fuera de texto)

Por lo tanto, según la jurisprudencia relacionada, la existencia de relaciones de coordinación entre las partes son propias de un contrato de prestación de servicios de tal manera que se facilite su cumplimiento por parte del contratista y la respectiva verificación por parte de la entidad de lo pactado, sin que las mismas se configuren en una situación de subordinación por parte de la entidad.

En orden a lo que se expone, la supervisión contractual propia y exclusiva de los contratos estatales que vela por el cumplimiento del objeto contratado (Art. 83 Ley 1474) que permite que el supervisor solicite “*informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual*” (Art. 84 Ibídem) y que atiende lo ordenado por los artículos 4º, 14, 26 de la Ley 80 que otorgan la dirección del contrato a la entidad contratante, no significan subordinación, significan una condición asimétrica entre las partes que permiten entender que el contratista estatal es consciente, al celebrar el contrato, que su actividad está dirigida al “logro de” fines estatales y al cumplimiento de “una función social que, como tal, implica obligaciones”, según lo preceptúa el artículo 3º de la Ley 80.

El contratista estatal está supeditado a la dirección de la entidad contratante pero esa asimetría en la relación, impropia respecto a las relaciones contractuales entre particulares, no indica, no deriva, ni puede confundirse con la subordinación laboral.

La subordinación es consecuencia de una enajenación de la fuerza laboral que permite al adquirente (patrono) determinar las condiciones de tiempo, modo y lugar sobre la forma en que se desempeña el salariado.

La dirección contractual estatal señala niveles de orden en la prestación del servicio, dentro de la autonomía de que goza el contratista quien sigue conservando una libertad no empeñada por el salario que recibe.

Dirigir el contrato estatal no es subordinar laboralmente, es coordinar con el colaborador y prestarle el soporte para que éste coadyuve de manera ordenada a la consecución del fin altruista que se persigue con el apoyo a la función que no puede ser suplida por el personal de planta de la entidad estatal que contrata a quien viene a soportarla en la función social que la ley le asigna.

3. Suscripción de contratos de prestación de servicios cuando no hay personal de planta o éste es insuficiente

El Consejo de Estado ha admitido que a través de contratos de prestación de servicios se cumplan funciones administrativas, pues dicha circunstancia no resulta contraria a la ley. Es así como en Sentencia del 31 de octubre de 2002 (exp 1420-01) se indicó:

“El objeto del contrato de prestación de servicios descrito en el art. 32.3 es desarrollar actividades relacionadas con la ‘administración o funcionamiento de la entidad’. La generalidad de la relación, así como las finalidades generales de la contratación pública del artículo 3.º, comprenden las actividades cotidianas y permanentes de la entidad así

como las excepcionales, lo que derogó la antigua restricción de los arts. 2.º del decreto 2400 de 1968 y 7.º del decreto 1950 de 1973 que excluía de estos contratos el desarrollo de funciones públicas de carácter permanente, estableciendo para este evento la obligación de crear los empleos correspondientes.” (Subraya fuera de texto)

En el mismo sentido, se ha pronunciado la Corte Constitucional en la Sentencia C-154 de 1997 antes relacionada, en donde indica:

“el contrato de prestación de servicios podrá 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”

Frente al particular, se encuentra además lo contenido en el Decreto 1068 de 2015, el cual determina las condiciones en que se pueden suscribir contratos de prestación de servicios:

“Artículo 2.8.4.4.5. Condiciones para contratar la prestación de servicios. Los contratos de prestación de servicios con personas naturales o jurídicas, sólo se podrán celebrar cuando no exista personal de planta con capacidad para realizar las actividades que se contratarán.

Se entiende que no existe personal de planta en el respectivo organismo, entidad, ente público o persona jurídica, es imposible atender la actividad con personal de planta, porque de acuerdo con los manuales específicos, no existe personal que pueda desarrollar la actividad para la cual se requiere contratar la prestación del servicio, o cuando el desarrollo de la actividad requiere un grado de especialización que implica la contratación del servicio, o cuando aun existiendo personal en la planta, éste no sea suficiente, la inexistencia de personal suficiente deberá acreditarse por el jefe del respectivo organismo.

Tampoco se podrán celebrar estos contratos cuando existan relaciones contractuales vigentes con objeto igual al del contrato que se pretende suscribir, salvo autorización expresa del jefe del respectivo órgano, ente o entidad contratante. Esta autorización estará precedida de la sustentación sobre las especiales características y necesidades técnicas de las contrataciones a realizar” (Subraya fuera de texto)

Por lo tanto, de acuerdo con lo anterior, el desarrollo de actividades por parte de un contratista que sean similares a las funciones establecidas por el personal de planta o cuando el personal de planta sea inexistente es perfectamente posible mediando la respectiva acreditación de que trata el Decreto 1068 de 2015.

IV. EXCEPCIONES

i. EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA

El señor Gutierrez pretende a través de la demanda que hoy nos ocupa que se declare la existencia de un contrato realidad desde el 2005 y hasta el 2014 y el consecuente pago de prestaciones sociales.

Lo anterior desconociendo que los contratos de prestación de servicios los celebró con el INS de manera interrumpida, en los años antes mencionados, el primero de ellos hace 17 años y el último hace 8 años, lo cual indudablemente representa la configuración del fenómeno de la prescripción extintiva.

Respecto a la prescripción aplicada al contrato realidad, ha señalado el Consejo de Estado ⁵ que *en materia de derechos laborales de los empleados públicos, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968³² y 102 del Decreto 1848 de 1969³³ (reglamentario del primero), regulan que las acciones que emanen de los*

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de Unificación Jurisprudencial CE-SUJ2-05 del 25 de agosto de 2016. Consejero Ponente Dr. Carmelo Perdomo Cuéter. Radicación 23001-23-33-000- 2013-00260-01 (0088-2015).

derechos consagrados en dichas normas prescriben en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

Particularmente, en cuanto al reconocimiento de la existencia de la relación laboral encubierta a través de un contrato de prestación de servicios, esta Sección, en la mencionada Sentencia de Unificación Jurisprudencial del 25 de agosto de 2016, estipuló las siguientes reglas respecto a la prescripción extintiva de los derechos salariales y prestacionales derivados del contrato realidad:

« [...] 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.

Conforme con lo previsto en la sentencia de unificación jurisprudencial, en su aparte aquí transcrito, se colige lo subsiguiente:

- El término para exigir el reconocimiento de una relación laboral con el Estado es de tres años, contados a partir de la terminación del vínculo contractual, y que pasado dicho tiempo se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella.

- En aquellos casos donde existe interrupción entre los contratos de prestación de servicios y en su ejecución, debe analizarse la prescripción frente a cada uno de ellos, a partir de sus fechas de finalización.

Quiere decir lo anterior, que el plazo para reclamar los derechos prestacionales derivados del presunto periodo de vinculación laboral, de los contratos 165 de 2005, 003 de 2007, 149 de 2008, 076 de 2009, 19 de 2010, 48 de 2011, 182 de 2011, 16 de 2012 y 53 de 2013 cuyo termino de duración fue el 31 de diciembre de 2013, corrió hasta el 1 de enero de 2017.

Luego, afirma el propio demandante en el numeral 10 de sus pretensiones, que el **día 18 de diciembre de 2017** presentó petición de declaratoria de la existencia de la relación laboral, por lo que se concluye que prescribieron las prestaciones sociales que presuntamente se causaron en el periodo entre el 2005 y el 2013.

Dado lo anterior, se solicita al despacho se declare fundada la presente prescripción de conformidad con lo previsto en el artículo 38 de la Ley 2080 de 2021 modificatoria del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

ii. LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

La existencia de un contrato estatal y de un alegado contrato realidad de naturaleza laboral genera un escenario propio de discusión contencioso-administrativa, donde lo que ha de debatirse, para desdecir es la apariencia del contrato estatal para que aflore la realidad del contrato laboral.

Lo anterior, la existencia de un contrato supuestamente aparente (contrato estatal) y un hipotético contrato laboral de naturaleza real, se articula en la institución jurídica de la simulación:

“Simulación es la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo.”⁶

El contrato supuestamente aparente es un artificio que aparece como legal pero no lo es. El maestro de la Universidad de Pisa escribe:

“El que defrauda no contradice las palabras de la ley; al contrario, se atiene respetuosamente a su letra, pero en realidad, va contra el sentido de la disposición, viene a frustrar el fin que tendría el principio jurídico. “Tantum sentetiam offendit et verba reservat”⁷.

Conforme al principio de buena fe que tiene carácter constitucional conforme el artículo 83 y que a nivel legal, en el campo de la contratación, se consagra como criterio de interpretación según lo ordena el artículo 27 de la Ley 80, no se puede presumir la irrealdad y la intención fraudulenta y la apariencia del contrato estatal para simular un contrato laboral.

Así que mediando un contrato que se presume legal, debe atacarse su validez.

“Regla General: La nulidad del acto. De acuerdo con el criterio que hemos adoptado, la sentencia que hace lugar a la simulación debe declarar la nulidad del acto aparente.”⁸

Tal como se expuso, la pretensión de nulidad del contrato aparente tiene un medio de control propio, el de controversias contractuales, a cuyo amparo se pueden elevar pretensiones con contenido declarativo de nulidad del contrato aparente, para que aflore el contrato realidad.

“Se comprende, pues, que desde el punto de vista del ejercicio de la acción, y para concretar mejor los conceptos, se hace necesario que quien lo pretenda, reúna los siguientes requisitos a saber:”

- “1. Titularidad de un derecho subjetivo o de una determinada situación jurídica que merezca ser protegida por el poder público para su normal funcionamiento.*
- 2. La necesidad de invocar la protección del poder público para amparar la existencia y libre desenvolvimiento de tal derecho o el disfrute de la situación jurídica de que se trata;*
- y*
- 3. El perjuicio para quien la invoca, derivado del ataque o desconocimiento del derecho o de la amenaza al mismo, perjuicio que, aunque no llegara a concretarse en guarismos determinados, resulte cierto y apreciable, aunque sea en una forma simplemente abstracta.”⁹*

Así pues, el demandante pretende un restablecimiento de su hipotético derecho laboral ocultado por un contrato aparente estatal que le niega derechos de retribución asalariada a los que no tiene derecho el contratista de las entidades estatales que prestan servicios a favor de su contratante.

Para que la realidad emerja, debe pasarse por la anulación del vínculo aparente. Mientras el contrato estatal que las partes firmaron se mantenga en el ordenamiento jurídico, no puede aparecer el supuesto contrato realidad.

Así que el recurrido lógico es pretender la declaratoria de simulación del contrato estatal, para paso seguido declarar el contrato realidad laboral y posteriormente el restablecimiento del derecho, esto no lo pretende la parte accionante. Mientras no esté desdicho el contrato estatal, este se mantiene dentro del ordenamiento jurídico y produce consecuencias legales.

⁶ Francisco Ferrara, La simulación de los Negocios Jurídicos, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960, Pág. 56.

⁷ Ibídem, Pág. 78-

⁸ Julio Cesar Rivera, Instituciones de Derecho Civil, Parte General, Tomo II, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, en La Simulación de los Actos Jurídicos, compilado por Fernando Quiceno Álvarez, Editora Jurídica de Colombia, 2000, Pág. 172.

⁹ Hellmut E. Suarez M, Simulación, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 1993, Pág. 516.

Mantener el contrato estatal, genera que los actos administrativos que en atención a la existencia y validez del contrato sean correctos en su motivación.

Así que el acto administrativo que se demanda es correcto y su nulidad no puede perseguirse con independencia del soporte jurídico en que se funda.

De esta forma, el acto administrativo demandado no tiene vicios que determinen su nulidad (Inc. 2 del Art. 137 Ley 1437) pues no se puede desconocer lo que en derecho existe, el contrato estatal.

El acto administrativo no podría pasar contra la existencia jurídica de un contrato estatal y dar por cierto un contrato realidad que no existe y que la jurisdicción no ha declarado.

Así que medie el contrato estatal, no se puede cuestionar la invalidez del oficio que se funda en un contrato existente de validez intangible.

Así que a más del error que se enrostra en la primera excepción, surge esta segunda excepción y es que mientras que el contrato estatal se mantenga en el ordenamiento jurídico, el acto administrativo que sobrevenga no puede contradecir en sede administrativa lo que el contrato afirma que es y como es.

De esta forma, la proposición jurídica demandada está incompleta, pues para invalidar el acto administrativo demandado, primero debería declararse la simulación del contrato estatal; mientras que este se mantenga en el ordenamiento jurídico, la motivación y decisión de cualquier petición, se fundamentara en lo pactado por las partes en un contrato estatal que ya adquiere condiciones plenas de certeza, en tanto que los medios de control para su ataque no fueron utilizados en tiempo.

Sumado el a lo expuesto, el principio de presunción de legalidad hace referencia a que las leyes y los actos administrativos se consideran ajustados a derecho mientras no se demuestre lo contrario.

En el ordenamiento jurídico colombiano, el sustento legal de tal principio se encuentra consagrado en el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011, que señala que *“Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.”*

El oficio demandado parte del señor **RUBÉN DARÍO GUTIÉRREZ MARTÍNEZ** debe considerarse acorde con el ordenamiento jurídico en todos los aspectos o elementos que lo conforman, esto es, que los expidió el órgano o funcionario autorizado para ello, con el objeto o contenido previsto en las normas superiores pertinentes y dentro del marco de estas, por las causales o motivos necesarios, con la forma y fines aplicables al caso.

De los argumentos y pruebas obrantes en el expediente se puede demostrar que el oficio **No. 2-1000-2017-006820 FVS del 29 de diciembre de 2017, notificada el 7 de febrero de 2019**, se ajusta a derecho, habida cuenta que fue expedido conforme a la realidad de la vinculación contractual entre el INS y el señor Gutiérrez no resultaban procedentes, conforme lo dispuesto en la Ley 80 de 1993.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que durante la ejecución del contrato no existió pronunciamiento alguno por parte del a contratista que revelara una posible desnaturalización del contrato de prestación de servicios.

Es importante retirar que no existe dentro del acervo probatorio, indicio alguno de que al contratista se le exigiera el cumplimiento de horario o la reposición de horas laborales, y de requerimientos para que permaneciera en las instalaciones de la entidad en oportunidades diferentes a las sesiones de trabajo previamente acordadas; menos aún de exigencia alguna de disponibilidad permanente y dedicación exclusiva para cualquier requerimiento que efectuara el INS, o de que se la hayan asignado actividades similares a las funciones que ejecuta el personal de planta, o que se le pidiera que cumpliera labores para las cuales no fue

22 de 27

contratada, o se solicitara que asistiera a reuniones, citas, entrevistas y demás, diferentes a aquellas que guardaban relación con la labor contratada por servicios.

En igual sentido, no existe prueba, siquiera sumaria de que al contratista se le exigiera pedir autorización para ausentarse de la entidad en las oportunidades en las que de manera espontánea acudía; o que se hubiesen variado las condiciones de tiempo, modo y lugar de la prestación de los servicios contratados, de forma tal que la autonomía del contratista se limitara o se le impusieran restricciones de cualquier índole; o que se le exigiera que se sujetara al reglamento de personal, que fuera objeto de evaluaciones o calificaciones de desempeño, amonestaciones o sanciones disciplinarias, entre otras que pudieran indicar cualquier tipo de subordinación.

En este punto es preciso señalar que en ninguno de los informes de ejecución del contrato se hace referencia a anomalía alguna en su ejecución, y que ello obedeció a la inexistencia de este tipo de situaciones. Ahora bien, si se pensara que la falta de aviso de cualquier situación anómala en relación del contrato obedeció a un tema de temor o a una posición de minusvalía del contratista, basta con reiterar que el contratista prestaba un servicio especializado, que el INS requería, y que, en consecuencia, le permitía desempeñarse en condiciones de equilibrio contractual.

Es claro que ni en la demanda ni en las pruebas aportadas existe exposición de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que según el dicho del a contratista percibía directamente los mandatos de los jefes inmediatos, o las consecuencias que acarrearba para el demandante apartarse de dichas órdenes, ni menos aún, de la existencia de otros profesionales que cumplieran con las acciones para las cuales fue contratado.

Estos argumentos resultan importantes, toda vez que en la Jurisdicción Contencioso Administrativa la carga de la prueba le corresponde a la demandante, por lo que el señor Gutiérrez debe probar cada una de las afirmaciones realizadas en el escrito de la demanda para desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo.

iii. DE LA INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO POR EL DEMANDANTE:

Se debe tener en cuenta por su señoría que los Contratos de Prestación de Servicios celebrados entre el INSTITUTO NACIONAL DE SALUD -INS- con el Demandante se rigieron por la Ley 80 de 1993 y de más normas aplicables, donde encontramos expresamente que el Contrato de prestación de servicios es una clase de contrato el cual puede ser celebrado por las diferentes entidades del Estado y el cual debía regirse expresamente por el estatuto en mención.

Teniendo en cuenta lo anterior, me opongo a la prosperidad de las pretensiones formuladas por el demandante, puesto que se estaría trasgrediendo la voluntad del legislador plasmada en el Decreto Ley 222 de 1983 y de más normativa aplicable y por lo tanto configurándose una violación directa a la ley.

Es preciso recordar que la relación legal que existió entre la Demandante y el INS solamente se constituyó en la prestación de Servicios Profesionales a la entidad en para el desarrollo de unas auditorías externas, y que se ejecutó bajo las disposiciones legales vigentes, cumpliendo con los presupuestos de la prestación de servicios profesionales y sus diferencias con el contrato de trabajo que como lo manifestó la Corte Constitucional en Sentencia C-154 de 1997:

“(....) Características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo.

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 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 (...)"

En el caso sub-lite, el INSTITUTO NACIONAL DE SALUD-INS- suscribió los contratos de prestación de servicios con el demandante en razón a sus conocimientos profesionales cumpliendo con los requisitos exigidos por la legislación colombiana para la celebración de este tipo de contratos, no existió subordinación ni dependencia como lo pretende hacer ver el demandante, pues la SUPERVISIÓN es un elemento constitutivo del contrato de prestación de servicios sin el cual éste no podría existir.

Término de interrupción de la solución de continuidad en los contratos de prestación de servicios 1. En la Sentencia de Unificación No. 2013-01143, el Consejo de Estado, frente a la solución de continuidad de los contratos de prestación de servicios, precisó que la noción de solución de continuidad significa interrupción. "Es decir, que cuando se habla de solución de continuidad se debe entender configurada la interrupción del periodo de prestación de servicios; mientras que la no (sin) solución de continuidad equivale a la existencia de una unidad de vínculo contractual, cuando la relación permanece ininterrumpidamente causándose". 2. De conformidad con lo anterior, debe entenderse por solución de continuidad en los contratos de prestación de servicios, la interrupción o detención de la relación contractual, entre la celebración de uno y otro contrato, con identidad de persona, objeto y actividades, que rompe la unidad del vínculo contractual. 3. El Consejo de Estado, a través de la sentencia de unificación bajo examen, determinó que el límite temporal para que opere la solución de continuidad entre los contratos de prestación de servicios, es de treinta (30) días hábiles. 4. Lo anterior implica que, si transcurre el término mínimo de los treinta (30) días hábiles entre un contrato y otro, se considera que dichas relaciones son prima facie independientes, por lo cual el demandante estará obligado a probar los demás elementos de la supuesta relación de trabajo que alega, entre estos, la subordinación continuada. 5. El límite temporal establecido por la alta corporación no supone una prohibición para celebrar contratos de prestación de servicios de manera sucesiva, antes del término de 60 días hábiles, toda vez que este término se establece con el fin de tener un marco de referencia para el cómputo de la prescripción de los derechos reclamados, en aquellos eventos donde se determine por parte del operador judicial la verdadera existencia de una relación laboral. 6. La suscripción de contratos sucesivos de prestación de servicios, con similitud o identidad de objeto, personas y actividades, no constituye per se un hecho indicador ni prueba de una relación laboral subyacente. Para que se configure un contrato realidad se debe probar por parte del demandante la existencia de los tres elementos constitutivos de una relación laboral, a saber: (i) la actividad personal del

trabajador; (ii) la continuada subordinación; y (iii) la retribución o remuneración del servicio. 7. En los casos en los cuales el operador judicial establezca la no solución de continuidad entre diversos contratos de prestación de servicios, significa que no se presenta una ruptura de la unidad contractual. Los efectos de dicha declaración hacen que no se configure la prescripción de los derechos que se puedan emanar de cada uno de los vínculos contractuales.

iv. INEXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL CONTRATO REALIDAD Y LA RELACIÓN LABORAL

De las pruebas aportadas al procesos se desprende que el INSTITUTO NACIONAL DE SALUD, ha actuado en observancia de las instrucciones que le han sido designadas y en concordancia con los postulados normativos vigentes para la época de los hechos, lo que fue de conocimiento del contratista desde el momento de la suscripción los contratos de prestación de servicios con la Entidad, por lo que claramente no existen los tres elementos constitutivos de una relación laboral, a saber: (i) la actividad personal del trabajador; (ii) la continuada subordinación; y (iii) la retribución o remuneración del servicio.

Así las cosas, las actividades ejecutadas por el contratista fueron desarrolladas de manera independiente y autónoma, sin subordinación.

La Ley 80 de 1993 señala que existe una relación contractual cuando: “i) se acuerde la prestación de servicios relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad pública, ii) no se pacte subordinación porque el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, iii) se acuerde un valor por honorarios prestados y, iv) la labor contratada no pueda realizarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados.”, para este último punto y para celebrar un contrato de prestación de servicios, es requisito sine qua non contar con la certificación referida en el artículo Artículo 2.8.4.4.5 del Decreto 1068 de 2015, que establece:

“(…)

Artículo 2.8.4.4.5. Condiciones para contratar la prestación de servicios. Los contratos de prestación de servicios con personas naturales o jurídicas, sólo se podrán celebrar cuando no exista personal de planta con capacidad para realizar las actividades que se contratarán.

Se entiende que no existe personal de planta en el respectivo organismo, entidad, ente público o persona jurídica, es imposible atender la actividad con personal de planta, porque de acuerdo con los manuales específicos, no existe personal que pueda desarrollar la actividad para la cual se requiere contratar la prestación del servicio, o cuando el desarrollo de la actividad requiere un grado de especialización que implica la contratación del servicio, o cuando aun existiendo personal en la planta, éste no sea suficiente, la inexistencia de personal suficiente deberá acreditarse por el jefe del respectivo organismo.

Tampoco se podrán celebrar estos contratos cuando existan relaciones contractuales vigentes con objeto igual al del contrato que se pretende suscribir, salvo autorización expresa del jefe del respectivo órgano, ente o entidad contratante. Esta autorización estará precedida de la sustentación sobre las especiales características y necesidades técnicas de las contrataciones a realizar.

(…)”

v. INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD

El artículo 2344 del Código Civil Colombiano, aplicable al caso específico establece: “**RESPONSABILIDAD SOLIDARIA.** Si de un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350 y 2355.

Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso”.

En este punto es preciso aclarar al Despacho que el Instituto Nacional de Salud es una entidad adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, sin embargo ambas entidades son distintas y su contratación es individual, por lo que no existe solidaridad entre ella como falsamente lo trata de afirmar el apoderado del demandante.

vi. LA INNOMINADA

Con todo respeto se solicita a la señora Juez, dar aplicabilidad a cualquier otra excepción que encuentre probada.

V. PETICIÓN

Por las razones de orden constitución y legal y de competencias expuestas, solicito al señora Juez **NEGAR** las pretensiones de la demanda y en su lugar declarar **PROBADAS** las excepciones presentadas por el Instituto Nacional de Salud.

Condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandante.

VI. PRUEBAS

Documentales:

Sírvase señor Juez tener como pruebas documentales las siguientes:

1. Prueba 1. Acta de liquidación contrato 165-2005
2. Prueba 2. Acta de liquidación CPS 003-2007
3. Prueba 3. Acta de liquidación CPS 149-2008
4. Prueba 4. Acta de liquidación CPS 076-2009
5. Prueba 5. Acta de liquidación CPS 019-2010
6. Prueba 6. Acta de liquidación CPS 048-2011
7. Prueba 7. Acta de liquidación CPS 182-2011
8. Prueba 8. Certificación final de cumplimiento CPS 016-2012
9. Prueba 9. Certificación final de cumplimiento CPS 053 de 2013
10. Prueba 10. Certificación final de cumplimiento CPS 036-2014
11. Prueba 11. Contrato No. 165-2005
12. Prueba 12. Contrato No. 003-2007
13. Prueba 13. Contrato No. 149-2008
14. Prueba 14. Contrato No. 076-2009
15. Prueba 15. Contrato No. 019-2010
16. Prueba 16. Contrato No. 048-2011
17. Prueba 17. Contrato No. 182-2011
18. Prueba 18. Contrato No. 016 de 2012
19. Prueba 19. Contrato No. 053 de 2013
20. Prueba 20. Contrato No. 036 de 2014
21. Prueba 21. Informe actividades contrato No.165-2005
22. Prueba 22. Informe de actividades contrato No. 003-2007
23. Prueba 23. Informe de actividades contrato No.149-2008
24. Prueba 24. Informe de actividades contrato No. 076-2009
25. Prueba 25. Informe de supervisión contrato No. 048-2011
26. Prueba 26. Informe de supervisión contrato No. 182-2011
27. Prueba 27. Informe de actividades contrato No. 016-2012
28. Prueba 28. Informe de actividades contrato No. 053-2013
29. Prueba 29. Informe de actividades contrato No. 036-2014

- 30. Prueba 30. Propuesta de servicios profesionales.
- 31. Prueba 31. Certificado de inexistencia en planta.
- 32. Prueba 32. Certificación del área administrativa donde se indica que no hay registros de asignación de equipos de cómputo y elementos de oficina al señor Rubén Darío Gutiérrez Martínez.

Testimonio:

El Dr. Mauricio Beltrán quien para la época de los hechos se desempeñaba como Director de redes en salud pública y puede rendir testimonio de sobre la vinculación contractual que tuvo el demandante con el INS. El Dr. Beltrán puede ser contactado al correo electrónico mao272002@yahoo.com.

Nota: Frente a la solicitud de testimonio de la señora María Angélica Salinas Nova solicitado por el demandante, respetuosamente pedimos a su señoría sea rechazado, toda vez que entre ellos media un vínculo conyugal que indudablemente genera un conflicto de interés y le resta valor probatorio a este testigo, para lo cual anexamos declaración juramentada de bienes y rentas suscrita por la señora María Angélica Salinas Nova, en la cual declara bajo la gravedad del juramento tener sociedad conyugal o de hecho vigente, con el señor Rubén Darío Gutiérrez Martínez.

VII. ANEXOS.

- 1. Documentos que acreditan la representación judicial y administrativa del Instituto Nacional de Salud a la suscrita Jefe (E) de la Oficina Asesora Jurídica.
- 2. Lo descrito en el acápite de pruebas.

VIII. NOTIFICACIONES.

Mí representada y la suscrita apoderada, en la ciudad de Bogotá D.C. en la dirección Av. Calle 26 No 51 - 20 CAN, tel. 2207700 Ext. 1109, correo electrónico: procesosjudiciales@ins.gov.co. Celular: 3003836211.

Atentamente,



DIANA MARCELA URIBE PANESSO

C.C. No. 52.859.826 de Bogotá

T.P. No. 208.783 del C.S. de la J.



**Señora Juez
LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez, 17 Administrativo de Bogotá
Ciudad.**

**PROCESO: 11001333501720220012400
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD – NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL
DRECHO.**

**DEMANDANTE: RUBEN DARIO GUTIERREZ MARTINEZ
DEMANDADO: INSTITUTO NACIONAL DE SALUD -INS- NACIÓN - MINISTERIO
DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL.**

SANDRA DEL PILAR VELANDIA, mayor de edad, vecino de esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía número **20.637.807** expedida en Gacheta, Cundinamarca abogada en ejercicio, con tarjeta profesional No. **161.099** del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en nombre y representación de la **NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**, de acuerdo al poder general otorgado mediante escritura pública No. 822 del 12 de Febrero de 2020, actuando dentro de la oportunidad legal, me permito dar contestación a la demanda instaurada por el señor **RUBEN DARIO GUTIERREZ MARTINEZ** de conformidad a lo preceptuado en el artículo 175 del CPACA, en los siguientes términos:

I. A LOS HECHOS

Con el debido respeto manifestó al Honorable Despacho que dentro de la oportunidad procesal me opongo a todos los hechos presentados por la parte actora, teniendo como fundamento la falta de legitimación en la causa por pasiva que le asiste a mi prohijada, como quiera que, se están imputando actos y hechos ajenos a las funciones atribuidas en el Decreto 4107 de 2011, tal y como lo prevé el artículo 121 de la Constitución Nacional¹.

En tal sentido debe señalarse que a este Ministerio no le consta lo manifestado por la parte actora, habida cuenta que el Ministerio de Salud y Protección Social no sostuvo ninguna clase de relación comercial, laboral, contractual ni legal con el señor **RUBEN DARIO GUTIERREZ MARTINEZ**.

Así mismo, no cuenta con los elementos probatorios de carácter factico que le permitan confirmar o desmentir los hechos.

II. A LAS PRETENSIONES

Me opongo a que se efectúe cualquier tipo de declaración o condena en contra del Ministerio de Salud y Protección Social, por cuanto, las pretensiones que se solicitan



en la demanda, carecen de fundamento teniendo en cuenta que mi representada Ministerio de Salud no tuvo ningún tipo de injerencia en el vínculo contractual que tenga, o haya tenido el demandante con el Instituto Nacional de Salud; atendiendo son entidades distintas y dicho Instituto cuenta con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio lo que hace que sea sujeto de derechos y en este caso obligaciones totalmente independientes del actuar de mi representada. Valga mencionar que el **Artículo 121. De la Constitución Política de Colombia: Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.**

Con fundamento en lo anterior y de acuerdo con las razones de hecho y de derecho; concretamente frente a la naturaleza jurídica de mi representada que indica que no están relacionadas directa ni indirectamente con lo pretendido por el accionante como más adelante desarrollaré, las cuales soportan y demuestran legalmente que el ente Ministerial demandado no es administrativa, solidaria ni patrimonialmente responsable, de las relaciones contractuales, comerciales y demás que adquiera o llegase a adquirir el **INSTITUTO NACIONAL DE SALUD** en el ejercicio de sus funciones ya que lo hace bajo su propia personería jurídica y su autonomía presupuestal y administrativa ya que el Ministerio nada tuvo que ver en la contratación del demandante RUBEN DARIO GUTIERREZ MARTINEZ .

De igual forma es pertinente reiterar al Despacho, que lo solicitado por el extremo activo no tiene soporte que demuestre que mi representada ha tenido algún tipo de intervención o relación que derive consecuencia jurídica alguna de parte de esta cartera Ministerial, ya que se reitera es el INSTITUTO NACIONAL DE SALUD, bajo su propia disposición con su personería jurídica, presupuestal y autonomía administrativa quien contrata el personal que a bien considere de acuerdo a sus lineamientos y necesidades del servicio, sin que para ello el Ministerio de Salud y Protección Social tenga incidencia alguna.

De otra parte, en lo relativo a las pretensiones relacionadas con el medio de control contemplado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, no son del resorte de mi representada y son hechos totalmente ajenos al Ministerio de Salud y Protección Social. En ese orden de ideas, las pretensiones no deben prosperar.

III. ARGUMENTOS Y RAZONES DE DERECHO DE LA DEFENSA.

DE LA NATURALEZA Y FUNCIONES DE LAS ENTIDADES DEMANDADAS DEL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL.

De conformidad con la Constitución Política vigente, Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República Unitaria, Descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa, como lo afirma el artículo 1º, de la misma. La descentralización



es el fenómeno jurídico - administrativo por medio del cual se otorga competencia o funciones a personas públicas diferentes a los órganos centrales del Estado, para que ejerzan en su propio nombre y bajo su responsabilidad las tareas que la ley les asigne.

El Ministerio de Salud y Protección Social es un organismo perteneciente a la Rama Ejecutiva del poder público, cuyas funciones se encuentran expresamente consagradas en las disposiciones legales, especialmente en las contenidas en las Leyes 10 de 1990, 100 de 1993, 489 de 1998 y Decreto 4107 de 2011 y tiene como objetivos dentro del marco de sus competencias, formular, adoptar, dirigir, coordinar, ejecutar y evaluar la política pública en materia de salud, salud pública, y promoción social en salud, y participar en la formulación de las políticas en materia de pensiones, beneficios económicos periódicos y riesgos profesionales, lo cual se desarrollará a través de la institucionalidad que comprende el sector administrativo, adicionalmente dirigirá, orientará, coordinará y evaluará el Sistema General de Seguridad Social en Salud y el Sistema General de Riesgos Profesionales, en lo de su competencia, adicionalmente formulará, establecerá y definirá los lineamientos relacionados con los sistemas de información de la Protección Social.

El Ministerio de Salud y Protección Social, además de las funciones determinadas en la Constitución Política y en el artículo 59 de la Ley 489 de 1998 tiene asignadas las siguientes:

“1. Formular la política, dirigir, orientar, adoptar y evaluar los planes, programas y proyectos del Sector

Administrativo de Salud y Protección Social.

2. Formular la política, dirigir, orientar, adoptar y evaluar los planes, programas y proyectos en materia de Salud

y Protección Social.

3. Formular la política, dirigir, orientar, adoptar y evaluar la ejecución, planes, programas y proyectos del

Gobierno Nacional en materia de salud, salud pública, riesgos profesionales, y de control de los riesgos

provenientes de enfermedades comunes, ambientales, sanitarias y psicosociales, que afecten a las personas, grupos, familias o comunidades.

4. Formular, adoptar, coordinar la ejecución y evaluar estrategias de promoción de la salud y la calidad de vida, y de prevención y control de enfermedades transmisibles y de las enfermedades crónicas no transmisibles.

5. Dirigir y orientar el sistema de vigilancia en salud pública.



- 6. Formular, adoptar y coordinar las acciones del Gobierno Nacional en materia de salud en situaciones de emergencia o desastres naturales.*
- 7. Promover e impartir directrices encaminadas a fortalecer la investigación, indagación, consecución, difusión y aplicación de los avances nacionales e internacionales, en temas tales como cuidado, promoción, protección, desarrollo de la salud y la calidad de vida y prevención de las enfermedades.*
- 8. Formular y evaluar las políticas, planes, programas y proyectos en materia de protección de los usuarios, de promoción y prevención, de aseguramiento en salud y riesgos profesionales, de prestación de servicios y atención primaria, de financiamiento y de sistemas de información, así como los demás componentes del Sistema General de Seguridad Social en Salud.*
- 9. Formular, adoptar y evaluar la política farmacéutica, de medicamentos, de dispositivos, de insumos y tecnología biomédica, y establecer y desarrollar mecanismos y estrategias dirigidas a optimizar la utilización de los mismos.*
- 10. Establecer los mecanismos para adelantar negociaciones de precios de medicamentos, insumos y dispositivos médicos.*
- 11. Formular y evaluar la política de talento humano en salud, en coordinación con las entidades competentes, que oriente la formación, ejercicio y gestión de las profesiones y ocupaciones en salud.*
- 12. Dirigir, organizar, coordinar y evaluar el servicio social obligatorio de los profesionales y ocupaciones del área de la salud.*
- 13. Definir los requisitos que deben cumplir las entidades promotoras de salud e instituciones prestadoras de servicios de salud para obtener la habilitación y acreditación.*
- 14. Regular la oferta pública y privada de servicios de salud, la organización de redes de prestación de servicios y establecer las normas para la prestación de servicios y de la garantía de la calidad de los mismos, de conformidad con la ley.*
- 15. Participar en la formulación y evaluación de las políticas, planes, programas y proyectos en materia de pensiones, beneficios económicos y otras prestaciones.*
- 16. Participar en la formulación y evaluación de la política para la definición de los sistemas de afiliación, protección al usuario, aseguramiento y sistemas de información en pensiones.*
- 17. Formular la política de salud relacionada con el aseguramiento en riesgos profesionales y coordinar con el Ministerio de Trabajo su aplicación.*
- 18. Formular y evaluar la política para la definición de los sistemas de afiliación, garantía de la prestación de los servicios de salud y sistemas de información en Riesgos Profesionales.*



19. Formular y evaluar las políticas, planes, programas y proyectos en materia de promoción social a cargo del Ministerio.

20. Realizar los estudios y el análisis de viabilidad, estabilidad y equilibrio financiero de los recursos asignados a la salud y promoción social a cargo del Ministerio.

21. Administrar los recursos que destine el Gobierno Nacional para promover la sostenibilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando quiera que no exista norma especial que los regule o reglamente, ni la administración se encuentre asignada a otra entidad.

22. Constituir con otras personas jurídicas de derecho público o privado, asociaciones, fundaciones o entidades que apoyen o promuevan el cumplimiento de las funciones o fines inherentes al Ministerio de Salud y Protección

Social, así mismo, destinar recursos de su presupuesto para la creación, funcionamiento e inversión del Instituto de Evaluación de Tecnologías en Salud de que trata el artículo 92 de la Ley 1438 de 2011 o al de las asociaciones, fundaciones o entidades que constituya.

23. Definir y reglamentar los sistemas de información del Sistema de Protección Social que comprende afiliación, recaudo, y aportes parafiscales. La administración de los sistemas de información de salud se hará en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

24. Promover acciones para la divulgación del reconocimiento y goce de los derechos de las personas en materia de salud, promoción social, y en el cuidado, protección y mejoramiento de la calidad de vida.

25. Promover, de conformidad con los principios constitucionales, la participación de las organizaciones comunitarias, las entidades no gubernamentales, las instituciones asociativas, solidarias, mutuales y demás participantes en el desarrollo de las acciones de salud.

26. Promover la articulación de las acciones del Estado, la sociedad, la familia, el individuo y los demás responsables de la ejecución de las actividades de salud, riesgos profesionales y promoción social a cargo del Ministerio.

27. Promover el estudio, elaboración, seguimiento, firma, aprobación, revisión jurídica y la ratificación de los tratados o convenios internacionales relacionados con salud, y promoción social a cargo del Ministerio, en coordinación con las entidades competentes en la materia.

28. Proponer y desarrollar, en el marco de sus competencias, estudios técnicos e investigaciones para la formulación, implementación y evaluación de políticas, planes, programas y proyectos en materia de salud y promoción social a cargo del Ministerio.

29. Asistir técnicamente en materia de salud, y promoción social a cargo del Ministerio, a las entidades u organismos descentralizados territorialmente o por servicios.



30. Preparar las normas, regulaciones y reglamentos de salud y promoción social en salud, aseguramiento en salud y riesgos profesionales, en el marco de sus competencias.

31. Administrar los fondos, cuentas y recursos de administración especial de protección social a cargo del Ministerio.”

Así mismo, determinó para este la dirección, coordinación y evaluación del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) y el Sistema General de Riesgos Profesionales, en lo de su competencia. Adicionalmente le asignó lo referente a la formulación, establecimiento y definición de los lineamientos relacionados con los sistemas de información de la Protección Social.

DEL INSTITUTO NACIONAL DE SALUD.

El Instituto Nacional de Salud está organizado como un establecimiento público de la Rama Ejecutiva del orden nacional que tiene como objetivo promover, orientar, ejecutar y coordinar la investigación científica en salud y en biomedicina; desarrollar, aplicar y transferir ciencia y tecnología en las áreas de su competencia; actuar como laboratorio de referencia nacional; coordinar técnicamente la red nacional de laboratorios de salud pública en las áreas de su competencia, y desarrollar, producir y distribuir productos biológicos, químicos, biotecnológicos y reactivos de diagnóstico biomédico, en el marco del Sistema de Seguridad Social en Salud y del Sistema de Ciencia, Tecnología e Innovación.

Que para una articulación coherente de la entidad con los Sistemas de Seguridad Social en Salud y el de Ciencia, Tecnología e Innovación, y en orden a lograr mayor eficiencia y eficacia en el cumplimiento de su objeto y funciones, se requiere cambiar su naturaleza jurídica para organizarlo como un instituto de ciencia y tecnología que permita adelantar una adecuada gestión del conocimiento científico en salud y biomedicina, con el fin de mejorar las condiciones de salud de las personas.

Que el literal e) del artículo 18 de la Ley 1444 de 2011 confiere facultades extraordinarias al presidente de la República para cambiar la naturaleza jurídica de los establecimientos públicos y establecer su objetivo y estructura, facultades que se ejercerán parcialmente para el Instituto Nacional de Salud.

Es así como el Decreto 4109 de 2011 Decreta:

ARTÍCULO 1°. Naturaleza jurídica. Cámbiese la naturaleza jurídica del Instituto Nacional de Salud - INS de establecimiento público a Instituto Científico y Técnico, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, que se continuará denominando Instituto Nacional de Salud - INS, adscrito al Ministerio de Salud y Protección Social. El Instituto pertenecerá al Sistema General de Seguridad Social en Salud y al Sistema Nacional de



Ciencia, Tecnología e Innovación en los términos establecidos en la ley y en el presente Decreto.

ARTÍCULO 2°. *Domicilio.* El Instituto Nacional de Salud - INS, tiene jurisdicción en todo el territorio nacional. El domicilio sede de sus órganos administrativos principales es la ciudad de Bogotá, D. C.

ARTÍCULO 3°. *Objeto.* Como consecuencia del cambio de naturaleza el Instituto Nacional de Salud - INS, en su carácter de autoridad científico técnica tendrá como objeto: (i) el desarrollo y la gestión del conocimiento científico en salud y biomedicina para contribuir a mejorar las condiciones de salud de las personas; (ii) realizar investigación científica básica y aplicada en salud y biomedicina; (iii) la promoción de la investigación científica, la innovación y la formulación de estudios de acuerdo con las prioridades de salud pública de conocimiento del Instituto; (iv) la vigilancia y seguridad sanitaria en los temas de su competencia; la producción de insumos biológicos; y (v) actuar como laboratorio nacional de referencia y coordinador de las redes especiales, en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud y del Sistema de Ciencia, Tecnología e Innovación.

ARTÍCULO 4°. *Funciones.* En desarrollo de su objeto, el Instituto Nacional de Salud, INS, cumplirá las siguientes funciones:

1. Generar, desarrollar, aplicar y transferir el conocimiento científico sobre la naturaleza, la etiología, las causas, la fisiopatología, la patogénesis, la epidemiología y los riesgos de enfermedades de prioridad en salud pública, que permita acelerar el uso de ese conocimiento en estrategias de predicción, prevención, diagnóstico, tratamiento y control oportunos para el beneficio de la salud de la población humana.
2. Dirigir la investigación y gestión del conocimiento en salud pública, de conformidad con las políticas, planes y lineamientos del Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación y del Ministerio de Salud y Protección Social.
3. Promover, dirigir, ejecutar y coordinar investigación científica en biomedicina.
4. Participar y prestar asesoría en la formulación de normas científico-técnicas y procedimientos técnicos en salud pública.
5. Dirigir, diseñar y desarrollar investigaciones epidemiológicas, experimentales y de desarrollo tecnológico, de acuerdo con las necesidades y las políticas en materia de salud pública, para la comprensión, prevención, diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, de conformidad con las competencias asignadas al Instituto.
6. Promover, coordinar, dirigir y realizar estudios e investigaciones destinadas a evaluar la eficiencia de las intervenciones para mejorar la salud pública, en el marco de las competencias de la entidad.



7. Crear y articular una red de centros de investigación científico-técnicos en materia de salud pública, en la cual participen todas las entidades que desarrollen actividades de investigación, validación y transferencia de tecnología en ciencias de la salud pública, con el fin de contribuir al aprovechamiento racional de toda la capacidad científica de que disponga el país en este campo.
8. Ejercer las funciones del Observatorio Nacional de Salud conforme a los artículos 8° y 9° de la Ley 1438 de 2011.
9. Diseñar e implementar, en lo de su competencia, el modelo operativo del Sistema de Vigilancia y Seguridad Sanitaria en el Marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud.
10. Emitir conceptos sobre clasificación toxicológica y evaluación del riesgo de toxicidad, de plaguicidas que vayan a ser utilizados en el país, función que asumirá el Instituto en los términos y plazos señalados en el decreto de reorganización del Ministerio de Salud y Protección Social.
11. Participar en la planeación, desarrollo y coordinación de los sistemas de información en salud pública, en coordinación con el Ministerio de Salud y Protección Social, las entidades territoriales y demás entidades del sistema de salud.
12. Formular, proponer y controlar, en el marco de sus competencias, la ejecución de programas de prevención, promoción y protección de la salud pública.
13. Elaborar los diagnósticos que determinen eventuales riesgos en salud pública, que estén asociados a desastres de cualquier tipo u origen.
14. Coordinar y articular, en el ámbito de sus competencias, las acciones de evaluación, superación y mitigación de los riesgos que afecten la salud pública, con las entidades nacionales y territoriales.
15. Promover, orientar y realizar actividades de capacitación en competencias del recurso humano que presta servicios en Salud Pública, de conformidad con la política del Gobierno Nacional.
16. Promover la participación de los laboratorios e instituciones que realicen análisis de interés en salud pública en los programas de evaluación externa del desempeño para incentivar el mejoramiento de la calidad de las pruebas que realicen dichos laboratorios.
17. Coordinar y asesorar la Red Nacional de Laboratorios de Salud Pública, Red de Bancos de Sangre y Servicios de Transfusión y Red Nacional de Donación y Trasplantes de Órganos y Tejidos, en asuntos de su competencia y servir como laboratorio nacional de salud pública y de referencia.



18. Definir estrategias e impulsar y coordinar los planes y programas de transferencia de tecnología y de asistencia técnica para la Red Nacional de Laboratorios de Salud Pública, Red de Bancos de Sangre y Servicios de Transfusión y Red Nacional de Donación y Trasplantes de Órganos y Tejidos, en coordinación con el Ministerio de Salud y Protección Social.

19. Participar en la evaluación de tecnologías en salud pública, en lo de su competencia.

20. Investigar, desarrollar, producir, comercializar y proveer bienes y servicios esenciales en salud pública, de conformidad con los parámetros establecidos por el Ministerio de Salud y Protección Social, de manera directa o mediante alianzas o asociaciones estratégicas.

21. Participar en coordinación con el Ministerio de Salud y Protección Social en el diseño y ejecución de programas y actividades destinados a prevenir, reducir o atender los efectos sobre la salud producidos por desastres, calamidades o emergencias, en articulación con las autoridades del Sistema Nacional de Prevención y Atención de Desastres, SINPAD.

22. Participar con las agencias especializadas u otras entidades, en el marco de las formas asociativas o de cooperación previstas por las normas propias del régimen de ciencia, tecnología e innovación.

23. Las demás funciones que le asigne la ley.

ARTÍCULO 5°. *Patrimonio y Recursos.* El patrimonio del Instituto está constituido por:

1. Los aportes que reciba del Presupuesto General de la Nación.

2. Los bienes, derechos y recursos que la Nación y las entidades descentralizadas territorialmente o por servicios, de cualquier orden, le transfieran a cualquier título.

3. Las utilidades generadas por la participación del Instituto en sociedades, corporaciones y sociedades industriales y comerciales del Estado.

4. Los ingresos que obtenga por concepto de prestación de servicios técnicos y científicos, así como de la comercialización de bienes y servicios.

5. El producto de las donaciones, legados, asignaciones, aportes en especie o en industria y subvenciones que reciba el Instituto de entidades públicas y privadas, nacionales e internacionales y de personas naturales.

6. Los recursos por el usufructo de las patentes y las regalías que se reciban por concepto de descubrimientos o inventos.

7. Los recursos del Fondo Especial para Investigaciones.

8. Los demás recursos que señale la ley.



PARÁGRAFO. El Fondo Especial para Investigaciones continuará rigiéndose por lo dispuesto en los artículos 16, 17 y 18 del Decreto-ley 1291 de 1994.

DIRECCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

ARTÍCULO 6°. Órganos de dirección y administración. La dirección y administración del Instituto Nacional de Salud - INS estará a cargo del Consejo Directivo y de un Director General quien será el representante legal, de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República.

ARTÍCULO 7°. Integración del Consejo Directivo. El Consejo Directivo del Instituto Nacional de Salud, INS, estará integrado por los siguientes miembros:

- 1. El Ministro de Salud y Protección Social o su delegado que deberá ser el Viceministro de Salud Pública y Prestación de Servicios, quien lo presidirá.*
- 2. El Director del Departamento Nacional de Planeación o su delegado.*
- 3. El Director del Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación - Colciencias o su delegado.*
- 4. El Director General de Promoción y Prevención del Ministerio de Salud y Protección Social.*
- 5. Un representante de la Comunidad Científica, designado por el Presidente de la República para periodos de tres (3) años, de terna presentada por el Consejo del Programa Nacional de Ciencia y Tecnología en Salud.*

PARÁGRAFO. El Director General del Instituto asistirá a las reuniones ordinarias y extraordinarias del Consejo Directivo, con derecho a voz, pero sin voto. El Secretario General del Instituto o quien haga sus veces, desempeñará las funciones de Secretario del Consejo Directivo.

ARTÍCULO 8°. Funciones del Consejo Directivo. El Consejo Directivo del Instituto Nacional de Salud, INS, cumplirá las siguientes funciones:

- 1. Formular recomendaciones y directrices en materia de ciencia y tecnología que promuevan la gestión del conocimiento, la investigación científica y la innovación en el marco de los objetivos y funciones del Instituto.*
- 2. Formular a propuesta del Director del Instituto, la política general, los planes y programas del Instituto, y los planes y programas que, conforme a la Ley Orgánica de Planeación y a la Ley Orgánica del Presupuesto deben proponerse para su incorporación a los planes sectoriales y a través de estos, al Plan Nacional de Desarrollo.*



3. Formular, a propuesta del Director del Instituto, la política de mejoramiento continuo de la entidad, así como los programas orientados a garantizar el desarrollo administrativo.
4. Conocer de las evaluaciones semestrales de ejecución presentadas por la administración de la entidad.
5. Proponer al Gobierno Nacional las modificaciones de la estructura interna u orgánica que considere, y adoptar los estatutos internos de la entidad y cualquier reforma que a ellos se introduzca de conformidad con lo dispuesto en sus actos de creación o reestructuración.
6. Aprobar el anteproyecto de presupuesto anual del Instituto.
7. Autorizar el otorgamiento de distinciones y estímulos especiales por la realización de trabajos científicos y tecnológicos de excepcional importancia, en el campo biomédico y de salud, de acuerdo con las recomendaciones de la Dirección y de los órganos asesores.
8. Decidir sobre la participación del Instituto en las sociedades o asociaciones que se creen y organicen para el mejor cumplimiento de sus funciones o para objetos análogos o complementarios.
9. Reglamentar el funcionamiento del Fondo Especial para Investigaciones.
10. Darse su propio reglamento.
11. Las demás que le señalen la ley y los estatutos internos.

ARTÍCULO 9°. Director General. El Director General del Instituto Nacional de Salud cumplirá las siguientes funciones:

1. Definir el Plan Estratégico del Instituto y los planes y programas necesarios para dar cumplimiento al objetivo del Instituto y presentarlos a aprobación del Consejo Directivo.
2. Presentar a consideración del Consejo Directivo la política general del Instituto y una vez adoptada por este, expedir los actos administrativos necesarios para su ejecución y velar por su cumplimiento.
3. Dirigir y promover la innovación en salud pública en los temas de competencia de la entidad, de conformidad con las políticas, planes y lineamientos del Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación y del Ministerio de Salud
4. Establecer relaciones con universidades y organismos de investigación científica y desarrollo tecnológico, y asociaciones regionales y multilaterales nacionales e internacionales que propendan por la gestión y el conocimiento de las materias propias del objeto y funciones del Instituto.



5. *Dirigir y orientar el ejercicio de las funciones señaladas para el Observatorio Nacional de Salud.*
6. *Dirigir y promover la investigación y gestión del conocimiento en salud pública, de conformidad con las políticas, planes y lineamientos del Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación y del Ministerio de Salud y Protección Social.*
7. *Promover e incentivar en el Instituto los intercambios científicos y la consecución de recursos de cooperación científica y técnica.*
8. *Controlar el funcionamiento del Instituto y evaluar el resultado de sus actividades, de acuerdo con las políticas y planes adoptados.*
9. *Promover actividades entre el Instituto, el Ministerio de Salud y Protección Social, otras entidades del sector salud y las instituciones del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, tendientes a coordinar y armonizar materias de responsabilidad compartida.*
10. *Proponer al Gobierno Nacional planes y programas en el área de la salud pública, relacionados con los programas y funciones del Instituto.*
11. *Ordenar los gastos, administrar el Fondo Especial para Investigaciones, dictar los actos, realizar las operaciones y celebrar los contratos y convenios necesarios para el cumplimiento de los objetivos y funciones de la entidad, de acuerdo con las normas legales vigentes.*
12. *Presentar para aprobación del Consejo Directivo el anteproyecto de presupuesto y los planes de inversión del Instituto, de conformidad con las disposiciones que regulan la materia.*
13. *Crear y organizar mediante acto administrativo grupos internos de trabajo y órganos de asesoría y coordinación, para atender el cumplimiento de sus funciones, de acuerdo con las necesidades del servicio, los planes, programas y proyectos del Instituto.*
14. *Ejercer la facultad nominadora del personal del Instituto con excepción de la atribuida a otras autoridades.*
15. *Constituir mandatarios y apoderados que representen al Instituto en los asuntos judiciales y demás de carácter litigioso.*
16. *Establecer y mantener el Sistema Integrado de Gestión del Instituto.*
17. *Establecer mecanismos que permitan verificar y controlar la atención oportuna de las solicitudes formuladas por la ciudadanía.*
18. *Dirigir la edición y publicación de los boletines y documentos que expida el Instituto.*
19. *Dirigir y orientar las comunicaciones estratégicas del Instituto.*



20. Conocer y fallar en segunda instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra funcionarios del Instituto.

21. Rendir informes y conceptos en materia de competencias del Instituto.

22. Las demás que le sean asignadas por las normas legales vigentes y los estatutos internos.

ARTÍCULO 10°. Régimen jurídico. Los actos que expida, los contratos que celebre el Instituto Nacional de Salud, así como su régimen laboral, estarán sujetos al régimen aplicable al Sistema de Ciencia, Tecnología e Innovación.

ARTÍCULO 11. *Régimen de transición.* El Instituto Nacional de Salud dispondrá de un (1) año, contado a partir de la vigencia del presente Decreto, para adecuar la organización y funcionamiento del Instituto a la nueva naturaleza jurídica.

Los actuales servidores del Instituto Nacional de Salud continuarán ejerciendo las funciones que por competencia directa o por delegación se les han asignado, hasta que se apruebe la modificación a la estructura interna del Instituto por parte del Gobierno Nacional, con ocasión del cambio de naturaleza.

Los derechos y obligaciones que a la fecha de vigencia del presente decreto tenga el Instituto Nacional de Salud continuarán en favor y a cargo del mismo como entidad pública técnico-científica de naturaleza especial.

ARTÍCULO 12. *Vigencia y derogatorias.* El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga los artículos 1°, 2°, 3°, 4°, 6° y 7° del Decreto 272 de 2004 y las demás disposiciones que le sean contrarias.

DEL CONTROL TUTELAR DEL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

Ahora bien, corresponde al señor ministro ejercer control tutelar sobre las entidades descentralizadas adscritas o vinculadas pero dicho control tutelar, se encuentra previsto en el artículo 103 y siguientes de la ley 489 de 1998, así:

“Artículo 103. Titularidad del control. El presidente de la República como suprema autoridad administrativa y los ministros y directores de Departamento Administrativo, ejercerán control administrativo sobre los organismos o entidades que conforman la Administración Pública.

Artículo 104. Orientación y la finalidad. El control administrativo que de acuerdo con la ley corresponde a los ministros y directores de los departamentos administrativos se orientará a constatar y asegurar que las actividades y funciones de los organismos y entidades que integran



el respectivo sector administrativo se cumpla en armonía con las políticas gubernamentales, dentro de los principios de la presente ley y de conformidad con los planes y programas adoptados. (Resaltado nuestro)

Artículo 105. Control administrativo. El control administrativo sobre las entidades

*descentralizadas **no comprenderá la autorización o aprobación de los actos específicos que conforme a la ley compete expedir a los órganos internos de esos organismos y entidades***. (Resaltado nuestro).

De conformidad con la norma transcrita, si bien existe un control tutelar sobre las entidades descentralizadas que hacen parte de un Ministerio o Departamento Administrativo, en este caso el **INSTITUTO NACIONAL DE SALUD**, está destinado sólo a asegurar y constatar que las funciones que adquieran ellas por especialidad se cumplan en armonía con las políticas gubernamentales, sin tener facultad legal para extender su autoridad respecto a su autonomía administrativa y presupuestal.

Si bien es cierto el literal h) del artículo 61 de la Ley 489 de 1998 establece que los ministerios actuarán como superior inmediato de los Superintendentes y Representantes Legales de Entidades descentralizadas adscritas o vinculadas, sin perjuicio de la función nominadora, también es cierto que dicha disposición fue declarada exequible por la Honorable Corte Constitucional de forma condicionada mediante Sentencia C-727 de 2000, bajo el entendido de que esta superioridad le confiere el control administrativo que es propio de la figura de la descentralización, y que debe entenderse dentro del contexto normativo completo de la Ley 489:

“(...) Para la Corte la presencia de un superior inmediato que ejerce un control administrativo, no

implica que en su cabeza se radiquen las facultades de nombramiento y remoción del representante legal de las entidades descentralizadas, ni toca con la toma de decisiones que operen dentro de las competencias legales del organismo, pues una interpretación contraria desvirtuaría el mecanismo de la descentralización. Hace referencia, más bien y sobre todo, a la

armonización y coordinación de políticas administrativas, como lo ordena la Constitución. En este

sentido, tal control administrativo desarrolla plenamente el artículo 208 superior (...)”



Es pertinente mencionar al Despacho y conforme a lo expuesto, se tiene que el **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** es un organismo perteneciente a la Rama Ejecutiva del poder público, cuyas funciones se encuentran expresamente consagradas en las disposiciones legales, especialmente en las contenidas en las Leyes 10 de 1990, 100 de 1993, 489 de 1998 y 715 de 2001, y en el Decreto 4107 de 2011, es claro que le corresponde ejercer control tutelar sobre las entidades descentralizadas adscritas o vinculadas al mismo como es el caso del **INSTITUTO NACIONAL DE SALUD** más no ejercer las funciones que a éstos les competen por lo que nos encontramos ante una **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA** frente a este ente ministerial.

Aunado a lo anterior, es del caso resaltar que los presuntos hechos por los cuales se reclama, no le son imputables ni atribuibles a la Nación - Ministerio de Salud y Protección Social, por cuanto se insiste, no tuvo injerencia ni directa ni indirecta en la producción de dichos eventos ni actos administrativos que generarían determinadas consecuencias jurídicas, eximiéndola de toda responsabilidad frente a lo reclamado por la demandante dado que ello se sale del marco de las funciones y competencias propias del Ministerio de Salud y Protección Social, lo que se reitera, determina una falta de legitimación en la causa.

Sobre esta figura de falta de legitimación en la causa, el Honorable Consejo de Estado mediante sentencia del 6 de agosto de 2012 del Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

discurrió así:

“Pues bien, la legitimación en la causa, corresponde a la calidad que tiene una persona para formular o contradecir las pretensiones de la demanda por cuanto es sujeto de la relación jurídica sustancial. En otros términos, consiste en la posibilidad que tiene la parte demandante de reclamar el derecho invocado en la demanda -legitimación por activa- y de hacerlo frente a quien fue demandado -legitimación por pasiva-, por haber sido parte de la relación material que dio lugar al litigio. Corresponde a un presupuesto procesal de la sentencia de fondo favorable a las pretensiones, toda vez que constituye una excepción de fondo, entendida ésta como un hecho nuevo alegado por la parte demandada para enervar la pretensión, puesto que tiende a destruir, total o parcialmente, el derecho alegado por el demandante”. Y en Sentencia del 25 de marzo de 2010 expediente 05001-23-31-000-2000-02571-01 (1275-08), M.P.

Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado,

sostuvo:

“...En reciente jurisprudencia, esta Corporación ha manifestado en cuanto a la legitimación en la causa, que la misma no es constitutiva de excepción de fondo, sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable

Carrera 13 No. 32-76 Código Postal 110311 Bogotá D.C
PBX: (57-1) 3305000 - Línea gratuita: 018000-910097 Fax: (57-1) 3305050
www.minsalud.gov.co



bien a las pretensiones del demandante, bien a las excepciones propuestas por el demandado. Así mismo, ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa, siendo la legitimación en la causa de hecho la relación procesal existente entre demandante legitimado en la causa de hecho por activa y demandado legitimado en la causa de hecho por pasiva y nacida con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma quien asumirá la posición de demandado; dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción; la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño. En un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, pues ésta solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda o, en general, de los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales; por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta fórmula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra....” (Negrilla de la Sala).

Así las cosas, la Nación - Ministerio de Salud y Protección Social al no ser parte de la relación material que dio lugar a esta demanda, no debe ser llamada como parte pasiva dentro de la misma, ya que no tiene responsabilidad de ninguna índole en el presente entuerto.

DE LA DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA

En la estructura de la Rama Ejecutiva del Poder Público, ha sido prevista la descentralización administrativa como “(...) el otorgamiento de competencias o funciones administrativas a personas

*públicas diferentes del Estado, para que las ejerzan en su propio nombre y bajo su propia responsabilidad”*², con el objeto de: **1o**). Reducir la excesiva concentración del poder de decisión existente en los órganos centrales de la administración; **2o**). Robustecer y vitalizar la autonomía seccional mediante procesos de descentralización para permitir a las autoridades regionales, la adopción oportuna de respuestas a las necesidades de las diferentes comunidades; y **3o**). Fortalecer las atribuciones constitucionales de gobernadores y alcaldes para dirigir y coordinar la prestación de los servicios públicos esenciales a nivel local.

Al respecto, ha precisado la Corte Constitucional³:

“(...) la adopción de la fórmula “social de Derecho” implicó la transformación del antiguo modelo reducido de Estado, propio del liberalismo clásico, para dar paso a una estructura



político administrativa mucho más compleja, promotora y responsable de toda una dinámica social dirigida hacia la satisfacción de las necesidades básicas de la población en campos como los de la salud, la vivienda, el trabajo, la educación, la alimentación, la seguridad, etc., satisfacción de necesidades concebida ahora como derecho de cada cual y no como mera beneficencia

4. Este cambio de perspectiva significó la ampliación del concepto de función ejecutiva, es decir, un aumento de la actividad de la Administración, al cual correspondió el crecimiento de su estructura orgánica que se vio ampliada con nuevas formas de entidades públicas. Entre las nuevas funciones asignadas a la Administración aparecen, entre otras, las de fomento e intervención económica, así como la de garantía de la adecuada prestación de los servicios públicos, para cuyo cabal cumplimiento surge el concepto de descentralización administrativa por servicios.

5. En términos generales, la descentralización administrativa es un concepto que tiene vigencia en los modelos de Estado unitario, como el que propone la Constitución que nos rige. En efecto, esta Corporación ha explicado que el Estado unitario “supone el principio de la centralización política, que se traduce en unidad de mando supremo, unidad en todos los ramos de la legislación, unidad en la administración de justicia y, en general, unidad en las decisiones de carácter político que tienen vigencia para todo el espacio geográfico nacional.”⁶ No obstante, la 2 RODRÍGUEZ, Libardo. Estructura del Poder Público en Colombia. Editorial TEMIS S.A. Décima Edición, Bogotá, 2006.

3 Sentencia C-736, Magistrado Ponente: MARCO GERARDO MONROY CABRA – Bogotá D.C., diecinueve (19) de septiembre de

dos mil siete (2007) – Expedientes D-6675 y D-6688 Acumulados.

4 Cf. Sentencia C-866 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

5 El concepto de descentralización encuentra su primer soporte constitucional en el artículo 1° de la Constitución Política,

que indica que “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada...”

6 sentencia C-216 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. *jurisprudencia también ha hecho ver que “la centralización política no es incompatible con la descentralización administrativa” y que esta última consiste en “la facultad que se le atribuye a determinadas entidades públicas para gobernarse por sí mismas, mediante el otorgamiento de funciones específicas que son ejercidas atónomamente.”⁷ Como es sabido, una de las formas de descentralización administrativa es la llamada descentralización por servicios, que implica el otorgamiento de competencias o funciones a entidades públicas no territoriales y diferentes del Estado, que se crean*



para ejercer una actividad especializada en forma autónoma. La existencia de esta forma de descentralización ha sido justificada en la necesidad que tiene la Administración de especializar y tecnificar el cumplimiento de ciertas funciones, (...)” (Negrita fuera del original) Aunado a ello, respecto de la descentralización administrativa la Corte ha señalado:⁸“La llamada descentralización por servicios, implica el otorgamiento de competencias o funciones administrativas a entidades que se crean para ejercer una actividad especializada. Por ello, el artículo 1o. del Decreto 3130 se refiere a los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta, como entidades descentralizadas, pues se trata de entidades que desarrollan una actividad específica, con autonomía financiera y administrativa y bajo el control del poder central, también llamado “control de tutela”. Ahora bien, resulta pertinente recordar que en derecho administrativo también existe la figura de la desconcentración, esto es, el otorgamiento de ciertas funciones a agentes nacionales, regionales o locales, las cuales se ejercen siempre y en todo momento a nombre de la entidad otorgante. Como señala el profesor Rivero, la descentralización tiene unas limitaciones. En el Estado unitario descentralizado el conjunto de su régimen deriva de la unidad legislativa, de suerte que las colectividades locales no tienen poder para introducir modificaciones de este tipo; por el contrario, el régimen puede ser siempre modificado por la autoridad central. Mientras en el Estado federal, las colectividades que lo componen están asociadas al ejercicio, del poder central, en el Estado descentralizado hay una dirección unificada, de manera integral, pero no como control jerárquico -propio del Estado centralizado-, sino como control de tutela.

Sobre el control de tutela cabe hacer cuatro observaciones, según el autor citado:

a) La descentralización no excluye, a diferencia del federalismo, el control por parte del Estado central. Este control es necesario, a la vez, tanto en interés del Estado mismo, que debe salvaguardar su unidad política y vigilar el respeto a la ley, como en interés de la persona descentralizada, y asimismo en interés de los individuos que pueden tener necesidad de una protección contra la autoridad descentralizada; b) El control de tutela es normalmente una atribución del Estado, aunque aparece también en las relaciones de las colectividades locales con los establecimientos públicos que dependen de ellas; c) El control de tutela se refiere normalmente a las personas jurídicas de derecho público; sin embargo, el lenguaje administrativo emplea el mismo término para el mismo control sobre algunas personas de derecho privado encargadas de un servicio público; d) Finalmente, escribe Rivero, “el control debe conciliarse -so pena de aniquilarlo- con la libertad reconocida a la colectividad. Por ello se opone punto por punto al control jerárquico. En la centralización, la subordinación, se ha visto, es de principio y el control se ejerce sin texto: es para excluirlo que un texto es necesario. Además, ella (la subordinación) es total; el control se extiende a todos los aspectos del acto, y puede conducir a su anulación o a su modificación. Respecto a la autoridad descentralizada, por el contrario, la libertad es la regla, y el control la excepción; un texto debe establecer



el principio, designar la autoridad que lo ejerce en nombre del Estado, fijarle la extensión (legalidad u oportunidad), los procedimientos fuera o más allá de las prescripciones legales, la tutela termina, y la libertad retoma su imperio; de allí las fórmulas clásicas: no hay tutela sin texto, y no hay tutela más allá de los textos”.

2.3. Autonomía no significa autarquía

8 sentencia C-497A, Magistrado Ponente: VLADIMIRO NARANJO MESA – Bogotá D.C., tres (3) de noviembre de mil novecientos

noventa y cuatro (1994) – Expediente No. D- 591.

10. J. RIVERO. Derecho Administrativo (Caracas, U. Central, 1984). pp. 344-345

La autonomía inherente a la descentralización, supone la gestión propia de sus intereses, es decir, la particular regulación de lo específico de cada localidad, pero siempre dentro de los parámetros de un orden unificado por la voluntad general bajo la forma de Ley. Es decir, la normatividad propia debe estar en armonía con la ley general del Estado, ya que la parte se ordena al todo, así como lo específico está comprendido dentro de lo genérico.

La autonomía no significa jurídicamente hablando, soberanía. La autonomía siempre hace relación a la coherencia con un género superior, mientras que la soberanía hace que el ente soberano sea considerado como un todo, y no como parte de ese todo. Por ello no hay que confundir autonomía con autarquía, la cual significa autosuficiencia plena. En otras palabras, la autarquía rompe con el modelo del Estado unitario y lo transforma en Estado compuesto, donde ya no hay unidad legal, sino concurrencia de órdenes jurídicas en una asociación de intereses jurídico-políticos, de modo que no hay un interés general unitivo, sino compuesto.

Pero, así como es una impropiedad confundir autonomía y autarquía, resulta también nocivo desconocer, en aras de la defensa del Estado unitario, la gestión propia de los intereses parciales a los entes descentralizados, porque implica desconocer el núcleo esencial de la descentralización. La razón es simple, pues corresponde ordenar hacia un fin a aquel a quien corresponde dicho fin: si el fin es general, será de competencia legal; si es parcial y concreto, corresponde ordenarlo al directamente responsable de dicho interés.

La Carta Política establece el derecho a la autonomía de las entidades territoriales, pero limitado por la Constitución y las Leyes, conforme a la filosofía política de una República unitaria.” (Negrita fuera de texto). Así las cosas, la creación de las entidades públicas deriva de una de las formas de la descentralización especializada o por servicios, cuyo origen obedece a la existencia de actividades de tipo técnico o especialista que deben ser desarrolladas por entidades específicas adscritas o vinculadas al órgano central análogo y sometidas, por tanto, al control de tutela ejercido por éste tratándose de funciones públicas



derivadas del cumplimiento de los principios constitucionales que rigen el Estado Social de Derecho, como se define al Estado Colombiano en el artículo 1º de la Carta Política, sin que ello implique la asunción de responsabilidades derivadas de sus decisiones u omisiones.

IV. EXCEPCIONES

FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DEL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

El Ministerio de Salud y Protección Social no tiene dentro de sus funciones, la adelantar las actuaciones administrativas y disciplinarias respecto de los servidores del **INSTITUTO NACIONAL DE SALUD** como es el caso que nos ocupa, por tanto, no existe motivo alguno para responsabilizar a mi representado de las pretensiones que aquí se solicitan.

Adicionalmente el oficio con radicado **No. 2-1000-2017-006820**, mediante el cual aduce el demandante, que presuntamente le fueron negados el reconocimiento de acreencias laborales derivadas de la vinculación contractual con el **INSTITUTO NACIONAL DE SALUD**, nada tiene que ver con las funciones y actividades que ejecuta esta Cartera Ministerial, pues son actos o pronunciamientos administrativos proferidos por una entidad con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal propias que en el ejercicio de sus funciones desarrolla ese tipo de actuaciones, en las cuales mi representada no tuvo intervención de ninguna índole lo cual es fundamento jurídico suficiente para desvincular al Ministerio de Salud y Protección Social de la presente litis; toda vez que no fue quien expidió el acto administrativo atacado en consecuencia, al no existir la obligación por parte del Ministerio de Salud y Protección Social, respecto de la realización y/o intervención en los procesos contractuales o de tipo administrativo que haya adelantado, concretamente con el demandante, el **INSTITUTO NACIONAL DE SALUD** en el ejercicio de sus funciones constitucionales y legales, tal como se advirtió anteriormente; no existe razón alguna de orden fáctico ni jurídico para que se afirme que en el presente asunto se dan los presupuestos para establecer una vinculación del ministerio en el proceso, amén que no expidió los actos administrativos cuya nulidad se solicita en las pretensiones de la demanda, las cuales no tienen relación alguna con el actuar de mi representada. se insiste, es competencia exclusiva del INSTITUTO NACIONAL DE SALUD.

Ahora bien, es oportuno aclarar que por mandato Constitucional (artículos 6º y 121), el hoy Ministerio de Salud y Protección Social, solo puede hacer lo que la Carta le permite como autoridad dentro del marco de sus competencias.

Frente a ello, no debe perderse de vista que la legitimidad en la causa es un presupuesto procesal de la demanda que se colma al dirigir la pretensión contra quien por ser sujeto de la relación jurídica sustancial se pretende derivar responsabilidad. Frente a este tema, el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, Consejero Ponente doctor HERNÁN ANDRADE RINCÓN, Radicación No. 250002326000200400824 01 (36326),



en sentencia de diez (10) de febrero de dos mil dieciséis (2016), Actor: Transportes Carlos López Ltda., Demandado: Zona Franca de Bogotá S.A. y Otro, precisó:

“(...) la legitimación en la causa de hecho alude a la relación procesal existente entre demandante -legitimado en la causa de hecho por activa- y demandado -legitimado en la causa de hecho por pasiva y nacida con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma a Quien asumirá la posición de demandado, dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción; la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño.

De ahí que un sujeto pueda estar legitimado en la causa de hecho, pero carecer de legitimación en la causa material, lo cual ocurrirá cuando a pesar de ser parte dentro del proceso no guarde relación alguna con los intereses inmiscuidos en el mismo, por no tener conexión con los hechos que motivaron el litigio, evento éste en el cual las pretensiones formuladas estarán llamadas a fracasar puesto que el demandante carecería de un interés jurídico perjudicado y susceptible de ser resarcido o el demandado no sería el llamado a reparar los perjuicios ocasionados a los actores .

En suma, en un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, pues ésta solamente es predicable respecto de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda o, en general, respecto de los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales (...)”

(Negrita fuera de texto)

La falta de legitimación en la causa material por pasiva implica la necesidad de determinar si existe o no una relación entre el demandado y las pretensiones formuladas por el demandante.

En el asuntosub examine, ante la ausencia de conexidad entre los hechos que motivaron la solicitud de conciliación y las potestades asignadas al Ministerio de Salud y Protección Social.

En efecto, no teniendo el Ministerio de Salud y Protección Social participación alguna en las actuaciones descritas por la convocante, mal puede pretenderse afirmar que éste deba asumir algún tipo de responsabilidad, máxime si se tiene en cuenta que “ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley” Finalmente, en cuanto al alcance del denominado control de tutela previsto en los artículos 103 y siguientes de la Ley 489 de 1998, es claro que éste se encuentra destinado exclusivamente a asegurar y constatar que las funciones que adquieran por especialidad las entidades adscritas y/o vinculadas, se cumplan en armonía con las políticas estatales, sin tener facultad legal para extender su autoridad respecto de su autonomía administrativa.



INEXISTENCIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO PROFERIDO POR EL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL.

Una vez efectuado el análisis correspondiente en los fundamentos de hecho y de derecho que desvirtúan la responsabilidad y/o injerencia de esta Cartera Ministerial, en la expedición del acto administrativo atacado con las y respecto de los cuales se pretende el restablecimiento del derecho que la convocante estima vulnerado, es de vital importancia resaltar que

el medio de control es improcedente, respecto del Ministerio de Salud y Protección Social, toda vez que tal y como lo manifiesta el demandante, este fue proferido por el INSTITUTO NACIONAL DE SALUD y por tal razón, no existe Acto Administrativo alguno emitido por mi representada, del que se pueda dar lugar a la declaratoria de nulidad que se pretende y menos aún el restablecimiento del derecho implorado, no siendo la Entidad encargada de satisfacer el presunto derecho reclamado en el presente proceso judicial.

INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN

El Ministerio de Salud y Protección Social no es responsable de las funciones y/o competencias actualmente atribuidas a una entidad adscrita con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, y patrimonio independiente, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 68 de la Ley 489 de 1998. Al respecto, la jurisprudencia ha señalado:

La Corte Constitucional en sentencia C-784 de 18 de agosto de 2004, Magistrado ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis, establece el régimen jurídico aplicable a las entidades descentralizadas y la autonomía que les es reconocida:

“Al respecto cabe recordar que la formulación del Estado colombiano como “una República unitaria, descentralizada, con autonomía en sus entidades territoriales” tiene un valor central dentro de la estructura política trazada a partir de la expedición de la Constitución de 1991. En este sentido la Corte ha explicado que la descentralización administrativa obedece a “una concepción política y a una técnica y modelo de organización y funcionamiento de la rama ejecutiva del poder público, la cual implica la concreción o asunción, bajo un régimen de autonomía, por organismos que son personas jurídicas, de funciones o potestades propias del Estado o de actividades que comportan la actuación de éste en el campo de la actividad privada, o la gestión y satisfacción de necesidades regionales y locales”.

LA INNOMINADA

Con todo respeto se solicita a la señora Juez, dar aplicabilidad a cualquier otra excepción que encuentre probada.

V. PETICIÓN

Carrera 13 No. 32-76 Código Postal 110311 Bogotá D.C
PBX: (57-1) 3305000 - Línea gratuita: 018000-910097 Fax: (57-1) 3305050
www.minsalud.gov.co



Por las razones expuestas, con todo respeto se solicita denegar las pretensiones de la demanda, declarar probadas las excepciones y/o absolver al Ministerio de Salud y Protección Social de toda responsabilidad en el caso que se analiza.

VI. PRUEBAS

Respetuosamente solicito al Honorable Magistrado se tengan como tales las aportadas al proceso por la parte actora en cuanto a derecho correspondan.

VII. ANEXOS

Copia del poder General otorgado el 29 de agosto de 2021, acorde a la escritura Pública No. 9381, avalada en la Notaría 38 del Círculo de Bogotá D.C., legalmente suscrita por el Director Jurídico del Ministerio de Salud y Protección Social”, así como lo relacionado con el Decreto 4107 de 2011, en lo que atañe a las funciones del Ministerio de Salud y Protección Social.

En la mencionada escritura se destacan los apartes de la resolución No. 1960 de 2014 “Por medio de la cual se efectúan unas delegaciones y se regula la constitución de apoderados para la representación judicial y extrajudicial del Ministerio de Salud y Protección Social”, al igual que la resolución 901488 de 2022. “Por la cual se efectúa un nombramiento ordinario”, como también el acta de posesión de al doctor GABRIEL BUSTAMANTE PEÑA, Director Jurídico.

VIII. NOTIFICACIONES

La demandada, Nación - Ministerio de Salud y Protección Social, y el suscrito apoderado, recibiremos notificaciones en la Carrera 13 No. 32-76 Piso 10, Edificio Urano, Bogotá D.C. Teléfono: 3305000 Ext.5088, correo electrónico: notificacionesjudiciales@minsalud.gov.co.

De la señora Juez con el debido respeto,

Firmada digitalmente por quien suscribe.

SANDRA DEL PILAR VELANDIA

C.C. No. 20.637.807 de Gachetá- Cundinamarca.

T.P. No. 161.099 del C. S. de la J.

Celular: 3133303754

Correo electrónico: svelandia@minsalud.gov.co – sandradelpilar.80@gmail.com

Señores

JUZGADO 017 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá / Cundinamarca

E. S. D.

Referencia: EJECUTIVO

Radicado: 11001333501720220013000

Ejecutante: MARIA DEL PILAR REINA DE LINARES

Ejecutado: LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

ASUNTO: CONTESTACIÓN DEMANDA EJECUTIVA

EDUARDO MOISES BLANCHER DAZA, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 1.065.659.633 de Valledupar y portador de la Tarjeta Profesional No. 266.994 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando en nombre y representación de **LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, en calidad de apoderado judicial sustituto de la Dra. **AIDEE JOHANNA GALINDO ACERO**, según sustitución de poder que se adjunta, de conformidad a lo establecido en el artículo 199 de la Ley 1437 de 2011, por medio del presente escrito procedo a efectuar la contestación de la demanda y proponer excepciones contra la acción ejecutiva de la referencia, encontrándome en el término de traslado de la demanda, de la siguiente manera:

I. A LAS PRETENSIONES

A LA PRIMERA. A LA SEGUNDA. A LA TERCERA. ME OPONGO a todas y cada una de las pretensiones por cuanto las mismas no tienen vocación de prosperidad de conformidad con los argumentos esgrimidos en las excepciones que se proponen en la presente contestación.

De conformidad con lo anterior la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio dio cumplimiento a lo ordenado en la sentencia de fecha 30 de noviembre de 2016 proferida por el Juzgado Diecisiete Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante resolución 2114 del 28 de febrero del 2018, la cual fue ingresada en nómina el 25 de julio del 2018, reconociendo lo correspondiente a diferencia de mesadas atrasadas, indexación, intereses moratorios, razón por la cual no se le adeuda dinero alguno a la parte ejecutante por cuanto el acto administrativo de cumplimiento reconoce el reajuste a la pensión de jubilación del ejecutante en los términos establecidos en la sentencia es decir, reconociendo los factores salariales señalados en

****RAD_S****

Al contestar por favor cite:

Radicado No.: ***RAD_S***

Fecha: ***F_RAD_S***

la sentencia, tales como asignación básica, prima de alimentación, prima especial, prima de vacaciones y prima de navidad.

ME OPONGO a que se condene en costas a mi representada, toda vez que habría que considerar que se ha obrado de buena fe, dando estricto cumplimiento a la sentencia objeto de ejecución dando cumplimiento a las normas legales y se ha realizado todas las gestiones necesarias para el cumplimiento de la condena impuestas.

II. EXCEPCIONES

De conformidad con lo preceptuado en el Código General del Proceso, se proponen las siguientes excepciones:

- **PAGO**

De conformidad a la definición de pago, según el artículo 1626 del Código Civil, como la prestación de lo que se debe, éste constituye una de las formas de extinguir las obligaciones y que, para el caso bajo estudio, se presenta con el cumplimiento dado a lo ordenado con la expedición del Acto Administrativo, por parte de la Secretaría de Educación de Bogotá, documento obrante en el expediente y del cual se extrae el cumplimiento de la obligación a cargo de la entidad aquí demandada.

De acuerdo a las pruebas obrantes en el expediente, tenemos que la entidad condenada dio cumplimiento al Acto Administrativo en los términos allí establecidos y efectuó el respectivo pago de la suma de dinero reconocida a la aquí ejecutante ciñéndose rigurosamente a los parámetros establecidos, en el estudio y reconocimiento de la prestación del(a) docente en esa oportunidad. En dicha decisión judicial se determina claramente la forma en que debería procederse para dar cumplimiento a lo allí ordenado, y de esta manera actuó el ente territorial al momento de emitir el Acto Administrativo, pues como del contenido del mismo se extrae.

Es así como, según el Acto Administrativo expedido por el ente territorial, se dio cumplimiento al reconocimiento de la prestación, donde se observa claramente los montos y lapsos de reconocimiento de estos valores y aunado a esto se realizó el correspondiente pago de lo aquí liquidado, mediante consignación bancaria a la cuenta del(a) docente y/o beneficiario(a) **MARIA DEL PILAR RIENA LINARES**.

El(a) beneficiario(a) conoció a través del acto de publicidad de la Resolución de ejecución del fallo los montos liquidados y reconocidos de conformidad con lo ordenado en la liquidación, lo cuales efectivamente fueron consignados en su cuenta bancaria, razones estas por las cuales la entidad

****RAD_S****

Al contestar por favor cite:

Radicado No.: ***RAD_S***

Fecha: ***F_RAD_S***

considera que dio estricto cumplimiento a los parámetros que le fueron establecidos para la liquidación de las sumas ordenadas en la Acto Administrativo.

Por lo anteriormente expuesto, considero que en el presente proceso debe declararse la prosperidad de esta excepción por satisfacción de la obligación a favor de la ejecutante, habida cuenta que la entidad a la cual represento ya cumplió la obligación a su cargo, mediante el en la Acto Administrativo, pues de lo contrario sería incrementar de manera grave e injustificada la acusación de emolumentos que afectarían negativamente la sostenibilidad de los recursos de la entidad accionada y de la Nación.

En conclusión, y teniendo en cuenta que el pago es una de las formas de extinguir las obligaciones, según reza el artículo 1626 del código civil, la presente excepción cuenta con vocación de prosperidad.

- **ARTICULO 282 LEY 1564 DE 2012:**

Respetuosamente invoco esta excepción acorde con lo allí establecido así:

“En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda...”

- **COMPENSACIÓN**

Se propone esta excepción de compensación de cualquier suma de dinero que resulte probada en el proceso a favor del demandante y que haya sido pagada por mi representada.

- **PRESCRIPCIÓN DE LA OBLIGACIÓN**

La prescripción es el modo de extinguir obligaciones o acciones, como sanción por no haberse desplegado actividad alguna, de parte del interesado en las oportunidades consagradas en la norma, por lo que deberán tenerse en cuenta para efectos de declarar, la prescripción de los derechos y el ejercicio de las acciones dentro del presente proceso, los términos consagrados en el Artículo 2536 del Código Civil.

Ahora bien, en el Artículo 2536 del C.C., señala un término de extinción de las obligaciones por un lapso de 5 años, norma que es del siguiente tenor literal:

“ARTICULO 2536. <PRESCRIPCION DE LA ACCION EJECUTIVA Y ORDINARIA>. <Artículo modificado por el artículo 8 de la Ley 791 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:> La acción ejecutiva se prescribe por cinco (5) años. Y la ordinaria por diez (10). La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de cinco (5) años, y convertida en ordinaria durará solamente otros cinco (5). Una vez interrumpida o renunciada una prescripción, comenzará a contarse nuevamente el respectivo término”.

Por lo anterior, y en caso de una eventual condena, solicito respetuosamente se realice el estudio de esta excepción a efectos de que de encontrarse probados los presupuestos se proceda a su declaratoria.

- **EXCEPCIÓN GENERICA O INOMINADA**

Solicito al señor juez que declare probada cualquier excepción que resulte del material probatorio aportado por las partes y de los hechos que se comprueben en esta litis.

Por lo anterior, solicito al señor juez ordenar de oficio la práctica de las pruebas pertinentes, así como declarar oficiosamente, las excepciones que aparezcan probadas de conformidad con el ordenamiento procesal.

III. FUNDAMENTOS Y ARGUMENTOS DE DEFENSA

Como fundamento de esta defensa se tiene el siguiente recuento normativo y jurisprudencial que se pasa a exponer:

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La Ley 91 de 1989 en su artículo tercero creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que señala:

Artículo 3º.- Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional.

Es importante, precisar que el correspondiente contrato de Fiducia Mercantil fue suscrito por el Gobierno Nacional junto con la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., la cual actúa como vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO o fidecomiso.

EN CUANTO A LA CONDENA EN COSTAS

Fundamentos legales respecto a la condena en costas

Ley 1437 del 2011. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

Art. 188. CONDENA EN COSTAS. *Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.*

Es así, como el artículo citado previamente remite de manera expresa al Estatuto Procesal que será aplicable, el cual corresponde a la Ley 1564 de 2012.

Código General del Proceso.

Artículo 365. Condena en costas. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

[...] 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación. [...](Negrita y subrayado fuera de texto)

Es así como según las leyes citadas y lo actuado en el proceso, no procede entonces la condena en costas de los cuales se integran en parte por las agencias en derechos, en consecuencia solo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente se pruebe de manera objetiva su causación, en consecuencia, y en ausencia de su comprobación no procede entonces la condena por cuanto los argumentos de defensa de la parte demandante fueron eminentemente jurídicos, tal como se observa en el expediente del proceso recurrido.

Fundamentos Jurisprudenciales respecto de la condena en costas

La condena en costas no es objetiva, se debe tener en cuenta la buena fe de la entidad

El despacho se aparta de la pacífica jurisprudencia del Consejo de Estado, al señalar una imputación de condena en costas objetiva, sin tener presente que en la jurisdicción Contencioso Administrativa, como lo ha señalado la sección segunda en casos, se debe tener en cuenta la actuación de la parte

que apodero, en la medida que siempre actuó de acuerdo con lo señalado por la ley 91 de 1989, reconociendo los factores salariales taxativamente consagrados.

Sobre la actuación del FOMAG y la condena en costas en casos de solicitud de prestaciones económicas de los trabajadores del magisterio, debemos recordar lo señalado por el Consejo de Estado:

En cuanto a las costas¹¹, debe reiterar la Sala lo expuesto por ambas subsecciones de la Sección Segunda¹² de esta Corporación sobre el particular, en la medida que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo entrega al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas.

En el caso, la Sala observa que el a quo no hizo un análisis sobre la necesidad de condenar en costas a la parte vencida del proceso, atendiendo los criterios ya definidos por la jurisprudencia, echándose de menos además, alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte demandada.²

Por su parte el CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ Bogotá D.C., veintiuno (21) de abril de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 05001-23-33-000-2014-00213-01(1335-16)). Explica que no se condenará en costas a la parte vencida de acuerdo con los recientes pronunciamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado, en donde se ha dispuesto lo siguiente:

“En este punto de estudio de la Sala, se debe precisar, una vez más, que la condena en costas no se puede imponer por el solo hecho de que una parte resulte vencida en el trámite de un proceso judicial ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo por cuanto, para imponerla, el juez debe establecer y comprobar que están causadas o que la parte vencida realizó conductas temerarias o de mala fe. Se enfatiza: las costas deben estar probadas en el proceso y no pueden ser impuestas de manera automática o discrecional sin que se efectúe un análisis probatorio que conduzca a establecer la ocurrencia de las mismas, ya que no se puede atender solo a la literalidad de los artículos 188 de la Ley 1437 de 2011 y 365 y 366 del Código General del Proceso, sino que éstas se deben interpretar y junto con la prueba allegada al proceso concluir si se debe imponer la condena en costas pero solo en la medida en que en el expediente aparezca comprobado que se causaron, pues la norma no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, esto es, de pronunciarse sobre su procedencia”

Sobre este mismo punto se pueden consultar también las providencias con radicados 20001-23-39-000-2014-00195-01(1734-16), 05001-23-31-000-2013-00212-01(20791), 54001-23-33-000-2013-01622-01(58594) A y 13001-23-33-000-2013-00175-01(3948-14).

Es así como del pronunciamiento del Consejo de Estado se demuestra que la **condena en costas no es objetiva, sino que debe entonces el Juez tener en cuenta la buena fe de la entidad** respecto a sus actuaciones procesales. Como se evidencia en el expediente LA PARTE EJECUTANTE NO PRESENTÓ PRUEBAS O FUNDAMENTO ALGUNO sobre la ocurrencia de alguna actuación por parte de la entidad demandada **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG**, que desvirtuara la presunción de buena fe. Ante la falta del cumplimiento del requisito procesal para realizar la respectiva condena en costas, la misma no procede, quien ha actuado en el curso del proceso en buena fe conforme a la jurisprudencia y a los principios constitucionales.

EN CUANTO A LOS INTERESES MORATORIOS

En lo que respecta a los intereses moratorios el artículo 192 del CPACA, entre otras disposiciones reza:

ARTÍCULO 192. CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS O CONCILIACIONES POR PARTE DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS. (...) Cumplidos tres (3) meses desde la ejecutoria de la providencia que imponga o liquide una condena o de la que apruebe una conciliación, sin que los beneficiarios hayan acudido ante la entidad responsable para hacerla efectiva, cesará la causación de intereses desde entonces hasta cuando se presente la solicitud. (..)

De lo anterior se extrae que los intereses moratorios se deben calcular sobre la suma que la entidad accionada debió cancelar a la ejecutoria de la sentencia bajo la tasa equivalente al DTF durante los diez (10) primeros meses y luego bajo la tasa del interés corrientes bancario, sin embargo, se debe tener en cuenta la fecha de radicación de la petición de pago, dado que si esta se radicó superados los tres (3) meses posteriores a la fecha de ejecutoria, los intereses moratorios cesaran hasta la fecha de radicación.

INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION (OBLIGACIÓN DEBE SER CLARA, EXPRESA Y EXIGIBLE)

En lo que refiere a la acción ejecutiva tiene como fin, hacer exigible una obligación clara, expresa y exigible, dichas determinaciones han sido tratadas desde el ámbito civil, procesal y contencioso administrativo. En tal sentir, cabe resaltar que para ser exigible una obligación Ejecutiva, esta deberá cumplir con los requisitos de ser clara, expresa y exigible a fin de proceder a librar mandamiento de pago y posteriormente el cumplimiento de la obligación.

Al respecto y analizando el caso en concreto, se desprende que el título ejecutivo es complejo dado que este resulta de una decisión judicial la cual con posterioridad fue materializada a través de un acto administrativo emitido idóneamente por el respectivo ente territorial.

Ahora bien, que en lo referente a los requisitos exigidos en los procesos ejecutivos encuentra este apoderado que el Consejo de Estado¹, en sentencia del pasado 23 de marzo de 2017 expreso que:

“Esta Sección ha señalado que los títulos ejecutivos deben gozar de ciertas condiciones esenciales, unas formales y otras sustanciales. Las primeras se refieren a que la obligación debe constar: i) en documentos auténticos que provengan del deudor o de su causante y que constituyan plena prueba contra él, o ii) en providencias emanadas de autoridades competentes que tengan fuerza ejecutiva, conforme a la ley, como, por ejemplo, las sentencias de condena y otro tipo de providencias judiciales que impongan obligaciones, verbigracia, aquellas que fijan honorarios a los auxiliares de la justicia, las que aprueban la liquidación de costas, etc. Las condiciones sustanciales, por su parte, se traducen en que las obligaciones que se acrediten a favor del ejecutante o de su causante y a cargo del ejecutado o de su causante sean claras, expresas y exigibles.

En cuanto a estas últimas, la doctrina ha señalado que por expresa debe entenderse que la obligación aparezca manifiesta de la redacción misma del título; es decir, en el documento que la contiene debe estar expresamente declarada, debe estar nítido el crédito - deuda que allí aparece.

La obligación es clara cuando, además de expresa, aparece determinada en el título, de modo que sea fácilmente inteligible y se entienda en un solo sentido.

La obligación es exigible cuando puede demandarse su cumplimiento, por no estar pendiente el agotamiento de un plazo o de condición. Dicho de otro modo, la exigibilidad de la obligación se manifiesta en que debía cumplirse dentro de cierto término ya vencido o cuando ocurriera una condición ya acontecida o para la cual no se señaló término, pero cuyo cumplimiento sólo podía hacerse dentro de cierto tiempo que ya transcurrió”.

hora bien revisando el caso en concreto, se puede encontrar que la obligación no cumple a cabalidad con los requisitos mínimos exigidos para su cumplimiento, esto es, la obligación no es clara toda vez que como el mismo Consejo de Estado ha regulado, esta deberá “entenderse en un solo sentido”, caso contrario que ocupa el presente proceso, pues como evidenciamos de conformidad con el fallo proferido el 30 de noviembre del 2016 por el Juzgado Diecisiete Administrativo del Circuito de Bogotá, el ente territorial procede a emitir acto administrativo a fin de reconocer las condenas

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Subsección A. Radicación número: 58001-23-33-000-2014-00652-01(53819). Sentencia del 23 de marzo de 2017. C. P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

expresadas en dicha providencia judicial, cabe aclarar que dicho fallo se emitió en abstracto situación que conlleva a generar que será el ente territorial el órgano encargado de emitir el reconocimiento y liquidación de tales obligaciones y no la parte, pues de esta encontrar contrario a tales supuestos tuvo la posibilidad de presentar un incidente dentro del proceso ordinario de Nulidad y Restablecimiento del Derecho a fin de lograr que la condena fuera en concreto.

Por otro lado, su Señoría debe tenerse en cuenta que el ente territorial en debida forma emitió el acto administrativo dando cumplimiento a la obligación expresa dentro del fallo emitido por el AD QUEM, y con posterioridad fue cancelado en su integridad, encontrando este apoderado que no es el medio para alegar que la liquidación realizada no se encuentra acorde a derecho, pues tal y como lo ha expresado el Consejo de Estado:

“En primer lugar aclaró que el proceso ejecutivo no tiene por objeto determinar la obligación, sino hacer efectivo su cobro. A renglón seguido dijo que el acto mediante el cual la Contraloría liquidó la condena (Resolución No. 00261 de 25 de abril de 2001) goza de presunción de legalidad y para desvirtuarla la parte actora debió instaurar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, con el objeto que la jurisdicción administrativa se pronunciara declarando el derecho y determinara claramente la obligación”.

Lo anterior nos lleva a concluir que no existe argumento alguno para que el juzgado procediera a librar el mandamiento de pago, pues la obligación no es clara en tanto el título complejo no determino específicamente cuales eran los dineros que debían reconocerse al demandante y mucho menos su Señoría deberá determinarse que el Ente Territorial liquidó mal las condenas establecidas en el acto administrativo, pues no es el procedo idóneo para tal, situación por la cual solicito muy respetuosamente al despacho declárese prospera la presente excepción dese por terminado el presente proceso.

EN CUANTO A LA VIOLACION AL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD Y SOSTENIBILIDAD PRESUPUESTAL:

Considera esta apoderada judicial que de accederse a las pretensiones de la demanda se quebrantaría el principio de solidaridad del que habla el acto legislativo N° 001 de 2005 y que además lo incorporó en la Constitución al siguiente tenor:

“ARTICULO 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”.

En efecto, bajo el principio de solidaridad, los aportes al régimen general de pensiones constituyen un sistema bajo el cual, los aportes que realiza el afiliado constituyen los mismos sobre los que se debe liquidar la pensión; en caso contrario, implicaría un desequilibrio en el sistema financiero del Régimen General de Pensiones, ocasionando un detrimento incluso para aquellos afiliados que al realizar sus aportes mantienen una expectativa de alcanzar el derecho a la pensión.

Por su parte, el principio de sostenibilidad presupuestal implica un equilibrio económico que debe mantenerse a fin de garantizar el reconocimiento del derecho de todos los afiliados que alcancen los requisitos para ello; lo contrario generaría una inseguridad jurídica para quienes tienen la expectativa de alcanzar la pensión pues pondría en riesgo la posibilidad de reconocer las prestaciones económicas de que se trate.

INEMBARGABILIDAD ABSOLUTA DE LOS BIENES Y RECURSOS DEL ESTADO

Teniendo en cuenta los pronunciamientos del Consejo de Estado 1). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "C", Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO; Auto interlocutorio del 6 de agosto de 2014, Radicación número: 88001-23-33-000-2014- 00003-01(50408) y 2). Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO; Sentencia del 25 de junio de 2014, Radicación número: 25000-23-36-000-2012-00395-01 (49299), concernientes a las reglas de vigencia del Código General del Proceso, con ocasión a la remisión normativa de los artículos 306, 308 y 309 del C. de P.A. y de lo C.A."; a partir del 25 de junio de 2014 resulta improcedente decretar medidas de embargo, lo anterior atendiendo que no se encuentra fundamento legal que autorice el embargo de los bienes y recursos de propiedad de las entidades ejecutadas, tal como lo exige el parágrafo del artículo 594 del C.G.P.

De conformidad a lo expuesto anteriormente, se puede afirmar que, como el legislador colombiano, en el parágrafo del artículo 594 del Código General del Proceso, obliga al operador judicial invocar el fundamento legal del embargo, así:

PARÁGRAFO. Los funcionarios judiciales o administrativos se abstendrán de decretar órdenes de embargo sobre recursos inembargables. En el evento en que por ley fuere procedente decretar la medida no obstante su carácter de inembargable, deberán invocar en la orden de embargo el fundamento legal para su procedencia...

Por lo mencionado, ya no está en la jurisprudencia, (C-546/94, C-103/94, C-566/2003, C-1154/2008, C- 539/10, C-126/13 y C-543/13) (Téngase en cuenta que aun cuando las sentencias C-126/13, Y C-543/13, son inhibitorias y posteriores al CGP, con ellas se mantienen las reglas de excepción al principio de inembargabilidad), sino en la ley, en tanto el legislador, calificó la fuente de motivación y procedencia de las órdenes de embargo, las cuales no encuentran sustento jurídico en la jurisprudencia, sino en la ley pura y simple, lo que sería imposible que en la actualidad, se puedan emitir órdenes de embargo contra entidades estatales, si se tiene en cuenta que, en Colombia, las normas que fijan reglas en materia de embargos, son dictadas en negativo, de suerte que el verbo rector es "son inembargables" y es sabido que en nuestro ordenamiento jurídico no existe norma que defina cuales son los bienes embargables, sino cuales son los inembargables, tan es así que el legislador colombiano, no enuncia ni enumera, ni precisa cuales son los bienes embargables, sino los inembargables, por tanto, al no haber en nuestro sistema normativo una disposición que ordene y/o autorice embargar los bienes de las entidades estatales, en virtud del artículo 594 del CGP, nace

****RAD_S****

Al contestar por favor cite:

Radicado No.: ***RAD_S***

Fecha: ***F_RAD_S***

por antonomasia, una regla de derecho, consistente en la “*inembargabilidad absoluta de los bienes y recursos del estado*”.

Ahora atengámonos a que los dineros de los cuales se está solicitando se practiquen las medidas cautelares, hacen parte del Presupuesto General de la Nación, por lo que en caso de decretarse y/o materializarse la medida de embargo y secuestro, se estaría desconociendo el carácter y naturaleza de los bienes solicitados, pues los mismos gozan de sustento normativo en los numerales 1 y 2 del artículo 594 del Código General del Proceso.

Bienes inembargables. Además de los bienes inembargables señalados en [la Constitución Política](#) o en leyes especiales, no se podrán embargar:

Los bienes, las rentas y recursos incorporados en el presupuesto general de la Nación o de las entidades territoriales, las cuentas del sistema general de participación, regalías y recursos de la seguridad social.

Los depósitos de ahorro constituidos en los establecimientos de crédito, en el monto señalado por la autoridad competente, salvo para el pago de créditos alimentarios...

Por lo mismo, no debe desconocerse el origen constitucional de la inembargabilidad de los recursos públicos, el cual está consagrado en el artículo 63 de la constitución política así:

Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la Ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables”.

Lo cual conlleva a la consecución del interés general, a la efectividad material de los derechos fundamentales y los diferentes cometidos estatales.

Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que la Ley 91 de 1989 en su artículo 3 establece:

Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato (sic) de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional.

Tales recursos tienen destinación específica, dentro de cuyos objetivos está el pago de prestaciones sociales del personal afiliado, su manejo fue previsto por la citada ley a través de contrato de fiducia, que impone la creación de un patrimonio autónomo por efecto del mismo por efecto del mismo, según lo dispone el artículo 1233 del Código de Comercio.

Separación de bienes fideicomitidos. Para todos los efectos legales, los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo.

Además de acuerdo a la finalidad contemplada en el acto que lo constituye, lo cual imprime la característica de ser inembargable, por cuanto no pueden ser perseguidos por los acreedores, sino que están destinados al cumplimiento de dicha destinación específica, es por ello que el artículo 1235 del Código de Comercio, contempla como uno de los derechos de los afiliados en este caso al FOMAG, es de:

Otros derechos del beneficiario. ...3) oponerse a toda medida preventiva o de ejecución tomada contra los bienes dados en fiducia o por obligaciones que no los afectan...

No debe perderse de vista que los recursos constitutivos del patrimonio autónomo a los que se refiere la ley 91 de 1989 provienen entre otros de la nación, aportes fiscales y parafiscales componentes del presupuesto general de la nación razón por la cual gozan de la protección e inembargabilidad.

IV. A LOS HECHOS

AL PRIMERO: ES CIERTO tal y como consta en el documento aportado con la demanda.

AL SEGUNDO: ES CIERTO tal y como consta en el documento aportado con la demanda.

AL TERCERO: ES CIERTO tal y como consta en el documento aportado con la demanda.

AL CUARTO: ES CIERTO tal y como consta en el documento aportado con la demanda.

AL QUINTO: NO ES CIERTO, lo expuesto en este hecho por la entidad que represento dio cumplimiento TOTAL a la sentencia mediante resolución 2114 del 28 de febrero del 2018, tal y como consta en la certificación de pago aportada con la contestación de la demanda.

AL SEXTO: NO ME CONSTA por cuanto se trata de una apreciación subjetiva del demandante, razón por la cual debe de probarse dentro del proceso.

V. PRUEBAS

DOCUMENTALES:

Las aportadas en la demanda y en la contestación de la misma, con las cuales se demuestra que la entidad ejecutada cumplió mediante Resolución 2114 del 28 de febrero del 2018, expedida por la Secretaria de Educación de Bogotá, a lo ordenado en la sentencia fecha 30 de noviembre de 2016 proferida por el Juzgado Diecisiete Administrativo de Bogotá.

De conformidad a lo anterior, solicito se sirva oficiar a la Fiduprevisora Dirección de Prestaciones Económicas o a quien corresponda, para que allegue liquidación que sirvió de soporte para emitir Resolución No. 2114 del 28 de febrero del 2018, expedida por la Secretaria de Educación de Bogotá, y se decreten pruebas de oficio de parte del Despacho, necesarias, conducentes, pertinentes y útiles, con el fin de determinar las diferencias reportadas entre la parte ejecutante y parte ejecutada.

VI. ANEXOS

1. Original de la sustitución de poder otorgado a mi favor.
2. Pantallazos FOMAG 1 donde se evidencia cumplimiento a la sentencia objeto de ejecución en el presente asunto.
3. Certificación y extracto del pago realizado por la entidad aquí ejecutada, dando cumplimiento a la sentencia mediante Resolución No. 2114 del 28 de febrero del 2018, expedida por la Secretaria de Educación de Bogotá, de acuerdo al estudio y reconocimiento de la prestación.
4. Copia de la Certificación de Inembargabilidad, sobre los recursos incorporados al Presupuesto, expedida por la Subdirectora de Gestión Financiera del Ministerio de Educación Nacional.
5. Copia de la Escritura Pública No. 10184 del 09 de noviembre de 2022, en la cual el Dr. Alejandro Botero Valencia, como Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Educación Nacional, otorga poder general al Dr. Aídee Johanna Galindo Acero, para ejercer la defensa judicial de LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

VII. NOTIFICACIONES

**LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. en calidad de vocera y administradora del PATRIMONIO
AUTÓNOMO FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO:**

Las recibirá en la Calle 72 No. 10 - 03 Piso 9º en la ciudad Bogotá D.C.; correo electrónico notjudicial@fiduprevisora.com.co y procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co.

EL SUSCRITO:

Las recibirá en el correo electrónico t_eblanchar@fiduprevisora.com.co y al número celular 3183817733.

LA ENTIDAD EJECUTADA:

LA NACION - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO las recibirá en la Calle 43 No. 57 - 14 CAN de la ciudad de Bogotá D.C.

LA PARTE EJECUTANTE:

Las recibirá en la dirección aportada en el escrito de la demanda.

Cordialmente,



Eduardo Moisés Blanchar Daza

C.C. 1.065.659.633 Expedida en Valledupar

T.P. N° 266.994 de C.S.J.

Elaboró: Eduardo Moises Blanchar Daza, Profesional 4 Zona 4, Unidad Especial de Defensa Judicial FOMAG, Vicepresidencia Jurídica, Fiduprevisora S.A.

Pantallazos aplicativo FOMAG 1

PAGE_1

FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.		Forma:	CONSULTA_F
SISTEMA DE PRESTACIONES SOCIALES		Usuario:	T_EBLANCHA
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO		Fecha:	2022-12-19
V1.9.1			
Consulta de Prestaciones			
Tipo Documento	1 CEDULA DE CIUDADANIA	Documento Docente	41,403,737
Nombre Docente	MARIA DEL PILAR	Apellidos	REINA DE LINARES
Fecha Nacimiento	1947-05-16	Fallecimiento	
Identificador	1622605		
Generico	PENS PENSIONES	Principal	PJU PENSION DE JUBILACION
Tipo Prestación	APJU AJUSTE A LA PENSION DE JUBILACION		
Subtipo	APJUFC FALLO CONTENCIOSO AJUSTE A LA PENSION DE JUBILACION		
Ente Territorial	11001 BOGOTA D.C.		
Departamento	11 BOGOTA D.C.	Municipio	1 BOGOTA D. C.
Establecimiento	111001017795 INST EDUC DIST MAGDALENA ORTEGA DE NARIÑO		
Tipo Vinculación	1 NACIONAL	Fte.Recurso	4 SITUADO FISCAL/PRESUPUE
Indicador Tutela	N	Fallo Autoriza Pago S/N	
Corregido/Ratificado			
Estado Tramite	PAGA PAGADA	Fecha	2018-07-19
Estado Prestación	PAGA PAGADA	Fecha	2018-07-19
Fec_Cruce_Reg		Num Arch. Reg	
		Num. Token Reg	

PAGE_1

FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.		Forma:	CONSULTA_F
SISTEMA DE PRESTACIONES SOCIALES		Usuario:	T_EBLANCHA
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO		Fecha:	2022-12-19
V1.9.1			
Consulta de Prestaciones			
Tipo Documento	1 CEDULA DE CIUDADANIA	Documento Docente	41,403,737
Nombre Docente	MARIA DEL PILAR	Apellidos	REINA DE LINARES
Fecha Nacimiento	1947-05-16	Fallecimiento	
Identificador	1622605		

PAGE_2

Fecha Sistema	2018-07-19	Nro Resolución	2114	Fecha Orden	2018-06-12
Enlace Negada		Fec Resolución	2018-02-28	Oficio Orden	629892
En. Principal	0000464810	Fecha de Pago	2018-07-25	Fec. Devoluc.	
En. Recu/Revo		Clase Nómina	N ORMAL	Nro. Devoluc.	
Formulario		Fecha Corte	2018-07-30	Pago Neto	20,359,157
Observaciones	REF: SENTENCIA PROFERIDA POR EL JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL				
Fecha Pago desligado					
Estado Prestación	PAGA PAGADA	Fecha	2018-07-19		
Fec_Cruce_Reg		Num Arch. Reg		Num. Token Reg	

{fiduprevisora)

Comprometidos con
lo que más valoras

RAD_S

Al contestar por favor cite:

Radicado No.: *RAD_S*

Fecha: *F_RAD_S*



PAGE_1

Editor

REF: Sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete (17) Administrativo Oral de Bogotá Sección Segunda, de fecha 30 de Noviembre de 2016 Demandante: MARIA DEL PILAR REINA DE LINARES C.C. 41,403,737 Resuelve: Reconocer la Pensión de jubilación con los factores salariales asignación básica, prima de alimentación, prima especial, prima de vacaciones y prima de navidad a partir de 18 enero 2010, por prescripción trienal. Numero de Proceso: 110013335 017 2014 00627 00 Fecha Radicación Cumplimiento Fallo: 09/03/2017 Fecha de Ejecutoria Fallo: 15/12/2016 De conformidad con lo anterior la Secretaría de Educación debe proceder de inmediato a darle cumplimiento al fallo mediante la expedición de un acto administrativo que: 1. Reconozca Ajuste a la pensión de Jubilación del docente MARIA DEL PILAR REINA DE LINARES con un Ingreso Base de Liquidación \$1.735.386 x el 75

OK Cancel Search

Estado

Fec_Cruce_Reg Num Arch. Reg Num. Token Reg



Señores
Juzgado Diecisiete (17) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá
(ATN) Luz Matilde Adaime Cabrera (Jueza)
Bogotá D. C.

Referencia: Asunto: Escrito de contestación de demanda Radicado No. 11001-33-35017202200163 Medio de control: Nulidad y restablecimiento de derecho Demandante: William Valencia Carvajal Demandado: Comisión Nacional del Servicio Civil Fecha de radicación: 15.02.2023 Cadena de mensajes: correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Paula Alejandra Cabra Chiquiza, abogada titulada e inscrita, identificada civil y profesionalmente como aparece al pie de mi correspondiente firma, actuando en esta oportunidad como apoderada judicial de la **Comisión Nacional del Servicio Civil**, respetuosamente me dirijo a usted[es] con el objeto de presentar para su análisis y ulteriores determinaciones escrito de contestación de la demanda promovida por el señor **William Valencia Carvajal**, a través de su apoderada judicial, la cual formula en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho¹

En tal virtud procedo a desarrollar los puntos contenidos en el artículo 175² del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en los siguientes términos:

I. SOLICITUDES

- 1.1. NEGAR** las pretensiones de la demanda.
- 1.2. DECLARAR** probadas las excepciones previas que aquí se formulan, o en su defecto,
- 1.3. DECLARAR** probadas las excepciones de mérito que aquí se formulan.
- 1.4. CONDENAR** en costas procesales, incluyendo las agencias en derecho a la parte actora.
- 1.5. RECONOCER** personería jurídica para actuar dentro del proceso para los fines en que se confirió el poder.

¹ Artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contenciosos Administrativo.
² Modificado por el artículo 3 de la Ley 2080 de 2021.

II. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

En lo que corresponde a este punto, me permito manifestar desde este momento que la Comisión Nacional del Servicio Civil [en adelante la CNSC], se opone a las pretensiones de la demanda.

Por lo tanto, reitera, se pide que se nieguen y se declaren probadas las excepciones previas y/o en su defecto las de mérito que aquí se formulan.

III. IDENTIFICACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA
--

Parte demandada:	La Comisión Nacional del Servicio Civil Organismo autónomo de orden nacional e independiente de las tres (3) ramas del poder público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Correo exclusivo para notificaciones judiciales: notificacionesjudiciales@cns.gov.co
Representante judicial de la parte demandada:	Paula Alejandra Cabra Chiquiza Documento de identificación: C. C. Nro. 1075669418 [Zipaquirá, Cundinamarca] Identificación profesional: T. P. Nro. 278 860 [C. S. de la J.] Notificaciones: Carrera 16# 96-64 Bogotá D. C. Celular: 3112742381 Correo electrónico: pcabra@cns.gov.co

IV. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS HECHOS DE LA DEMANDA

Los hechos que se indican en la demanda serán contestados en el mismo orden que fueron rotulados, por un lado, y de otro, se expresaran las observaciones que sirvan de sustento al ejercicio de las garantías de contradicción y defensa.

Numeral	Respuesta	Observación
Primero	No me consta	Es una manifestación subjetiva del libelista, no es un hecho jurídicamente relevante.
Segundo	No me consta	Igual que el hecho anterior, no es un hecho jurídicamente relevante.
Tercero	No me consta	Se desconoce la relación de orden civil allí manifestada.
Cuarto	No me consta	Igual que el hecho anterior.
Quinto	Es cierto	Sin embargo, se debe tener presente que frente al cumplimiento de la OPEC 59849 el aquí demandante aportó la siguiente documentación: • Título de Técnico en Cocina Otorgado por el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, el 29/04/2014 • Título de Tecnólogo en Gestión para

		establecimientos de alimentos y bebidas Otorgado por el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, el 23/08/2017 Título que NO hacen parte de los programas académicos exigidos por el empleo a proveer, situación que da cuenta del incumplimiento de la exigencia académica																																																																																					
Sexto	Es cierto	Igual que el hecho anterior.																																																																																					
Séptimo	No es un hecho	Es una apreciación subjetiva irrelevante para el tema que nos ocupa																																																																																					
Octavo	No es un hecho	Es una apreciación subjetiva irrelevante para el tema que nos ocupa; lo anterior con ocasión a que los documentos de formación aportados NO hacen parte de los programas académicos exigidos por el empleo a proveer , por lo que no se hizo necesario verificar los demás documentos aportados en el SIMO para el ítem de experiencia.																																																																																					
Noveno	Es cierto																																																																																						
Décimo	Es cierto	Revisado el aplicativo SIMO se evidencia que el señor WILLIAN VALENCIA CARVAJAL se inscribió al proceso de selección , de la Convocatoria 436 de 2017-SENA” para el empleo denominado Instructor, Código 3010, Grado 1 , identificado con código OPEC No. 59849 , correspondiente al área temática de PROCESAMIENTO DE ALIMENTOS - PANADERIA Y REPOSTERIA .																																																																																					
Décimo primero	No es un hecho	Se reitera lo manifestado, dichos títulos NO hacen parte de los programas académicos exigidos por el empleo a proveer.																																																																																					
Décimo segundo	Parcialmente cierto	Los documentos aportados en el aplicativo SIMO por el aspirante para el ítem de experiencia, fueron los siguientes: EXPERIENCIA <table><tr><th>Empresa</th><th>Cargo</th><th>Fecha Ingreso</th><th>Fecha Salida</th><th>Ver</th></tr><tr><td>DISTRIBUIDORA BOY BAN</td><td>ASESOR TECNICO EN PRODUCTOS DE PANIFICACION</td><td>2014-07-03</td><td>2014-10-26</td><td>Ver</td></tr><tr><td>SENA</td><td>INSTRUCTOR DE PANADERIA Y PASTELERIA</td><td>2008-10-19</td><td>2009-10-19</td><td>Ver</td></tr><tr><td>SENA</td><td>INSTRUCTOR DE PANADERIA PASTELERIA</td><td>2010-09-12</td><td>2010-11-30</td><td>Ver</td></tr><tr><td>SENA</td><td>INSTRUCTOR DE PANADERIA Y PASTELERIA</td><td>2011-02-04</td><td>2011-07-23</td><td>Ver</td></tr><tr><td>SENA</td><td>INSTRUCTOR DE PANADERIA Y PASTELERIA</td><td>2011-09-13</td><td>2011-12-16</td><td>Ver</td></tr><tr><td>SENA</td><td>INSTRUCTOR DE PANADERIA Y PASTELERIA</td><td>2012-04-16</td><td>2012-12-11</td><td>Ver</td></tr><tr><td>SENA</td><td>INSTRUCTOR DE PANADERIA Y PASTELERIA</td><td>2013-03-16</td><td>2013-12-18</td><td>Ver</td></tr><tr><td>SENA</td><td>INSTRUCTOR DE PANADERIA Y PASTELERIA</td><td>2016-02-16</td><td>2016-07-16</td><td>Ver</td></tr><tr><td>ASOCIACION MANOS CREATIVAS Y FORMATIVAS ONG</td><td>INSTRUCTOR Y DE GASTRONOMIA PANADERIA Y PASTELERIA</td><td>2013-02-03</td><td>2013-12-13</td><td>Ver</td></tr><tr><td>C.I SANTANDERIANA DE ACEITES S.A.</td><td>VENDEDOR TECNICO EN PRODUCTOS DE PANIFICACION</td><td>2006-06-01</td><td>2007-04-30</td><td>Ver</td></tr></table> EXPERIENCIA <table><tr><th>Empresa</th><th>Cargo</th><th>Fecha Ingreso</th><th>Fecha Salida</th><th>Ver</th></tr><tr><td>T Y S TEMPORALES Y SISTEMORA LTDA</td><td>ASESOR TECNICO EN PANADERIA</td><td>2006-02-07</td><td>2006-05-31</td><td>Ver</td></tr><tr><td>DISTRIBUIDORA HARGAN</td><td>TECNICO EN PRODUCTOS DE PANIFICACION</td><td>2004-12-01</td><td>2006-01-28</td><td>Ver</td></tr><tr><td>QUESERA VALLEDURAR</td><td>TECNICO EN PRODUCTOS DE PANIFICACION</td><td>2002-01-15</td><td>2004-11-04</td><td>Ver</td></tr><tr><td>LA OLIVISCA</td><td>PANADERO REPOSTERO</td><td>1993-07-25</td><td>2001-12-30</td><td>Ver</td></tr><tr><td>SENA</td><td>INSTRUCTOR DE COCINA</td><td>2017-02-01</td><td></td><td>Ver</td></tr></table> 11 - 15 de 15 resultados	Empresa	Cargo	Fecha Ingreso	Fecha Salida	Ver	DISTRIBUIDORA BOY BAN	ASESOR TECNICO EN PRODUCTOS DE PANIFICACION	2014-07-03	2014-10-26	Ver	SENA	INSTRUCTOR DE PANADERIA Y PASTELERIA	2008-10-19	2009-10-19	Ver	SENA	INSTRUCTOR DE PANADERIA PASTELERIA	2010-09-12	2010-11-30	Ver	SENA	INSTRUCTOR DE PANADERIA Y PASTELERIA	2011-02-04	2011-07-23	Ver	SENA	INSTRUCTOR DE PANADERIA Y PASTELERIA	2011-09-13	2011-12-16	Ver	SENA	INSTRUCTOR DE PANADERIA Y PASTELERIA	2012-04-16	2012-12-11	Ver	SENA	INSTRUCTOR DE PANADERIA Y PASTELERIA	2013-03-16	2013-12-18	Ver	SENA	INSTRUCTOR DE PANADERIA Y PASTELERIA	2016-02-16	2016-07-16	Ver	ASOCIACION MANOS CREATIVAS Y FORMATIVAS ONG	INSTRUCTOR Y DE GASTRONOMIA PANADERIA Y PASTELERIA	2013-02-03	2013-12-13	Ver	C.I SANTANDERIANA DE ACEITES S.A.	VENDEDOR TECNICO EN PRODUCTOS DE PANIFICACION	2006-06-01	2007-04-30	Ver	Empresa	Cargo	Fecha Ingreso	Fecha Salida	Ver	T Y S TEMPORALES Y SISTEMORA LTDA	ASESOR TECNICO EN PANADERIA	2006-02-07	2006-05-31	Ver	DISTRIBUIDORA HARGAN	TECNICO EN PRODUCTOS DE PANIFICACION	2004-12-01	2006-01-28	Ver	QUESERA VALLEDURAR	TECNICO EN PRODUCTOS DE PANIFICACION	2002-01-15	2004-11-04	Ver	LA OLIVISCA	PANADERO REPOSTERO	1993-07-25	2001-12-30	Ver	SENA	INSTRUCTOR DE COCINA	2017-02-01		Ver
Empresa	Cargo	Fecha Ingreso	Fecha Salida	Ver																																																																																			
DISTRIBUIDORA BOY BAN	ASESOR TECNICO EN PRODUCTOS DE PANIFICACION	2014-07-03	2014-10-26	Ver																																																																																			
SENA	INSTRUCTOR DE PANADERIA Y PASTELERIA	2008-10-19	2009-10-19	Ver																																																																																			
SENA	INSTRUCTOR DE PANADERIA PASTELERIA	2010-09-12	2010-11-30	Ver																																																																																			
SENA	INSTRUCTOR DE PANADERIA Y PASTELERIA	2011-02-04	2011-07-23	Ver																																																																																			
SENA	INSTRUCTOR DE PANADERIA Y PASTELERIA	2011-09-13	2011-12-16	Ver																																																																																			
SENA	INSTRUCTOR DE PANADERIA Y PASTELERIA	2012-04-16	2012-12-11	Ver																																																																																			
SENA	INSTRUCTOR DE PANADERIA Y PASTELERIA	2013-03-16	2013-12-18	Ver																																																																																			
SENA	INSTRUCTOR DE PANADERIA Y PASTELERIA	2016-02-16	2016-07-16	Ver																																																																																			
ASOCIACION MANOS CREATIVAS Y FORMATIVAS ONG	INSTRUCTOR Y DE GASTRONOMIA PANADERIA Y PASTELERIA	2013-02-03	2013-12-13	Ver																																																																																			
C.I SANTANDERIANA DE ACEITES S.A.	VENDEDOR TECNICO EN PRODUCTOS DE PANIFICACION	2006-06-01	2007-04-30	Ver																																																																																			
Empresa	Cargo	Fecha Ingreso	Fecha Salida	Ver																																																																																			
T Y S TEMPORALES Y SISTEMORA LTDA	ASESOR TECNICO EN PANADERIA	2006-02-07	2006-05-31	Ver																																																																																			
DISTRIBUIDORA HARGAN	TECNICO EN PRODUCTOS DE PANIFICACION	2004-12-01	2006-01-28	Ver																																																																																			
QUESERA VALLEDURAR	TECNICO EN PRODUCTOS DE PANIFICACION	2002-01-15	2004-11-04	Ver																																																																																			
LA OLIVISCA	PANADERO REPOSTERO	1993-07-25	2001-12-30	Ver																																																																																			
SENA	INSTRUCTOR DE COCINA	2017-02-01		Ver																																																																																			
Décimo tercero	Es cierto																																																																																						
Décimo cuarto	Parcialmente cierto	Se aclara, lo siguiente: La Lista de Elegibles adoptada a través de la Resolución No. CNSC 20182120186395 DEL 24/12/18 NO QUEDÓ EN FIRME, por cuanto la Comisión de Personal del SENA en su legítimo actuar solicitó a la Comisión Nacional del Servicio Civil la exclusión de conformidad a lo descrito en el artículo 54 del Acuerdo de Convocatoria, según el cual: “la Comisión																																																																																					

		de Personal de la entidad u organismo interesado, podrá solicitar a la CNSC, en los términos del Decreto Ley 760 de 2005, la exclusión de la correspondiente Lista de Elegibles de la persona o personas que figuren en ella, por los siguientes hechos: 1. <u>Fue admitida al Concurso abierto de méritos sin reunir los requisitos exigidos en la Convocatoria.</u> 2. Aportó documentos falsos o adulterados o por haber incurrido en falsedad de información para su inscripción o participación en el Concurso abierto de méritos. 3. No superó las pruebas del Concurso abierto de méritos. 4. Fue suplantada por otra persona para la presentación de las pruebas previstas en el Concurso abierto de méritos. 5. Conoció con anticipación las pruebas aplicadas. 6. Realizó acciones para cometer fraude en el Concurso abierto de méritos”
Décimo quinto	Es cierto	Me permito al respecto adjuntar la solicitud realizada por el SENA, en los siguientes términos: Nº de solicitud188170462 Asunto:Verificación lista de elegibles Resumen: Dando cumplimiento al artículo 14 del Decreto - Ley 760 de 2005, se solicita exclusión de la lista de elegibles por la siguiente causal: 14.1. Fue admitida al concurso sin reunir los requisitos exigidos en la convocatoria. Verificados los documentos presentados por el aspirante WILLIAM VALENCIA CARVAJAL C.C. 12.190.447, y en concordancia con lo estipulado en el Acuerdo No. 20171000000116 del 24 07 2017, ARTICULO 19. CERTIFICACIÓN DE LA EXPERIENCIA, no cumple con la experiencia relacionada con las funciones del empleo a proveer OPEC 59849(PROCESAMIENTO DE ALIMENTOS - PANADERIA Y REPOSTERIA), toda vez que las certificaciones de experiencia no cuentan con firma, así mismo, el título académico de técnico en cocina, no corresponde al requerido por el cargo. Clase de solicitudExclusion
Décimo sexto	Es cierto	
Décimo séptimo	Es cierto	
Décimo octavo	Es cierto	
Décimo noveno	Es cierto	
Vigésimo	Es cierto	
Vigésimo primero	No es un hecho	No es un hecho jurídicamente relevante.
Vigésimo Segundo	No es un hecho	No es un hecho jurídicamente relevante.
Vigésimo tercero	No es un hecho	No es un hecho jurídicamente relevante.
Vigésimo cuarto	No es un hecho	No es un hecho jurídicamente relevante.
Vigésimo quinto	No es un hecho	Es solo un acto procesal.
Vigésimo sexto	No es un hecho	Es solo un acto procesal.
Vigésimo séptimo	No es un hecho	Es solo un acto procesal.

V. EXCEPCIONES DE MÉRITO

5.1 Primera excepción de mérito

5.1.1 Presentación primera excepción de mérito

Inexistencia de causal de nulidad del acto administrativo acusado

5.1.2 Desarrollo de la primera excepción de mérito

El artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala en el medio de control de nulidad:

“Artículo 137. Nulidad. *Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió”*

A su vez, el numeral 4º del artículo 162 de la misma codificación, establece que cuando se acusa un acto administrativo se debe desarrollar los fundamentos de derecho de las pretensiones, indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación.

En estricto sentido el Consejo de Estado a su cargo ha indicado en pacífica y reiterada jurisprudencia, que al pretenderse la nulidad de actos administrativos se deben desarrollar las razones por las cuales el cargo está llamado a prosperar, ello en atención a la carga que tiene la parte activa del asunto, de exponer el concepto de violación y no dejar al Juez la responsabilidad de “interpretar” las razones de lo pretendido.

Entre otros pronunciamientos al respecto los siguientes:

“(...) No puede esta Corporación perder de vista que la Justicia Administrativa es rogada, que los actos administrativos que se acusan ante ella se presumen ajustados a la Constitución y a la Ley, y que la primera de las cargas que asume quien acude a ella en sede de anulación de un acto administrativo es la de exponer de manera clara, adecuada y suficiente las razones por las cuales estima que la decisión demandada incurre en el cargo señalado.

(...) Esto, por cuanto de una adecuada definición del concepto de la violación depende que la parte demandada tenga certeza de cuáles son los motivos por los que se le lleva a juicio, condición indispensable para una defensa acorde con la garantía del artículo 29 de la Constitución, y que el juez adquiera una comprensión adecuada de la controversia, aspecto esencial para fijar el litigio dentro de los contornos señalados por las partes en sus pretensiones, excepciones y razones de defensa, conforme lo exige el debido proceso constitucionalmente impuesto (...)”³

Igualmente, el Tribunal Constitucional ha señalado:

“Se trata, como explicó la Corte Constitucional en la sentencia C-197 de 1999, de una carga mínima razonable y proporcionada, que busca regular y racionalizar el ejercicio del derecho de acceso a la administración de justicia, hacerlo compatible con el deber constitucional de colaborar con el buen funcionamiento del aparato judicial (artículo 95.7 de la Constitución) y garantizar el derecho de defensa de la Administración Pública.

³ Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Radicación 2010-0026001. Consejero Ponente: Doctor Guillermo Vargas Ayala, 5 de mayo de 2016.

Carece de toda racionalidad que presumiéndose la legalidad del acto tenga el juez administrativo que buscar oficiosamente las posibles causas de nulidad de los actos administrativos, más aún cuando dicha búsqueda no sólo dispendiosa sino en extremo difícil y a veces imposible de concretar, frente al sin número de disposiciones normativas que regulan la actividad de la administración.”⁴

En suma, como se puede observar la legislación y la jurisprudencia vigente sobre la material señala[n] entre otros asuntos, que **le corresponde a quien pretende desvirtuar la presunción de acierto y legalidad de un determinado acto administrativo, es decir al demandante, presentar las razones concretas en virtud de las cuales un acto administrativo viola el sistema jurídico colombiano**, sin que sean admisibles las acusaciones que surjan como consecuencia de su aplicación o inaplicación, pues según la tradición jurídica colombiana y el modelo de control judicial en defensa de la Constitución y leyes de orden abstracto y/o concreto cuando en ultimas se pretende defender derechos subjetivos del demandante.

Por tanto, le corresponde al actor determinar en este tipo de asuntos cual o cuales son las causales de nulidad de las previstas en los artículos 137 y 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y cumpla con las exigencias argumentativas para presentar en forma coherente con las cuales se pretende derruir los fundamentos del acto administrativo objeto de la censura.

Así la la fundamentación de los hechos, la presentación de la violación y su desarrollo debe realizarse mediante un discurso ordenado, concadenado, claro, preciso y concreto, sin que exista campo para las especulaciones, las apreciaciones subjetivas o la interpretación acomodada de los textos normativos que se invocan como violados.

En ese orden de ideas, conviene tener lo dicho en líneas precedentes, presente ante una demanda que se presenta a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (138 C. P. A. C. A.) debe realizarse de manera similar.

En síntesis, cuando se trata de enjuiciar la legalidad de uno o varios actos administrativos uno de los requisitos que se exige[n] consiste en esencia en presentar un cargo concreto (acusación) que le permita al operador judicial fijar el litigio (el problema jurídico) y su metodología de solución, así como la intensidad del control judicial a desarrollar.

Descendiendo al caso concreto se tiene lo siguiente:

i) De la atenta lectura de los hechos narrados en la demandada, así como el concepto de violación se evidencia lo siguiente:

⁴ Ibidem

- De la narración de hechos que según el sentir de la parte actora, terminan por evidenciar la violación de unos textos de orden constitucional y legal, se puede evidenciar que no corresponden a una descripción directa de los cargos que se le endilgan a los actos administrativos acusados; es decir, en otras palabras, lo que allí se pretende no es la defensa del ordenamiento jurídico y derruir la presunción constitucional de acierto y legalidad, y sobre todo, un especial interés particular de entorpecer que se materialice el principio fundamental de la meritocracia previsto en el artículo 125 de la Constitución Política de 1991 y elemento definitorio del Estado social de derecho, según jurisprudencia constitucional vigente⁵.

ii) En nada, la aquí la parte actora presentó un cargo concreto invocando alguna de las modalidades descritas en el artículo 137 del C. P. A. C. A., ni mucho menos, formuló un reproche específico contra las razones jurídicas expresadas en los actos administrativos acusados.

iii) En ese orden de ideas, la confrontación que aquí debió hacer el actor es estructurar una acusación en virtud de la cual el operador judicial logre contrastar los fundamentos jurídicos y fácticos expuesto en los actos administrativos acusados en relación con las normas y el concepto de violación expuestos en la demanda.

Ahora bien, se aprecia en el libelo introductor de la demanda que se enuncia y se transcriben varias disposiciones de orden constitucional, solo por citar por vía de ejemplo los artículos 13 y 29 de la Constitución Política de 1991 y se afirma que la CNSC desconoció la garantía nodal de estricta legalidad, sin que se logre presentar las razones concretas de error hermenéutico de interpretación que le endilga el aquí accionante.

iv) Igualmente, el libelista se limita a explicar de manera superficial las razones jurídicas por las cuales considera fueron vulneradas las normas, sin embargo, no especifica como la CNSC afecta y viola los supuestos derechos fundamentales de su representado, tampoco aporta pruebas sobre la que se pueda inferir que el suplicante tenga alguna razón, distintas a sus apreciaciones erradas y sin fundamentos jurídicos y fácticos que demuestren que la entidad que represento se haya extralimitado en sus funciones y haya incurrido en una desviación de poder.

De igual manera, esta parte supone que la parte demandante frente al concepto de la violación, lo encuadra en una la falsa motivación, al decir que: *“La falsa motivación, se constituye en un vicio del acto administrativo, de aquellos que el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo categoriza como vicio material, al*

⁵ Corte Constitucional. Sala Plena. M. P. Dra. María Victoria Calle. Sentencia C 699 de trece (13) de diciembre de dos mil dieciséis (2016).

igual que la emisión del acto con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profirió. La falsa motivación se traduce en aquel error de hecho o de derecho que en determinado momento puede afectar la legalidad del acto y el desvío de poder, en la intención con la cual la autoridad toma una decisión persiguiendo un fin diferente al previsto por el legislador, que obedece a un propósito particular, personal o arbitrario. Ahora bien, la falta de motivación, bien puede interpretarse como el vicio formal denominado expedición irregular, que particularmente acontece cuando se emite el acto administrativo sin sujeción a un procedimiento y a unas fórmulas determinadas; referido no solo a su mera condición exterior, sino a la inobservancia de las exigencias expresas de la ley para ciertos actos, como cuando aquella ordena que sea adoptado únicamente por escrito o con expresión de los motivos, vale decir, con motivación explícita y obligatoria” Si bien es cierto que los empleos de carrera deben ceñirse a unos requisitos legales y encaminarse plenamente a lo dispuesto por la constitución y la Ley estar encaminados a un principio de transparencia, mi poderdante ya cumplía mas de 13 años ocupando su labor y está en perfectas condiciones actitudes para desempeñar su día a día; por ello se presentó al concurso y ocupo un puntaje del 1 primer puesto”. argumento que está fuera de la realidad, puesto que, como se ha argumentado, los hechos y motivos que llevaron a la Comisión Nacional del Servicio Civil a expedir el acto administrativo demandado, corresponde al ejercicio de las funciones constitucionales y legales de la misma, situación que también encuentra respaldo probatorio entre otros, por la solicitud realizada por el SENA.

Es así como, al no argumentar las razones jurídicas del concepto de violación, la demanda instaurada y que pretende la nulidad, se considera, no están llamadas a prosperar.

En consideración a lo anterior, quien atiende los intereses de la entidad que funge como una de las partes demandada estima que los argumentos jurídicos y concepto de violación presentada como teoría de caso por cuenta del representante judicial, no logran tener la fuerza argumentativa, ni se constituyen en una acusación clara, cierta, objetiva, pertinente y suficiente que logren desvirtuar la presunción constitucional de acierto y legalidad de los actos administrativos acusados.

5.1.3 Conclusiones

Corolario con lo expuesto, la presente excepción me mérito se encuentra llamada a prosperar.

5.2 Segunda excepción de mérito

5.2.1 Presentación Segunda excepción de mérito

Inexistencia de responsabilidad de la Comisión Nacional del Servicio Civil

5.2.2 Desarrollo de la segunda excepción de mérito

El artículo 130 de la Constitución Política de 1991, señala:

“Habrá una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial”

A su vez, el artículo 7 de la Ley 909 de 2004, establece a la Comisión Nacional del Servicio Civil, como:

“responsable de la administración y vigilancia de las carreras, excepto de las carreras especiales, es un órgano de garantía y protección del sistema de mérito en el empleo público en los términos establecidos en la presente ley, de carácter permanente de nivel nacional, independiente de las ramas y órganos del poder públicos, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.

*Con el fin de garantizar la plena vigencia del **principio de mérito** en el empleo público de carrera administrativa, la Comisión Nacional del Servicio Civil actuará de acuerdo con los principios de objetividad, **independencia** e imparcialidad.*

[...]”

Igualmente, en el artículo 11 de la Ley 909 de 2004, indica como funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil, en relación con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa, lo siguiente:

“ [...] En ejercicio de las atribuciones relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa, la Comisión Nacional del Servicio Civil ejercerá las siguientes funciones:

- a) *Establecer de acuerdo con la Ley y los reglamentos, los lineamientos generales con que se desarrollaran los procesos de selección para la provisión de los empleos de carrera administrativa de las entidades a las cuales se aplica la presente ley; (**Ver acuerdo de la C. N. S. C. de. Cada convocatoria**).*

En ese orden, la CNSC, en usos de las competencias ya señaladas de orden constitucional y legal, procedió a adelantar el **Concurso Abierto de Méritos para proveer las vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Servicio Nacional de Aprendizajes SENA**; proceso que se identificó como “Convocatoria No. 436 de 2017- SENA”, para tal efecto, se expidió el Acuerdo No. CNSC-2017100000116 de 24-07-2017 “*por el cual se convoca a Concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa del Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA, Convocatoria No. 436 de 2017- SENA*”; modificado por los Acuerdos Nos. 20171000000146 del 05 de septiembre de 2017, 20171000000156 del 19 de octubre de 2017 y 20181000000876 del 19 de enero de 2018 y aclarado por el Acuerdo No. 20181000001006 del 08 de junio de 2018.

En ese orden, se convocó el proceso de selección para proveer por concurso abierto de méritos los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA, norma que **autovincula y controla el concurso de méritos** denominado **Convocatoria No. 436 de 2017-SENA**.

Norma, según la cual en su artículo 4⁶ fijó la estructura del proceso del proceso de selección en los siguientes términos:

ARTÍCULO 4º. ESTRUCTURA DEL PROCESO DE SELECCIÓN. *El presente Concurso Abierto de Méritos para la selección de los aspirantes tendrá las siguientes fases:*

1. *Convocatoria y divulgación.*
2. *Inscripciones.*
3. *Verificación de requisitos mínimos.*
4. *Aplicación de pruebas.*
 - 4.1 *Pruebas sobre Competencias Básicas y Funcionales.*
 - 4.2 *Pruebas sobre Competencias Comportamentales.*
 - 4.3 *Valoración de antecedentes.*
 - 4.4 *Prueba Técnico-Pedagógica para cargos de Instructor.*
5. *Conformación de Listas de Elegibles.*
6. *Periodo de Prueba*

E igualmente, indicó los requisitos generales de participación y causales de exclusión, que debían cumplir los aspirantes, en el artículo 9º, que a continuación se transcribe:

⁶ Acuerdo No. CNSC-2017100000116 de 24-07-2017 “*por el cual se convoca a Concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa del Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA, Convocatoria No. 436 de 2017- SENA,*”

Artículo 9º. REQUISITOS GENERALES DE PARTICIPACIÓN Y CAUSALES DE EXCLUSIÓN.

Para participar en el proceso de selección se requiere

1. *Ser ciudadano(a) Colombiano(a).*
 2. *Cumplir con los requisitos mínimos del empleo que escoja el aspirante, señalados en la Oferta Pública de Empleos de Carrera- OPEC, del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA.*
 3. *No encontrarse incurso dentro de las causales constitucionales y legales de inhabilidad e incompatibilidad o prohibiciones para desempeñar empleos públicos, que persistan al momento de posesionarse en el evento de ocupar una posición de elegibilidad como resultado del concurso abierto de méritos.*
 4. **Aceptar en su totalidad las reglas establecidas en la Convocatoria.**
 5. *Los demás requisitos establecidos en normas legales y reglamentarias vigentes.*
 6. *Registrarse en el Sistema de apoyo, para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad-SIMO o su equivalente.*
 7. *Contar con los requisitos de residencia correspondientes, según disposiciones de la Oficina de Control de Circulación y Residencia, O.C. C. R. E. este requisito aplica únicamente para aspirantes a los empleos ubicados en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.*
- (...)

Así las cosas, se asume que el aquí demandante leyó y aceptó la totalidad de las reglas establecidas en el multicitado concurso.

Sumado a lo anterior, el artículo 14 del Decreto 760 de 2005 “*por el cual se establece el procedimiento que debe surtirse ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones*”, señala que:

“Artículo 14. Dentro de los cinco (5) días siguientes a la publicación de la lista de elegibles, la Comisión de Personal de la entidad u organismo interesado en el proceso de selección o concurso podrá solicitar a la Comisión Nacional del Servicio Civil la exclusión de la lista de elegibles de la persona o personas que figuren en ella, cuando haya comprobado cualquiera de los siguientes hechos:

14.1. Fue admitida al concurso sin reunir los requisitos exigidos en la convocatoria.

14.2. Aportó documentos falsos o adulterados para su inscripción.

14.3. No superó las pruebas del concurso.

14.4. Fue suplantada por otra persona para la presentación de las pruebas previstas en el concurso.

14.5. Conoció con anticipación las pruebas aplicadas.

14.6. Realizó acciones para cometer fraude en el concurso.

Normatividad que fue puesta en conocimiento del aspirante en el artículo 54 del acuerdo, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 54°. SOLICITUDES DE EXCLUSIÓN DE LAS LISTAS DE ELEGIBLES. Dentro de los cinco (5) días siguientes a la publicación de las Listas de Elegibles, la Comisión de Personal de la entidad u organismo interesado, podrá solicitar a la CNSC, en los términos del Decreto Ley 760 de 2005, la exclusión de la correspondiente Lista de Elegibles de la persona o personas que figuren en ella, por los siguientes hechos:

1. Fue admitida al Concurso abierto de méritos sin reunir los requisitos exigidos en la Convocatoria.
2. Aportó documentos falsos o adulterados o por haber incurrido en falsedad de información para su inscripción o participación en el Concurso abierto de méritos.
3. No superó las pruebas del Concurso abierto de méritos.
4. Fue suplantada por otra persona para la presentación de las pruebas previstas en el Concurso abierto de méritos.
5. Conoció con anticipación las pruebas aplicadas.
6. Realizó acciones para cometer fraude en el Concurso abierto de méritos.

Recibida en término la anterior solicitud, la CNSC adelantará el trámite administrativo previsto en el Decreto Ley 760 de 2005.

La CNSC excluirá de las Listas de Elegibles, sin perjuicio de las acciones de carácter disciplinario y penal a que hubiere lugar, si llegare a comprobar que un aspirante incurrió en uno o más de los hechos previstos en el presente artículo.

Teniendo en cuenta que la entidad que representó cumplió a cabalidad lo ordenado por el Acuerdo frente a la causal allí señalada por la Comisión de Personal de la entidad interesada-SENA, mi representada se encuentra exenta de responsabilidad alguna.

Actualmente la Convocatoria ha finalizado, una vez superada la fase número seis, correspondiente a los nombramientos en periodo de prueba con las listas de elegibles que conformó la CNSC, **etapa de la que es responsable únicamente la entidad nominadora**, conforme al procedimiento establecido en el artículo 2.2.5.1.5 del Decreto 1083 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”.

Por tanto, la competencia para realizar el nombramiento, posesión y retiro de los servidores del SENA, recae exclusivamente en su representante legal o en la persona que éste delegue, no correspondiéndole a la Comisión interferir en esta facultad.

5.2.3 Conclusiones

Las pretensiones de la demanda deben ser rechazadas, debido a que la actuación de mi representada es acorde con el marco de competencias constitucionales, legales y reglamentarias otorgadas a la misma, y con los principios que informan el concurso de méritos.

5.3 Tercera excepción de mérito

5.3.1 Presentación tercera excepción de mérito

Cumplimiento de un deber legal

5.3.2 Desarrollo de tercera excepción de mérito

Las pretensiones de la demanda deben ser rechazadas, teniendo en cuenta que la Comisión Nacional del Servicio Civil, actuó en cumplimiento de sus funciones y deberes constitucionales, legales y reglamentarios, establece los lineamientos generales con que se desarrollarán los procesos de selección para la provisión de los empleos de carrera administrativa de las entidades públicas, así como elaborar las convocatorias a concurso de méritos para la provisión de empleos públicos de carrera, de acuerdo con los términos y condiciones que establezcan la ley y el reglamento.

En consecuencia, una vez agotadas las etapas del concurso de méritos, era menester expedir la lista de elegibles, de conformidad con los puntajes obtenidos por los participantes, en estricto orden de mérito, por un lado, y de otro, atender a la solicitud elevada por el SENA de exclusión de lista de elegibles ante el no cumplimiento de la experiencia relacionada con las funciones del empleo a proveer, al verificar que las certificaciones de experiencia no contaban con las firmas correspondientes y el título académico de técnico de cocina no correspondía al requerido para el cargo.

En ese sentido, le solicito respetuosamente declarar probada la excepción propuesta, y en consecuencia denegar las pretensiones de la demanda.

5.4 Cuarta excepción de mérito

5.4.1 Presentación cuarta excepción de mérito

Excepción innominada

5.4.2 Desarrollo de sexta excepción de mérito

Solicito respetuosamente al Honorable Despacho decretar de oficio cualquier excepción que adviertan o se llegare a probar dentro de este proceso, la cual solicito se decida en la sentencia, artículo 187 CPACA.

5.5 Conclusiones generales

Se confirma que, de manera imperativa se presume de buena fe que los aspirantes presentan los documentos con que aspiran participar en los procesos de Convocatoria, tal como les son expedidos por las entidades públicas y privadas que

acreditan su relación laboral

A la luz del proceso de selección, se debe advertir que el mérito y la carrera han sido consideradas jurisprudencialmente como principios constitucionales.

Bajo estas consideraciones, y en cumplimiento del principio constitucional de mérito corresponde a la entidad, para el caso el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, realizar en estricto orden los nombramientos en período de prueba de los aspirantes que integran las listas de elegibles, conformadas por la CNSC en el marco de la Convocatoria No. 436 de 2017 – SENA

Se resalta que el accionante no indica unas razones suficientes para que se declare la nulidad de las resoluciones expedidas por la CNSC, siendo que:

1. El SENA presentó exclusiones dentro plazo establecido.
2. La CNSC tenía la competencia para conocer y decidir sobre ella.
3. El demandante contaba con su derecho interponer recurso de reposición ante la CNSC de conformidad con lo señalado en el inciso segundo del artículo 16 del Decreto Ley 760 de 2005 y los artículos 74 y 76 del C.P.A.C.A.
4. Se adelantaron las actuaciones protegiéndose siempre el derecho de defensa y los lineamientos y parámetros establecidos en el Acuerdo No. 20171000000116 del 24 de julio de 2017, modificado por los Acuerdos Nos. 20171000000146 del 05 de septiembre de 2017, 20171000000156 del 19 de octubre de 2017 y 20181000000876 del 19 de enero de 2018 y aclarado por el Acuerdo No. 20181000001006 del 08 de junio de 2018.
5. La resolución que resuelve su recurso de reposición presentado por el demandante establecen los argumentos jurídicos por los cuales se confirma que no cumple para el cargo objeto de concurso.

Por todo lo anterior, de manera respetuosa se reitera al despacho no acceder a las pretensiones de la demanda y en su lugar declarar probadas las excepciones que se han planteado en el presente escrito.

VI. MEDIOS DE PRUEBA

Solicito se tenga en cuenta las siguientes pruebas

1. Las aportadas por la parte actora.
2. Las decretadas por el despacho que orienta este asunto.

3. Auto No. CNSC-20192120014194 del 16-07-2019.
4. Resolución No. CNSC-20192120124705 de 24-12-2019.
5. Resolución No. 6709 de 2020 de 12-06.2020.
6. Constancia de inscripción- SIMO.
7. Resolución No. CNSC-20182120186395 de 24-12-2018.
8. Certificación- Distribuidora BOYPAN SAS
9. Certificación- SENA, de 1 de febrero de 2010.
10. Certificación- SENA No. 0023 de 30 de noviembre de 2010.
11. Certificación- SENA No. 851040- 201 de 15 de julio de 2011.
12. Certificación- SENA No. 2011-0636 de 23 de diciembre de 2011.
13. Certificación- SENA No. 00439-13 de 31 de enero de 2013.
14. Certificación de contrato No. 1729 de 5 de marzo de 2015, suscrito entre el demandante y el SENA.
15. Certificación de contrato No. 1431 de 10 de febrero de 2016, suscrito entre el demandante y el SENA.
16. Certificación- Asociación Manos Creativas y Formativas ONG, expedida el 15 de diciembre de 2013.
17. Certificación C. I. Santandereana de Aceites S. A., de 7 de abril de 2007.
18. Certificación TYS Temporales y Sistempora LTDA de 6 de junio de 2006.
19. Certificación Distribuidora MARIAN de 8 de octubre de 2007.
20. Certificación Quesera Valledupar de 8 de octubre de 2007.
21. Certificación la Olimpica de 3 de octubre de 2007.
22. Copia contrato de prestación de servicios 232 de 2017, suscrito entre el SENA y el demandante.

23. Título de -Técnico en Cocina expedido por el SENA.

24. Título de -tecnólogo en Gestión para establecimiento de alimentos y bebidas expedido por el SENA.

VII. ANEXOS

1. Poder debidamente conferido.
2. Resolución № 3298 de 2021 01-10-2021.

VIII. CITACIONES, COMUNICACIONES Y/O NOTIFICACIONES
--

Las recibiré en los siguientes:

Correo SIRNA: pau.cabra@hotmail.com

Correo institucional: pcabra@cncs.gov.co

Correo de notificaciones: notificacionesjudiciales@cncs.gov.co

Celular: 3112742381

Cordialmente,



Paula Alejandra Cabra Chiquiza

C. C. Nro. 1075669418 [Zipaquirá, Cundinamarca]

T. P. Nro. 278 860 [C. S. de la J.]

Correo electrónico notificaciones: pcabra@cncs.gov.co

SEÑORES

JUZGADO 017 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.
SECCIÓN SEGUNDA

jadmin17bta@notificacionesrj.gov.co

TEL. 6015553939 EXT 1026 Carrera 57 N°43-91 Sede Judicial CAN

E. S. D.

Asunto: Contestación Demanda.

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho.

Radicado No: 11001333501720220016300

Demandante: WILIAM VALENCIA CARVAJAL

Demandado: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA

Luis Rene Rodriguez Benavides, identificado con cedula de ciudadanía N°7.161.779 de Tunja, abogado con tarjeta profesional N°181.098 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi condición de apoderado judicial del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, según poder conferido por el Director Regional Distrito Capital Dr. Gerardo Arturo Medina rosas, el cual acompaño a la presente, me dispongo a contestar la demanda en los términos y cumpliendo las condiciones de los artículos 172 y 174 del Código Administrativo y de los contencioso administrativo. Teniendo en cuenta lo siguiente:

I. FRENTE A LAS PRETENSIONES

En las pretensiones elevadas por la parte actora solicita que.

1. “Se dé la Nulidad del AUTO No. 20192120014194 del 16 de julio de 2019 “por el cual da inicio a una actuación administrativa dentro del proceso del concurso de méritos objeto de la convocatoria y donde la comisión de personal del Sena en uso de la facultada solicita la exclusión de los elegibles que se relacionan a continuación WILLIAM VALENCIA CARVAJAL CONC.C. 12.190.447.” y en su art primero – iniciar actuación administrativa tendiente a determinar el cumplimiento de los requisitos mínimos previstos en la OPEC N° 59849 DE LA CONVOCATORIA 436 DEL 2017, respecto de los siguientes aspirantes, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa del presente acto administrativo”.

Su señoría, debe negar esta solicitud, pues se como se indico en la solicitud de exclusión, el demandante no cumplía con los requisitos exigidos para poder concursar en la convocatoria.

2. “Se dé la nulidad de la RESOLUCION N.º 20192120124705 de 24 Dic de 2019, ”Por la cual se decide la Actuación Administrativa iniciada a través del Auto No. 20192120014194 del 16 de julio de 2019, expedido en el marco de la Convocatoria No. 436 de 2017 – y en su ARTICULO SEGUNDO.- Excluir de la Lista de Elegibles conformada a través de la Resolución No.20182120186395 del 24 de diciembre de 2018 y del proceso de selección de la Convocatoria No. 436 de 2017 - SENA, el señor WILLIAM VALENCIA CARVAJAL, conforme a las consideraciones expuestas en la parte motiva del presente Acto Administrativo”.

Su señoría, debe negar esta solicitud, pues se cómo se indicó en la solicitud de exclusión, el demandante no cumplía con los requisitos exigidos para poder concursar en la convocatoria.

3. “Se de Nulidad a la RESOLUCIÓN № 20202120067095 DE 12-06-2020 “Por la cual se resuelve el Recurso de Reposición interpuesto por el señor WILLIAM VALENCIA CARVAJAL, en contra de la Resolución No. 20192120124705 del 24 de diciembre de 2019, que decidió la Actuación Administrativa iniciada a través del Auto No. 20192120014194 del 16 de julio de 2019, expedido en el marco de la Convocatoria No. 436 de 2017 - SENA” y en su ARTÍCULO PRIMERO.- No Reponer y en su lugar confirmar la decisión contenida en la Resolución No. 20192120124705 del 24 de diciembre de 2019, relacionada a la exclusión de la Lista de Elegibles conformada y adoptada mediante Resolución No. 20182120186395 del 24 de diciembre de 2018 para proveer una (1) vacante del empleo No. 59849, denominado Instructor, Grado 1, así como del proceso de selección denominado Convocatoria No. 436 de 2017 - SENA al señor WILLIAM VALENCIA CARVAJAL.”

Su señoría, debe negar esta solicitud, pues se cómo se indicó en la solicitud de exclusión, el demandante no cumplía con los requisitos exigidos para poder concursar en la convocatoria.

4. “Se de firmeza a la RESOLUCION No. 20182120186395 del 24 de diciembre del 2018, “ Por la cual se conforma la lista de legibles para proveer una vacante del empleo de carrera identificado con el código OPEC N° 59849, denominado INSTRUCTOR, código 3010 grado 1,-del sistema general de carrera del servicio nacional de aprendizaje-SENA – OFERTADO A TRAVES DE LA Convocatoria N 436-217-SENA donde el resuelve ARTÍCULO PRIMERO – Conformar La Lista De Legibles Para Proveer (1) Vacante Del Empleo De Carrera Denominado Instructor, Código 3010, Grado 1, Del Servicio Nacional De Aprendizaje SENA- ofertado a través de la convocatoria 436 de2017-SENA bajo el código OPEC 59849 ASI:””

Su señoría, debe negar esta solicitud, pues se cómo se indicó en la solicitud de exclusión, el demandante no cumplía con los requisitos exigidos para poder concursar en la convocatoria.

5. “Se nombre y se posesiones a mi poderdante al cargo por el cual se Presentó y Ocupó El Primer Lugar”.

Su señoría, debe negar esta solicitud, pues se cómo se indicó en la solicitud de exclusión, el demandante no cumplía con los requisitos exigidos para poder concursar en la convocatoria.

6. “Que se condene a los demandados al pago de las costas del proceso”.

Su señoría, debe negar esta solicitud, pues se cómo se indicó en la solicitud de exclusión, el demandante no cumplía con los requisitos exigidos para poder concursar en la convocatoria.

7. "Que se condene a las entidades demandadas al pago de las pretensiones Ultra y /Extra petita que se encuentren probadas en el proceso".

Se deben condenar en costas de acuerdo a lo probado en el proceso y a la parte vencida.

II. FRENTE A LOS HECHOS

En atención a los hechos narrados por la parte demandante, me permito pronunciarme en los siguientes términos:

"PRIMERO: Desde el 20 de diciembre de 2013 mi poderdante es víctima del Desplazamiento Forzado".

No nos consta.

"SEGUNDO: Mi poderdante cuenta con una experiencia de más de 28 años a lo largo de su vida como instructor en el ÁREA DE PROCESAMIENTO DE ALIMENTOS-PANADERÍA Y REPOSTERÍA".

No esta probado dentro del plenario y no nos consta la experiencia laboral

"TERCERO: Mi poderdante lleva más de 13 años trabajando por prestación de servicios para el Sena, como instructor En el ÁREA DE PROCESAMIENTO DE ALIMENTOS-PANADERÍA Y REPOSTERÍA".

De acuerdo a los documentos indicados en la demanda no esta probado este hecho.

"CUARTO: Mi poderdante se encuentra actualmente contratado por el SENA Mediante Contrato De Prestación De Servicios. Como instructor en el ÁREA DE PROCESAMIENTO DE ALIMENTOS- PANADERÍA Y REPOSTERÍA".

Es cierto, de acuerdo con los documentos anexos.

"QUINTO: El 24 de abril de 2014 El SENA título a mí poderdante por competencias laborales en el Programa de TÉCNICO DE COCINA ver funciones".

Es cierto, de acuerdo con los documentos anexos.

"SEXTO: El 18 de junio del 2017 el Sena título al señor valencia por competencias laborales en el programa de TECOLOGO EN GESTION PARA ESTABLECIMIENTOS DE ALIMENTOS Y BEBIDAS. SEPTIMO: El señor valencia entre otras le fueron evaluadas las competencias de: CONTROLAR EL MANEJO DE LAS MATERIAS PRIMAS EN LA PRODUCCIÓN DE ALIMENTOS DE ACUERDO CON LOS PROCEDIMIENTOS ESTABLECIDOS".

Es cierto, de acuerdo con los documentos anexos.

“OCTAVO: Mi poderdante tiene 112.3 meses de experiencia en EL SENA y otras empresas donde se ha desempeñado puntualmente en el AREA TEMATICA PROCESAMIENTO DE ALIMENTOS PANADERIA Y REPOSTERIA”.

Es cierto, de acuerdo con los documentos anexos.

“NOVENO: La Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), Mediante Acuerdo No. 20171000000116 del 24 de julio de 2017, aclarado por el acuerdo No. 20181000001006 del 08 de junio de 2018, convocó a concurso abierto de méritos para proveer 3.766 empleos con 4.973 vacantes, pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), dentro de la convocatoria pública No.436 de 2017. DECIMO: Mi poderdante El señor William Valencia Carvajal se postuló a la convocatoria 436 de 2017 –SENA para la OPEC No 59849 denominado INSTRUCTOR, CODIGO 3010, Grado 1”.

Es cierto, de acuerdo con los documentos anexos.

“DECIMO PRIMERO: Mi poderdante allego a dicha convocatoria los títulos de:”

No nos consta.

“DECIMO SEGUNDO: mi poderdante anexo como experiencia laboral:”

No nos consta.

“DECIMO TERCERO: Como resultado de dicho concurso mi pupilo después de la evaluación ocupa el 1er Lugar con un puntaje de:”

No nos consta.

“DECIMO CURATO: Seguidamente fue publicada la resolución CNSC - 20182120186395 del 24-12-2018. Donde publica el RESUELVE artículo primero para conformar la lista de elegible, quedando la puntuación de la siguiente manera:”

Es cierto, de acuerdo con los documentos anexos.

“DECIMO QUINTO: La comisión de personal del servicio de aprendizaje -SENA, realizo solicitud de exclusión de mi poderdante WILLIAM VALENCIA CARVAJAL de la lista de elegibles aduciendo como causal el 14.1(fue admitido al concurso sin reunir los requisitos exigidos en la convocatoria.) aduciendo: “No cumple con la experiencia docente del empleo a proveer OPEC 59849 (PROCESAMIENTO DE ALIMENTOS Y REPOSTERIA), toda vez que las certificaciones no cuentan con firma así mismo el título académico de técnico en cocina no corresponde al requerido por el cargo”.

Es cierto, de acuerdo con los documentos anexos.

“DECIMO SEXTO: La CNSC emite acto administrativo N°20192120014194 donde expide solicitud de exclusión A Folio 28,29,30”.

Es cierto, de acuerdo con los documentos anexos.

“DECIMO SEPTIMO: Se interpuso el Derecho A La Defensa Y Contradicción a través del escrito radicado bajo el número 20196000717892 del 01 de agosto del 2019 ante la CNSC Y en contra del radicado 20193010376551 Del 19 de julio del 2019 donde se profiere el acto administrativo N° 20192120014194 de 16 de julio del 2019”.

Es cierto, de acuerdo con los documentos anexos.

“DECIMO OCTAVO: Se profiere Acto administrativo resolución de la CNSC - 20192120124705 del 24-12-2019 por la cual se decide la actuación administrativa iniciada a través del auto 20192120014194 del 16 de julio de 2019, en el resuelve art 2 excluir de la lista de legibles conformada a través de la resolución N° 20182120186395 del 24 de diciembre del 2018. Y del proceso de selección de la convocatoria No 436 de 2017- SENA. Al señor William Valencia Carvajal”.

Es cierto, de acuerdo con los documentos anexos.

“DECIMO NOVENO: Se interpone recurso de reposición el día 16 de enero del 2020 en contra de la resolución CNSC 20192120124705 DEL 24 de diciembre del 2019, notificada el 07 de diciembre del 2020 VIGESIMO: Se profiere resolución 67095 de 2020 12-06-2020 por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por el señor William Valencia Carvajal, donde se confirma la exclusión”.

Es cierto, de acuerdo con los documentos anexos.

VIGESIMO PRIMERO: El día 26 de junio del 2020 se interpone acción de tutela en contra de la CNSC Y EL SENA. en el juzgado 10 de familia de Bogotá”.

Es cierto, de acuerdo con los documentos anexos.

“VIGESIMO SEGUNDO: El 15 de julio del 2020 el juzgado 10 de familia de Bogotá. Niega el amparo por improcedente”.

Es cierto, de acuerdo con los documentos anexos.

“VIGESIMO TERCERO: El día 21 de julio de 2020 Se interpone impugnación elevada ante la sala de familia del tribunal superior del distrito judicial el cual confirma la decisión del primer fallo”.

Es cierto, de acuerdo con los documentos anexos.

“VIGESIMO CUARTO: Sala de familia del tribunal superior del distrito judicial de Bogotá en providencia del 03 de septiembre del 2020, resuelve negar el amparo solicitado aduciendo que no es la vía para para dirimir el conflicto”.

Es cierto, de acuerdo con los documentos anexos.

“VIGESIMO QUINTO: El 29 de septiembre de 2020 se elevó convocatoria de conciliación extrajudicial contencioso administrativa ante la procuraduría general de la nación”.

Es cierto, de acuerdo con los documentos anexos.

“VIGESIMO SEXTO: El día primero de diciembre de 2020 se llevó a cabo la conciliación extrajudicial en procuraduría a la cual no acudieron los convocados SENA”.

Es cierto, de acuerdo con los documentos anexos.

“VIGÉSIMO SEPTIMO: El día 10 de diciembre de 2020 mediante Auto 411 de 2020 la Procuraduría General de la Nación RESUELVE PRIMERO: Entender falta de ánimo conciliatorio de la parte convocada SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA, por no estar justificada la inasistencia de su apoderado(a), en consecuencia, dar por agotada la etapa conciliatoria. Expedir la respectiva constancia. Agotando así el requisito de procedibilidad de vía gubernativa”

Es cierto, de acuerdo con los documentos anexos.

III. FUNDAMENTOS Y RAZONES DE LA DEFENSA.

Es importante señalar a su señoría que las pretensiones de la demanda no pueden prosperar en relación con la entidad a la que represento, por cuanto no se dan los presupuestos exigidos por la norma para si quiera se pueda pensar que la contratación del demandante dba darse, porque no cumplió al momento del concurso con los presupuestos exigidos para ser incluido en el concurso y luego ser incluido en la lista de elegibles.

Ahora con referencia a la jurisprudencia del consejo de estado para afianzar este análisis tenemos La sentencia del consejo de estado Proceso número 17001233100020070019401 consejero ponente Dr. FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA que dicta.

"En este orden de ideas, el Tribunal Administrativo de Caldas no era competente para avocar el conocimiento de la acción, pues la competencia para conocer de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, de acuerdo al artículo 134B del C.C.A., le corresponde al Juez Administrativo, siendo claro que aún no ha operado el fenómeno de la caducidad que para los actos que demanda la Administración es de 2 años contados a partir de la expedición de los mismos, de acuerdo al numeral 7 del artículo 136 del C.C.A"

En esta sentencia que reafirma los dos años que se tiene para impetrar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho sobre la resolución de lista de elegibles No 20182120181135 del 24 de diciembre de 2018 del CNSC que se convoca”.

VIII. EXCEPCIONES DE MERITO

1. LEGALIDAD DEL ACTO DEMANDADO

Para la entidad a la que represento SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA, la vinculación del acá demandante, no se puede realizar porque al momento de participar en el concurso de méritos no cumplía con los requisitos mínimos previstos en la OPEC N° 59849 DE LA CONVOCATORIA 436 DEL 2017.

Por lo anterior, el Legislador ha autorizado la celebración de este tipo de contratos cuando determinada actividad relacionada con la administración o funcionamiento de la entidad, no pueda realizarse con personal de planta y en el caso de los instructores del SENA, es la situación que se ha presentado y se presenta en el caso que nos ocupa, puesto que los instructores contratados por el SENA, lo han sido para una obligación de hacer, para la ejecución de la labor apoyar a la gestión de impartir formación integral en razón de su experiencia, capacitación y formación profesional; por lo que el particular contratado tiene autonomía e independencia en el desarrollo contractual. Se refuerza además en el hecho de que la contratación del contratista se realizó de manera temporal, teniendo en cuenta, como ya se dijo que la necesidad es variable dependiendo de la demanda de alumnos para los diferentes programas académicos que ofrece el SENA. Además, no es posible que el SENA, pueda crear más cargos administrativos de planta al interior de su entidad teniendo en cuenta que el requisito legal exigido para la creación de cargos, referente a las “Cargas de trabajo” no es un requisito real, puesto que esa carga de trabajo es eventual y periódica, puesto que la misma varía según los diferentes cursos académicos que se ofrezcan y según el número de alumnos que se inscriban a estos, y por esta razón la entidad se ve en la necesidad de contratar por medio del contrato de prestación de servicios, respaldados además en disposiciones legales tales como la contenida en el artículo 4 del Decreto 2400 de 1968.

2. PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO A RECLAMAR.

El demandante solicita la nulidad de la resolución No. 20192120014194 del 16 de julio de 2019, por medio del cual el Sena en uso de la facultada solicita la exclusión de los elegibles, entre ellos al demandante señor WILLIAM VALENCIA CARVAJAL.

Para examinar si se da la prescripción de la acción tenemos que examinar la prescripción de la acción, que en el art. 164 del CPACA indica.

“Artículo 164. *Oportunidad para presentar la demanda.* La demanda deberá ser presentada: literal e) Cuando se pretenda la nulidad y la nulidad y restablecimiento del derecho de los actos administrativos de adjudicación de baldíos proferidos por la autoridad agraria correspondiente, la demanda deberá presentarse en el término de dos (2) años, siguientes a su ejecutoria o desde su publicación en el *Diario Oficial*, según el caso. Para los terceros, el término para demandar se contará a partir del día siguiente de la inscripción del acto en la respectiva Oficina de Instrumentos Públicos;”

Así las cosas, el demandante solicita la nulidad de la resoluciones: “Se de Nulidad a la RESOLUCIÓN № 20202120067095 DE 12-06-2020 “Por la cual se resuelve el Recurso de Reposición interpuesto por el señor WILLIAM VALENCIA CARVAJAL, en contra de la Resolución No. 20192120124705 del 24 de diciembre de 2019, que decidió la Actuación Administrativa iniciada a través del Auto No. 20192120014194 del 16 de julio de 2019, expedido en el marco de la Convocatoria No. 436 de 2017 - SENA” y en su ARTÍCULO. PRIMERO.- No Reponer y en su lugar confirmar la decisión contenida en la Resolución No. 20192120124705 del 24 de diciembre de 2019, relacionada a la exclusión de la Lista de Elegibles conformada y adoptada mediante Resolución No. 20182120186395 del 24 de diciembre de 2018 para proveer una (1) vacante del empleo No. 59849, denominado Instructor, Grado 1, así como del proceso de selección denominado Convocatoria No. 436 de 2017 - SENA al señor WILLIAM VALENCIA CARVAJAL” y las resoluciones: Se dé la nulidad de la RESOLUCION N.º 20192120124705 de 24 Dic de 2019, “Por la cual se decide la Actuación Administrativa

iniciada a través del Auto No. 20192120014194 del 16 de julio de 2019, expedido en el marco de la Convocatoria No. 436 de 2017 – y en su ARTICULO SEGUNDO.- Excluir de la Lista de Elegibles conformada a través de la Resolución No.20182120186395 del 24 de diciembre de 2018 y del proceso de selección de la Convocatoria No. 436 de 2017 - SENA, el señor WILLIAM VALENCIA CARVAJAL, conforme a las consideraciones expuestas en la parte motiva del presente Acto Administrativo

No. 20192120014194 del 16 de julio de 2019”. Y de las resoluciones: “Se de Nulidad a la RESOLUCIÓN № 20202120067095 DE 12-06-2020 “Por la cual se resuelve el Recurso de Reposición interpuesto por el señor WILLIAM VALENCIA CARVAJAL, en contra de la Resolución No. 20192120124705 del 24 de diciembre de 2019, que decidió la Actuación Administrativa iniciada a través del Auto No. 20192120014194 del 16 de julio de 2019, expedido en el marco de la Convocatoria No. 436 de 2017 - SENA” y en su ARTÍCULO. PRIMERO.- No Reponer y en su lugar confirmar la decisión contenida en la Resolución No. 20192120124705 del 24 de diciembre de 2019, relacionada a la exclusión de la Lista de Elegibles conformada y adoptada mediante Resolución No. 20182120186395 del 24 de diciembre de 2018 para proveer una (1) vacante del empleo No. 59849, denominado Instructor, Grado 1, así como del proceso de selección denominado Convocatoria No. 436 de 2017 - SENA al señor WILLIAM VALENCIA CARVAJAL”.

1. Estas resoluciones se podía demandar de acuerdo a la norma en cita el día 16 de julio de 2021.
2. Como la demanda se radico 20 Mayo 2022, tendíamos que existe prescripción de la acción para poder acudir a la jurisdicción.
3. Como tenemos que descontar el tiempo que la solicitud surtió las etapas administrativas en la procuraduría esto es. Desde El 29 de septiembre de 2020 se elevó convocatoria de conciliación extrajudicial contencioso administrativa ante la procuraduría general de la nación; El día primero de diciembre de 2020 se llevó a cabo la conciliación extrajudicial en procuraduría; El día 10 de diciembre de 2020 mediante Auto 411 de 2020 la Procuraduría General de la Nación declara fallida la conciliación.
4. desde el 29 de septiembre de 2020 hasta el 10 de diciembre de 2020, fecha en la cual se profiere acta de conciliación fallida, se deben descontar de los dos años 3 meses y diez y nueve días.

Como se observa los dos años del art. 164 del CPACA, están vencidos, para que su señoría decrete la prescripción de la acción del de las resoluciones demandadas, ya que esta caducada la acción.

IX. PRUEBAS

Solicito que se decrete y se tenga como prueba las aportadas con la demanda.

X. SOLICITUD

Con fundamentos en todo lo anterior, de manera respetuosa pido que se desestime la totalidad de las pretensiones.

XI. NOTIFICACIONES

La dirección de notificaciones de demandado es: Carrera 13 N° 65-10, Bogotá D.C - PBX (57 1) 5461600, la dirección de correo electrónico: servicioalciudadano@sena.edu.co judicialdistrito@sena.edu.co

Mi dirección de notificaciones es la Calle 17 sur No. 52^a – 93 Bogota D. C., correo olvipersa@gmail.com y correo institucional lrrodriguezb@sena.edu.co, cel. 3132376338.

Atentamente



LUIS RENE RODRIGUEZ BENAVIDES

C. C. No. 7.161.779 de Tunja

T. P. No. 181.098 del C. S. J.

Cel. 3132376338

Correos. lrrodriguezb@sena.edu.co y olvipersa@gmail.com

Dirección física. Calle 17 sur No. 52 A – 93 Bogota

Señores:
JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO DE BOGOTA D.C.
E. S. D.

Asunto:	Contestación De Demanda
Demandante:	William Valencia Carvajal
Demandado:	Servicio Nacional De Aprendizaje - SENA
	Comisión Nacional De Servicio Civil - CNCS
Radicación No.	11001333501720220016300

CAROLINA CARDONA BUENO, mayor de edad, residente en la ciudad de Bogotá, abogada en ejercicio, identificada con la cédula de ciudadanía número 38.558.762 de Cali y Tarjeta Profesional No. 124.147 del Honorable Consejo Superior de la Judicatura, en mi condición de apoderada del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA según consta en el poder otorgado por El Director Regional Cundinamarca en los términos establecidos en el artículo 5 de Ley 2213 de 2022 de manera atenta y respetuosa procedo a presentar la contestación de la demanda para su consideración en el momento de proferir sentencia:

PRONUNCIAMIENTO RESPECTO A LAS PRETENSIONES

Primera: Me opongo a que se declare la nulidad del Auto No.20192120014194 del 16 de julio de 2019 “ por medio del cual se da inicio a una actuación administrativo, dentro del proceso del curso de mérito objeto de la convocatoria y donde la comisión del personal del SENA en uso de la facultad solicita la exclusión de los elegibles que se relacionan a continuación William Valencia Carvajal con c.c 12.190.447 y en su artículo primero iniciar actuación administrativa tendiente a determinar el cumplimiento de los requisitos mínimos previsto en la OPEC No. 59849 de la convocatoria 436 de 2017” Puesto que el mismo fue expedido conforme a lo dispuesto en el artículo 51 del acuerdo No. 20171000000116 de 2017, en concordancia con lo previsto en el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, en que se publica la lista de los aspirantes, conformando la lista de elegibles, para lo cual la comisión de personal del Sena en uso de sus facultad concedida en el artículo 14 del Decreto Ley 760 de 2005 y solicito la exclusión de lista de elegibles en las que se relaciona el señor William Valencia Carvajal.

Segunda: Me opongo a que se declare la nulidad de la Resolución N.º 20192120124705 de 24 Dic de 2019, “Por la cual se decide la Actuación Administrativa iniciada a través del Auto No. 20192120014194 del 16 de julio de 2019, expedido en el marco de la Convocatoria No. 436 de 2017 – y en su Artículo Segundo.- Excluir de la Lista de Elegibles conformada a través de la Resolución No.20182120186395 del 24 de diciembre de 2018 y del proceso de selección de la Convocatoria No. 436 de 2017 - SENA, del señor WILLIAM VALENCIA CARVAJAL” en razón a que el referido acto se expidió conforme al procedimiento establecido en el literal a) y h) del artículo 12 de la ley 904 de 2004 y el artículo 16 del Decreto ley 760 de 2005 que conllevo a que se determinara que el demandante no cumplía con los estudios previstos por en el empleo identificado con el código OPEC 59849, por encontrarse en una causal de exclusión establecida en el numeral 2 del artículo 9 del acuerdo de convocatoria.

Tercera: Me opongo a que se declare la nulidad de la resolución No. 26202120067095 del 12 de junio de 2020, por el cual se resuelve recurso de reposición interpuesto por el señor William Valencia Carvajal en contra de la resolución No. 20192120124750 del 24 de diciembre de 2019, que decidió la actuación administrativa iniciada a través del auto 2019212004194 del 16 de julio de 2019 expedido en marco de la convocatoria No. 436 de 2017, dado que una vez revisado el referido acto se pudo determinar que el demandante no acredito el título en la modalidad de tecnólogo o técnico por lo que no dio cumplimiento a los requisitos de formación establecidos en el empleo código Opec No. 59849 lo que conllevo a que dicha decisión se confirmara.

Cuarta: Me opongo que se le dé firmeza a la Resolución No. 2018212018639500 del 24 diciembre de 2018, por la cual se dio la conformación de la lista de elegibles en el cual el señor William Valencia Carvajal en la que ocupó el 1 lugar y se posesione, dado que en cumplimiento a lo establecido en el artículo 14 del Decreto 760 de 2005, se solicitó la exclusión de la lista de elegibles y posteriormente con resolución No. 201921202024705 por la cual se excluyó de la lista de elegibles por **no cumplir los requisitos**, por lo que el SENA provió de acuerdo con la lista de elegibles y una vez adquirió la firmeza la lista en mención, la entidad procedió a iniciar los trámites para posesionar a la primera de la lista.

Quinta: Me opongo a esta pretensión por depender de las anteriores.

Sexta: Me opongo a la pretensión por cuanto la entidad no ha actuado con temeridad o mala fe.

Séptimo: Me opongo a esta pretensión dado que el principio de congruencia se erige como una verdadera garantía del derecho fundamental al debido proceso a las partes en el proceso judicial, en el sentido que al juez de la causa solo le resulta permitido emitir pronunciamiento con base en lo pretendido, lo probado y lo excepcionado dentro del mismo, sin que sea dable dictar sentencias por fuera (extra) o por más (ultra) de lo pedido (petita).

PRONUNCIAMIENTO DE LOS HECHOS

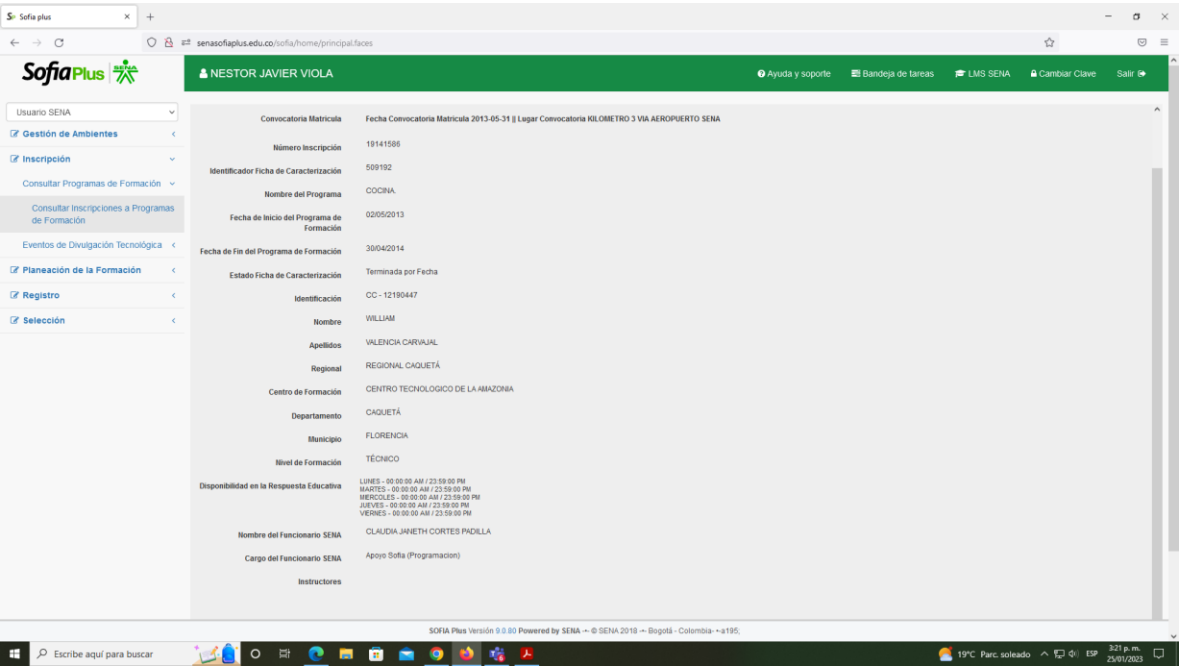
Primero: Es cierto. De acuerdo con la prueba documental allegado por el demandante en la que establece la unidad de víctimas que se encuentra incluido como víctima por desplazamiento forzoso.

Segundo: No es cierto. De acuerdo con las certificaciones aportadas en la presente demanda como instructor de panadería y pastelería se encuentra las de los años 2010 al 2016.

Tercero: No es cierto. El demandante ha celebrado diferentes contratos de prestación de servicios con el Sena a través de sus Regionales Caquetá y Cundinamarca para impartir la formación profesional en el área de área de procedimiento de pastelería y panadería.

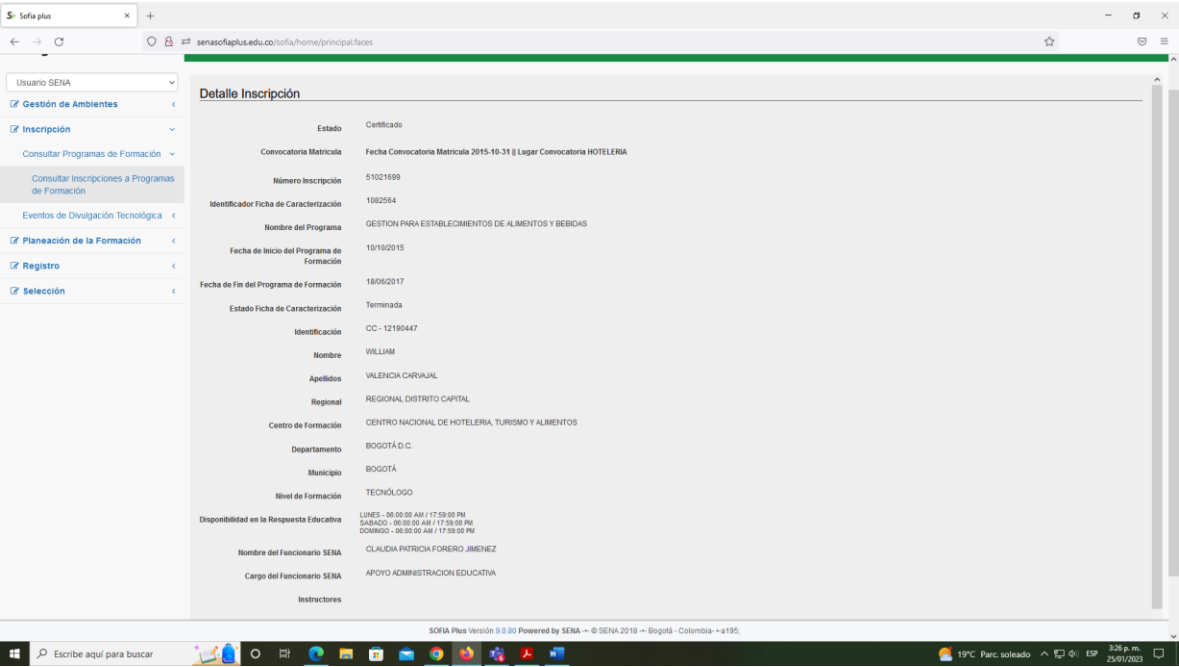
Cuarto: No es cierto. El demandante celebró contrato de prestación de servicio para la vigencia 2022 desde el 01/02/2022 al 15/12/2022 como instructor para atender necesidades de la coordinación académica de formación complementaria desplazados en el área de conocimiento en el programa de formación cocina básica nivel 1 del Centro.

Quinto: Es cierto. El Demandante curso y aprobó el programa de formación de TECNICO DE COCINA anexo pantallazo obtenido en el Sofia plus.



Sexto: Se requirió a Néstor

Sexto: Es cierto El Demandante curso y aprobó el programa de formación de TECNOLOGO gestión para establecimiento de alimentos y bebidas anexo pantallazo obtenido en el Sofia plus.



Séptimo

Octavo: Es cierto. De acuerdo con la prueba documental aportada por el demandante ha estado vinculado en diferentes empresas entre ella, el SENA en el cual se ha desempeñado en el área temática de procesamiento de alimentos de pastelería y repostería.

Noveno: Es cierto. La CNSC, mediante acuerdo No. 20171000000116 del 24 de julio de 2017, aclarando por el acuerdo No. 20181000001006 del 08 de junio de 2018, convocó a concurso abierto de mérito para proveer los empleos vacantes, pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa del Servicio Nacional de Aprendizaje (Sena) dentro de la convocatoria 436 de 2017.

Décimo: Es cierto. El demandante se postuló a la convocatoria No. 436 de 2017, para proveer definitivamente el empleo vacante correspondiente a la OPEC No. 59849 denominado instructor Código 3010, Grado 1

Decimó Primero: Es cierto. El demandante aportó como soporte de estudios, técnico de cocina y tecnólogo en gestión para establecimiento de alimentos y bebidas

Decimó Segundo: Es cierto. el demandante aportó como soportes de experiencia las certificaciones relacionadas en este hecho.

Decimó Tercero: Es cierto. una vez realizada la evaluación el demandante ocupa el primer puesto con un resultado de 83.82 puntos lo que conllevo a que continuara en el concurso.

Decimó Cuarto: Es cierto. Mediante resolución No. 20182120186395 del 24 de diciembre de 2018 se conforma lista de elegibles quedando en primer lugar el señor William Valencia Carvajal.

Decimó Quinto: Es cierto. la Comisión de personal del servicio nacional de aprendizaje – Sena realizo solicitud de exclusión del demandante de la lista de elegibles soportado en la causal 14.1 (fue admitido al concurso sin reunir los requisitos exigidos en la convocatoria en la que se soportó “ no se cumple con la experiencia docente del empleo o proveer OPEC 59849 (PROCESAMIENTO DE ALIMENTOS Y REPOSTERIA) toda vez que las certificaciones no cuenta con firma así mismo el título académico de técnico en cocina no corresponde al requerido al cargo”

Decimó Sexto: Es cierto, mediante la resolución No. 201921200114194 se expide la solicitud de exclusión y se inicial actuación administrativa.

Decimó Séptimo: Es cierto mediante radicado Numero 2019600071782 del 01 de agosto de 2019 el demandante inicio actuación administrativa para garantizar el derecho de contradicción y defensa contra los radicado No. 20193010376551 del 19 de julio de 2019 y el acto administrativo No. 2019212001494 del 16 de Julio de 2019.

Decimó Octavo: Es cierto. Mediante la resolución No. 20192120124705 del 24 de diciembre de 2019 se decide la actuación administrativa y resuelve excluir de la lista de elegible al señor William Valencia Carvajal conformado en la resolución No. 20182120186395 del 24 de diciembre de 2018

Decimó Noveno al vigésimo: Es cierto. El demandante interpone recurso de reposición en contra de la resolución CNSC 20192120124705 del 24 de diciembre y posteriormente mediante resolución 67095 del 2020 se resuelve el referido recurso y se confirma la exclusión.

Vigésimo Primero al vigésimo Cuarto: Es cierto. El demandante interpone acción de tutela contra el CNSC y SENA tramitada en el juzgado 10 de familia de Bogotá. Posteriormente mediante sentencia proferida el 15 de julio de 2020 niega el amparo por improcedente decisión que fue confirmada por el Tribunal Super del Distrito Judicial.

Vigésimo Quinto al Veintisiete: Es cierto el demandante el 29 de septiembre de 2020 presento solicitud de conciliación prejudicial contra el Sena y la CNSC mediante audiencia del 1 de Diciembre de 2020 se celebra audiencia de conciliación la cual se declara fallida, para lo cual el 10 de diciembre de la misma anualidad, la Procuraduría Administrativa expide constancia de ejecutoria.

FUNDAMENTO JURIDICO

La Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, apertura la Convocatoria 436 de 2017, para proveer definitivamente los empleos vacantes del personal perteneciente al sistema general de carrera administrativa del SENA, en la cual todas las personas interesadas en participar y que cumplieran con los requisitos de los empleos reportados, podían comprar los derechos de participar y posteriormente inscribirse a través del aplicativo SIMO, dispuesto por la Entidad en mención.

La convocatoria a concurso abierto de méritos, No 436 de 2017, se realizó a través del Acuerdo No 20171000000116 del 24 de julio de 2017, estableciendo las reglas del concurso para proveer definitivamente los empleos vacantes del personal perteneciente al sistema general de carrera administrativa del SENA.

El artículo 4 de la convocatoria pública 436 de 2017, señaló las siguientes fases del proceso: “1. Convocatoria y divulgación, 2. Inscripciones, 3. Verificación de requisitos mínimos, 4. Aplicación de pruebas, 4.1. Pruebas sobre competencias básicas y funcionales 4.2 Pruebas sobre competencias comportamentales; 4.3 Valoración de antecedente; 4.4 Prueba técnico -pedagógica para cargos de Técnico; 5. Conformación de lista de elegibles; 6. Periodo de prueba.

El numeral 4 del artículo 9 de la convocatoria pública 436 de 2017, señalo que, para participar en el proceso, el ciudadano interesado debía aceptar en su totalidad las reglas establecidas en la Convocatoria, de la siguiente forma:

*“ARTICULO 9. REQUISITOS GENERALES DE PARTICIPACIÓN Y CAUSALES DE EXCLUSIÓN. Para participar en el proceso de selección se requiere:
(...)
4. Aceptar en su totalidad las reglas establecidas en la Convocatoria.
(...)”*

De conformidad con la convocatoria No 436 de 2017, los aspirantes solamente podían inscribirse a un (1) empleo público. Estableciendo que cada OPEC era diferente, lo mismo que el número de vacantes ofertadas, de la siguiente forma:

*“ARTICULO 10. EMPLEOS CONVOCADOS.
(...)
PARAGRAFO 1. Bajo su exclusiva responsabilidad, el aspirante deberá consultar los empleos a proveer mediante este concurso de méritos, en la Oferta Pública de Empleos de Carrera OPEC,*

registrada por el SENA, la cual se encuentra debidamente publicada en la página web de la Comisión Nacional del Servicio Civil www.cnsc.gov.co y/o enlace SIMO.

PARAGRAFO 2º La OPEC que forma parte integral del presente Acuerdo, ha sido suministrada por la entidad pública objeto de la presente convocatoria y es responsabilidad exclusiva de ésta, por lo que, en caso de presentarse diferencia por error de digitación, de transcripción o de omisión de palabras entre la OPEC y el Manual de Funciones y competencias laborales y/o demás actos administrativos que la determinaron, la OPEC se corregirá dando aplicación a lo previsto en el artículo 5 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 12 del presente Acuerdo, así mismo, las Consecuencia que se deriven de dichos errores o inexactitudes recaerán en la entidad que recaerá en la entidad que reporto la OPEC.

PARAGRAFO 3. **La sede de trabajo de cada uno de los empleos vacante objeto del presente proceso de selección, estará determinada en la OPEC, la cual forma parte integral de esta Convocatoria.**”

Numeral 3 del artículo 14, del citado acuerdo, establece:

“PREINSCRIPCIÓN Y SELECCIÓN DEL EMPLEO: El aspirante debe escoger el empleo para el cual va a concursar en la presente Convocatoria, **teniendo en cuenta que únicamente podrá inscribirse para un (1) empleo** y que debe cumplir los requisitos mínimos exigidos para el desempeño de este. Una vez haya decidido el empleo de su preferencia, debe seleccionarlo en SIMO y realizar la preinscripción (...). (Negrilla fuera de texto)

Como resultado de la convocatoria a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal perteneciente al Sistema General de Carrera Administrativa del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, No. 436 de 2017, la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC, por medio de la **Resolución No CNSC -20182120193345 del 24 de diciembre de 2018** conformó la lista de elegibles para proveer **una (1) vacante** del empleo de carrera administrativa identificado con el código **OPEC No 60269** denominado instructor código 3010.

De conformidad con la parte resolutive del citado acto administrativo, proferido por la CNSC, en el artículo primero, la lista de elegibles se conformó con 5 ciudadanos, encontrándose entre ellos la accionante en el puesto 2 con un puntaje de **79.31** relacionado así:

RESOLUCIÓN LISTA DE ELEGIBLES.pdf - Adobe Acrobat Pro Extended

File Edit View Document Comments Forms Tools Advanced Window Help

Create Combine Collaborate Secure Sign Forms Multimedia Comment

2 / 3 100% Find

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- Conformar la Lista de Elegibles para proveer **una (1) vacante** del empleo de carrera denominado **Instructor**, Código **3010**, Grado **1**, del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA, ofertado a través de la Convocatoria No. 436 de 2017 - SENA, bajo el código OPEC No. **60269**, así:

Posición	Tipo doc	Documento	Nombres	Apellidos	Puntaje
1	CC	1070780622	MARIA ANGELICA	CORREDOR CALDERON	74.45
2	CC	3132364	BORIS BERNARDO	VESGA CARDÓZO	74.31
3	CC	80281289	EMERSON SNEYDER	GALEANO RODRIGUEZ	73.25
4	CC	79533462	URIEL	CASTAÑEDA SIERRA	61.48
5	CC	52881478	FANY YANETH	MANRIQUE BOTHIA	58.99

ARTÍCULO SEGUNDO.- Los aspirantes que sean nombrados con base en la Lista de Elegibles de que trata la presente Resolución, deberán cumplir con los requisitos exigidos para el empleo, de acuerdo con lo establecido en la Convocatoria No. 436 de 2017 - SENA, los cuales serán acreditados al momento de tomar posesión del mismo.

PARÁGRAFO: Corresponde a la Entidad Nominadora, antes de efectuar el nombramiento o dar posesión, verificar el cumplimiento de los requisitos y calidades de las personas designadas para el desempeño de los empleos³.

La Lista de elegibles contenida en la resolución No. 20182120193345 del 24 de diciembre de 2018 la cual obtuvo su firmeza el 26 de diciembre de 2019

De conformidad con el artículo quinto, del precitado acto administrativo dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha en que **la lista de elegibles quedó en firme**, con base en los resultados del proceso de selección y en estricto orden de mérito, debió producirse por parte del nominador, el nombramiento en periodo de prueba, en razón al número de vacantes ofertadas.

De conformidad con la Ley 909 de 2004, la lista de elegibles tendría una vigencia de dos (2) años, contados a partir de la fecha de su firmeza, conforme lo establecido en el artículo 58 del Acuerdo No 20171000000116 de 2017, en concordancia con lo estipulado por el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, por lo que en el evento en que las personas que ocupó el primer lugar, no superaren el periodo de prueba o renuncien, se nombrará en los cargos el elegible en estricto orden de mérito de manera descendente.

De conformidad con el párrafo primero del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, la lista de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, durante su vigencia, solo pueden ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

Sobre esta disposición la Comisión Nacional del Servicio Civil, en concepto del 15 de marzo de 2019, entidad que de conformidad con el 130 de la Constitución Nacional, es la responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos con excepción hecha de las que tenga carácter especial, consideró:

“Bajo este marco normativo, las listas de elegibles conformadas para los empleos de carrera administrativa, una vez ha culminado un proceso de selección, pueden usarse para proveer aquellas vacantes que se generen en los empleos inicialmente convocados, posibilidad que se mantiene por el tiempo de su vigencia (dos años), situación en la que se encontrarían las Listas de Elegibles conformadas para los empleos que hicieron parte de la Convocatoria No 436 de 2017 -SENA

En este orden, se precisa que la lista de Elegibles se conforma por empleo por lo que la CNSC, una vez culmina el proceso de selección y se realizan los nombramientos en periodo de prueba, no reagrupa o integra lista de orden departamental o listas generales que incluyan a los elegibles que en su oportunidad no alcanzaron el orden de elegibilidad necesario para acceder a una de las vacantes ofertadas (...).”

De conformidad con el párrafo primero del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, la lista de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, durante su vigencia, solo pueden ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004

El artículo 2.2.6.3. del Decreto 1083 de 2015, establece que, corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil elaborar y suscribir las convocatorias a concurso, con base en las funciones, los requisitos y el perfil de competencias de los empleos definidos por la entidad que posea las vacantes, de acuerdo con el manual específico de funciones y requisitos.

Y el artículo 2.2.2.4.9. del mismo Decreto dispone en su párrafo tercero que, las convocatorias a concurso para la provisión de los empleos de carrera, se indicarán los Núcleos Básicos del Conocimiento –NBC- de acuerdo con la clasificación contenida en el Sistema Nacional de Información de la Educación Superior – SNIES, o bien las disciplinas académicas o profesiones específicas que se requieran para el desempeño del empleo, de las previstas en el respectivo manual específico de funciones y de competencias laborales, de acuerdo con las necesidades del servicio y de la institución.

Una vez publicada la convocatoria pública se convierte en norma reguladora del concurso público y obliga tanto a la administración como a los participantes:

La Corte Constitucional, mediante Sentencia de Unificación [SU- 446](#) de 2011, frente al particular señaló lo siguiente:

(...)

“3.4. La convocatoria es, entonces, “la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes”, y como tal impone las reglas de obligatoria observancia para todos. En ella la administración impone los parámetros que guiarán el proceso y los participantes, en ejercicio del principio de la buena fe y la confianza legítima, esperan su observancia y cumplimiento. La Corte Constitucional, sobre este particular, ha considerado que el Estado debe respetar y observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se imponen en las convocatorias, porque su desconocimiento se convertiría en una trasgresión de principios axiales de nuestro ordenamiento constitucional, entre otros, la transparencia, la publicidad, la imparcialidad, así como el respeto por las legítimas expectativas de los concursantes. En consecuencia, las normas de la convocatoria sirven de auto vinculación y auto control porque la administración debe “respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada.”

(...)

En ese contexto, es indiscutible que las pautas del concurso son inmodificables y, en consecuencia, a la administración no le es dado hacer variaciones por cuanto se afectarían principios básicos de nuestra organización, como derechos fundamentales de los asociados en general y de los participantes en particular.” (Subrayado fuera de texto).

Por otro lado es menester precisar que si bien es cierto, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 3º de la Resolución No. 20182120193345 del 24 de diciembre de 2018 expedida por la CNSC, la Comisión de Personal del Servicio de Aprendizaje Nacional SENA solicitó la exclusión de la señora MARÍA ANGÉLICA CORREDOR CALDERON, identificada con CC. 1070780622, quien ocupó el primer puesto en la lista de elegibles porque presuntamente no reunía los requisitos exigidos en la convocatoria, especialmente en lo relacionado al factor EXPERIENCIA, toda vez que la documentación aportada por la aspirante no se ajustaba a los parámetros de la EXPERIENCIA RELACIONADA para las funciones del empleo a proveer bajo el OPEC No. 60269, debido a que las certificaciones aportadas para acreditar dicho requisito carecían de las funciones desempeñadas

En su momento, la entidad hizo manifiesta la solicitud de exclusión de la señora MARÍA ANGÉLICA CORREDOR CALDERON, por no cumplir con los requisitos en cuanto a la experiencia, también lo es que, la CNSC, rechazó tal requerimiento de exclusión, argumentando que la antes mencionada si cumplía con los todos los requisitos, incluidos lo de la experiencia relacionada, esto mediante la resolución No. 20192120124255 del 20 de diciembre de 2019 de por medio del cual resolvió la exclusión, y que al ser esta la entidad competente para la conformación de las listas de elegibles, la cual fue debidamente notificada a la entidad para efectos de dar su cumplimiento.

Es si como no se puede desconocer que la Comisión Nacional del Servicio Civil, tiene las siguientes funciones:

La Ley 909 de 2004, en el artículo 11 previó las funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa, entre las cuales se encuentran las siguientes:

- “a) Establecer de acuerdo con la ley y los reglamentos, los lineamientos generales con que se desarrollarán los procesos de selección para la provisión de los empleos de carrera administrativa de las entidades a las cuales se aplica la presente ley;
- b) Acreditar a las entidades para la realización de procesos de selección de conformidad con lo dispuesto en el reglamento y establecer las tarifas para contratar los concursos, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 30 de la presente ley;
- c) Elaborar las convocatorias a concurso para el desempeño de empleos públicos de carrera, de acuerdo con los términos y condiciones que establezcan la presente ley y el reglamento;”

Por su parte, en el texto del Acuerdo No. 0116 del 24 de julio de 2017 “Por el cual se convoca a Concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal perteneciente al Sistema General de Carrera Administrativa del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, Convocatoria N° 436 de 2017 – SENA”, modificado por el Acuerdo No. 0146 de 2017, la CNSC estableció las condiciones exigidas para participar dentro del concurso de méritos, igualmente estableció el cronograma del proceso de la convocatoria y los requisitos para realizar reclamaciones.

Así mismo, en el artículo 2, aclaró:

“ARTÍCULO 2°. ENTIDAD RESPONSABLE. El concurso abierto de méritos para proveer las 4.973 vacantes de la planta de personal del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, objeto de la presente convocatoria, estará bajo la directa responsabilidad de la CNSC, que, en virtud de sus competencias legales, podrá suscribir contratos o convenios interadministrativos para adelantar las diferentes fases del proceso de selección con universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior acreditadas para realizar este tipo de procesos, conforme lo reglado en el artículo 30 de la Ley 909 de 2004”. (Lo subrayado fuera de texto)...”.

Por lo anteriormente expuesto se colige sin esfuerzo alguno que, la Comisión Nacional del Servicio Civil es el órgano competente para seleccionar a los servidores públicos que va a desempeñar empleos públicos de carrera administrativa, los cuales se proveen, definitivamente, mediante concurso y OBLIGA a la Comisión Nacional del Servicio Civil, a la administración del concurso y por supuesto al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA-.

La Entidad, inicialmente se sujeta a lo establecido por la CNSC, con respecto a la publicación y firmeza de la lista de elegibles, pues, no está legitimada para modificar dicha lista de legibles, ni de excluir a la persona que ocupó el primer lugar, (según lista publicada por la CNSC.), y mucho menos la de revocar actos administrativos que no han sido proferidos por la misma.

Que si bien el SENA solicitara en su momento la exclusión de la persona que ocupa el primer lugar en la lista de elegibles, es necesario reiterar que la CNSC, mediante resolución rechazó tal solicitud, y la lista de elegibles establecida mediante la Resolución No. 20182120193345 del 24 de diciembre de 2018, adquirió firmeza el pasado 26 de diciembre de 2019.

El convocante pretende que el SENA decrete la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 20192120124255 del 20 de diciembre de 2019, por medio de la cual, la Comisión Nacional del Servicio Civil, niega la exclusión de la señora MARÍA ANGÉLICA CORREDOR CALDERON, y en su defecto modificar la lista de elegibles, beneficiándolo con el primer lugar de dicha lista, en la vacante del empleo de carrera denominado Instructor código 3010 grado 1 del Sistema Administrativo de Carrera del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA ofertado a través, de la Convocatoria No. 436 de 2017.

Precisamente la inconformidad radica en la expedición de las mencionadas resoluciones y por haberse negado la exclusión de quien ocupó el primer lugar.

La entidad no puede atribuirse funciones o calidades que le son contrarias a su función, por lo que estas están otorgadas a la CNSC, por lo siguiente:

La resolución, por medio de las cuales, se dio respuesta negando la exclusión de quien ocupara el primer lugar en el concurso de méritos, del Sistema General de Carrera del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA, ofertado a través, de la Convocatoria No. 436 de 2017, fue proferida por la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 130 de la Carta Política, los artículos 11, 12 y 30 de la Ley 909 de 2004, y los artículos 2.2.6.1. y 2.2.6.3. del Decreto 1083 de 2015.

Conforme a lo expuesto, esta entidad no es ni ha sido la que profirió los actos administrativos del concurso de méritos cuestionados por el convocante.

De acuerdo con nuestra legislación, la entidad administrativa es responsable de los perjuicios que ocasione con la expedición de sus propios actos.

En el presente caso, el acto en cuestión fue proferido o ejercido por la Comisión Nacional del Servicio Civil y no por el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, razón por la cual esta entidad no puede legalmente ser vinculada como parte; el Sena no puede responder por los actos que no expidió o sobre los cuales no ejerce ni puede ejercer control alguno.

De acuerdo con nuestras normas de derecho positivo el funcionario competente para expedir un acto es aquel que reúne las siguientes condiciones: capacidad jurídica y competencia administrativa; en consecuencia, no existiendo para el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, ninguna de las condiciones antes mencionadas para expedir el acto administrativo controvertido de calificación y/o de lista de elegibles, no es posible deducir responsabilidad alguna en contra de esta entidad, por lo que igualmente, no puede ser sujeto de la relación procesal.

No debe perderse que la legitimidad en la causa es un presupuesto procesal de la demanda que se colma al dirigir la pretensión contra una entidad pública o contra un particular que desempeñe funciones propias de los distintos órganos del Estado que se considere responsable del pago o no de la indemnización que se pretende, y en este caso para la posesión del cargo al que aspira el convocante.

En consonancia con lo expuesto, no es posible que un organismo del orden Nacional, como es el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, tome determinaciones de carácter administrativo asignadas a otras entidades, en especial de la Comisión Nacional del Servicio Civil, la cual cuenta con autonomía propia para el ejercicio de defensa o representación de sus propios intereses, al expedir el acto principal señalado por la parte del demandante.

De acuerdo con lo anterior, se puede observar que la entidad dio el correspondiente trámite de acuerdo a lo normado, así:

Decreto 1083 de 2015

ARTÍCULO 2.2.6.15 *Instrumento para valorar los estudios, publicaciones y experiencia.* La Comisión Nacional del Servicio Civil adoptará el instrumento para valorar los estudios, publicaciones y experiencia de los aspirantes que cumplan con los requisitos mínimos establecidos en la convocatoria

ARTÍCULO 2.2.6.21 *Envío de lista de elegibles en firme.* En firme la lista de elegibles la Comisión Nacional del Servicio Civil enviará copia al jefe de la entidad para la cual se realizó el concurso, para que dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al envío de la lista de elegibles y en estricto orden de mérito se produzca el nombramiento en período de prueba en el empleo objeto del concurso, el cual no podrá ser provisto bajo ninguna otra modalidad, una vez recibida la lista de elegibles.

En razón a lo anterior la Coordinadora del Grupo Administrativo Mixto de la regional Cundinamarca, informo que de acuerdo a las competencias otorgadas a la CNSC era procedente adelantar el trámite de posesión de la señora María Angelica Corredor Calderón, dado que, en desarrollo de sus funciones, dicha entidad determinó que la aspirante sí cumplía con los requisitos para ocupar el cargo.

SOLICITUD:

Con base en las anteriores consideraciones, atentamente solicito al señor Juez:

Absolver de todas y cada una de las peticiones incoadas a la entidad que representó.

EXCEPCIONES

CADUCIDAD DE LA ACCION

Se propone la excepción de fondo de caducidad respecto a la resolución No 20182120193345 del 24 de diciembre de 2018, como se puede observar de acuerdo al reporte obrante en /consultaprocesos.ramajudicial.gov.co/Procesos/Numero para lo cual se observa que la radicación de la presente demanda fue el 13 de julio de 2021, y de acuerdo al consecutivo asignado por el despacho judicial 11001333502620210019400, se observa que dicha demanda fue radicada en el año 2021, sin embargo en el momento de resolver el recurso de apelación se tiene como si la demanda se hubiera presentado en el 25 de septiembre de 2020, que por ello se insiste que desde la comunicación del presente acto hasta la fecha de radicación de la demanda ha transcurrido más de 4 meses por lo que para el presente acto administrativo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 136-2, del C.P.C.A establece, como regla general, que la acción de nulidad con restablecimiento del derecho caduca al cabo de cuatro meses contados a partir del día siguiente de la publicación, notificación, comunicación o ejecución

De acuerdo con la entidad no le queda claro si la radicación de la demanda fue el 13 de Julio de 2021 como aparece en el soporte de la rama judicial o en su defecto el 25 de septiembre de 2020 como lo enuncia en su escrito el demandante.

FALTA DE LEGITIMACION DE LA CAUSA POR ACTIVA EN LA EXPEDICION DEL ACTO OBJETO DE ESTUDIO

Debe precisarse que las pretensiones de la presente demanda están encaminadas a que se demande la resolución No. 20182120193345 del 24 de diciembre de 2018 expedida por la Comisión Nacional de Servicio Civil de acuerdo de las facultades conferidas por el artículo 130 de la Carta Política, los artículos 11, 12 y 30 de la Ley 909 de 2004, y los artículos 2.2.6.1. y 2.2.6.3. del Decreto 1083 de 2015.

De acuerdo con lo anterior, la entidad no tiene injerencia respecto a la expedición del referido acto administrativo, ni la motivación que este tuvo en el mismo, estando solo sujeto a que se comunicara la decisión de la conformación de lista de elegibles para adelantar las acciones correspondientes del nombramiento.

LA GENERICA

Fundamentada en todo hecho que se encuentre plenamente demostrado en el proceso y que constituya una excepción susceptible de ser declarada a favor de la parte demandada.

PRUEBAS

DOCUMENTALES:

- 1) Resolución No. CSNC – 20182120186395 del 24-12-2018.
- 2) Resolución No.25 - 9232 - 01118 de 2020.
- 3) Acta de posesión No. 083
- 4) Resolución No. 1458 del 30 de agosto de 2017.

SOLICITUD:

Con base en las anteriores consideraciones, atentamente solicito al señor Juez:

Absolver de todas y cada una de las peticiones incoadas a la entidad que representó.

NOTIFICACIONES:

Las recibiré en la secretaría de su despacho, o en la Diagonal 45 D No. 19-72 Barrio Palermo de la ciudad de Bogotá.

Mí representada en la Diagonal 45 D No. 19-72 Barrio Palermo.

Correo electrónico SENA judicialescundinamarca@sena.edu.co
Teléfono: 5978250 - Ext. 17179

Correo del apoderado judicial: ccardonab@sena.edu.co ; carolinacardonabueno@hotmail.com
Telefono: 3004798754

Cordialmente,

A handwritten signature in black ink, featuring a stylized 'C' and 'B' with a horizontal line crossing through them.

CAROLINA CARDONA BUENO
C. de C. No. 38.558.762 DE Cali
T. P. No. 124.147 del Consejo Superior de la Judicatura

BOGOTÁ, diciembre de 2022

Juzgado Administrativo 17 Administrativo de BOGOTÁ, D.C.
CARRERA 57 No. 43-91 PISO 4 BOGOTÁ, D.C.

Asunto: Contestación de Demanda Ejecutivo Laboral

Radicación: 11001333501720220017000

Demandante: MARCO ALFONSO BEJARANO BELTRAN

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES

RICHARD GUILLERMO SALCEDO BUENO, abogado(a) en ejercicio, identificado(a) como aparece al pie de mi correspondiente firma, en mi calidad de apoderado(a) externo(a) de la Administradora Colombiana de Pensiones - en adelante COLPENSIONES -, cordialmente solicito al Despacho reconocermé personería para actuar de acuerdo al poder adjunto y estando dentro del término de la oportunidad procesal, de manera respetuosa me permito dar contestación a la demanda propuesta dentro del proceso ejecutivo de la referencia instaurado contra mi representada, para que se disponga la terminación del mismo, y el consecuente levantamiento de las medidas cautelares ordenadas por el Despacho a su cargo.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA ENTIDAD DEMANDADA, REPRESENTACIÓN LEGAL Y DOMICILIO

La Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES- es una empresa industrial y comercial del estado del orden nacional, organizada como entidad financiera de carácter especial, vinculada al Ministerio de Trabajo con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida incluyendo la administración de los beneficios económicos periódicos de que trata el Acto Legislativo 01 de 2005, modificatorio del artículo 48 de la Constitución Política.

La Representación Legal la ejerce el Doctor Juan Miguel Villa Lora. El domicilio principal es la ciudad de Bogotá D.C., en la Carrera 10 No. 72-33 Torre B piso 11, número telefónico 2170100.

Como mandatario judicial de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propongo las siguientes:

EXCEPCIONES DE MERITO

INEXIGIBILIDAD DEL TITULO

Siendo la exigibilidad del título ejecutivo uno de los requisitos que debe calificar el juez que conoce de la solicitud de ejecución, se hace necesario recordar que el **artículo 307 del Código General del Proceso establece: “Cuando la Nación o una entidad territorial sea condenada al pago de una suma de dinero, podrá ser ejecutada pasados diez (10) meses desde la ejecutoria de la respectiva providencia o de la que resuelva sobre su complementación o aclaración.”** También aplicable el artículo 299, inciso 2, del CPACA, establece: “Las condenas impuestas a entidades públicas consistentes en la liquidación o pago de una suma de dinero serán ejecutadas ante esta misma jurisdicción según las reglas de competencia contenidas en este código, si dentro de los diez (10) meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia la entidad obligada no le ha dado cumplimiento”, Además, el artículo 192, inciso 2, del CPACA, establece: “Las condenas impuestas a las entidades públicas, consistentes en el pago o devolución de una suma de dinero, serán cumplidas en un

plazo máximo de diez (10) meses, contados a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia. Para tal efecto, el beneficiario deberá presentar la solicitud de pago correspondiente a la entidad obligada”. Dada la naturaleza jurídica de la entidad, como empresa industrial y comercial del Estado, la demanda ejecutiva dirigida en su contra solo es exigible pasados los diez (10) meses a partir de su ejecutoria, previa solicitud de pago, aun cuando la entidad deberá utilizar dicho término para gestionar las diligencias para dar cumplimiento al fallo que incorpora una obligación dineraria.

Además, me permito señalar que este término rige también la ejecución en el proceso laboral, puesto que en el artículo 100 del Decreto Ley 2158 de 1948 ha permanecido en el tiempo sin modificación alguna, tanto a la luz de la Constitución Política de Colombia, de la Ley 489 de 1998, de la Ley 1437 de 2011 y del Decreto 4121 de 2011. Por ende, la interpretación de esta institución debe hacerse de manera actualizada, esto es, aceptando que Colpensiones tiene una categoría de entidad pública que le permite gozar de unas prerrogativas frente a los plazos legales de cumplimiento de sentencias, los cuales, se reitera, no existían cuando nace el artículo 100 y siguientes relacionados con la ejecución laboral del Decreto 2158 de 1958. Lo anterior lleva a sostener que las normas vigentes aplicables a Colpensiones hacen prevalecer el criterio orgánico como autoridad pública, dada la naturaleza de funciones administrativas que realiza en desarrollo de la operación de administración del régimen de prima media.

Es por ello que la Magistrada; Dra. AURA ESTHER LAMO; frente a la decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en su Sala Laboral; que resuelve Recurso de apelación Contra el Auto que Libra Mandamiento de Pago, en cuanto a la negativa del Juzgado Séptimo Laboral el Circuito de Cali, de librar mandamiento de Pago por los Intereses de que trata el Art 177 del C.C.A; Salva su Voto Sustentando que: *“Frente al argumento de no requerir la accionada tiempo alguno o trámites internos para la disposición de sus recursos, pudiendo disponer de ellos como lo haría un particular, debe considerarse que desde el año 2004, los fondos del ISS se agotaron en su totalidad, los aportes de sus afiliados son insuficientes para el pago de las prestaciones a su cargo, la Nación le gira anualmente cuantiosas sumas que provienen del Presupuesto Nacional, para cubrir el faltante de donde emergen los recursos del ISS, para el pago de pensiones, en buena parte provienen del Presupuesto Nacional, y el Manejo de la “cosa Pública” es diferente al que dan lo particulares. El ISS al igual que las demás Entidades del Sector Publico, está sometido a controles Legales y a Constitucionales, respecto de la forma como se manejan sus recursos; provengan de donde provengan, más cuando su origen está en el Presupuesto Nacional”*.

Acorde con lo anterior, la Dra. LAMO GOMEZ, igualmente salva su voto, respecto a las consideraciones de la Sala, en recurso de apelación, formulado dentro del proceso Ejecutivo No 2010-00523 el que cual se tramitó en el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali, en el que el apoderado del ejecutante interpone Recurso de apelación contra el Auto que Libra Mandamiento de Pago, en cuanto a la negativa de Librar Orden de Pago por Intereses de que trata el Art 177 del C.C.A. Argumentando: **“No corresponde a la realidad de nuestro ordenamiento Jurídico, que en los procesos adelantados ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral, no sean aplicables los preceptos del Código Contencioso Administrativo; en particular el Art 177 del C.C.A, pues al contrario, en decisiones judiciales proferidas por las Altas Corporaciones, se ha sostenido que este precepto legal si es aplicable en los procesos que cursen ante esta Jurisdicción, por obligaciones a cargo del Estado, a través de sus directivas Institucionales o empresas, bien sean estas Centralizadas o Descentralizadas”**.

INEMBARGABILIDAD DE LOS RECURSOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Los recursos del Presupuesto General de La Nación, del Sistema General de Participaciones y los destinados al Sistema de Seguridad Social Integral son inembargables, según lo disponen el artículo 48 de la Constitución Política, el artículo 19 del Decreto 111 de 1996 (Estatuto Orgánico del Presupuesto), el artículo 91 de la Ley 715 de 2001 (por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos), y el artículo 134 de la Ley 100 de 1993, respectivamente.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 134 de la Ley 100 de 1993 (sistema general de pensiones) -Inembargabilidad. Son inembargables:

1. Los recursos de los fondos de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad.

2. Los recursos de los fondos de reparto del régimen de prima media con prestación definida y sus respectivas reservas.
3. Las sumas abonadas en las cuentas individuales de ahorro pensional del régimen de ahorro individual con solidaridad, y sus respectivos rendimientos.
4. Las sumas destinadas a pagar los seguros de invalidez y de sobrevivientes dentro del mismo régimen de ahorro individual con solidaridad.
5. Las pensiones y demás prestaciones que reconoce esta ley, cualquiera que sea su cuantía, salvo que se trate de embargos por pensiones alimenticias o créditos a favor de cooperativas, de conformidad con las disposiciones legales vigentes sobre la materia.
6. Los bonos pensionales y los recursos para el pago de los bonos y cuotas partes de bono de que trata la presente ley.
7. Los recursos del fondo de solidaridad pensional.

De conformidad con lo antes expuesto, los recursos de COLPENSIONES destinados al pago de prestaciones económicas son inembargables. Al respecto, también el artículo 265 de la ley 100 de 1993, dispone:

“Presupuestos de las Entidades. El proyecto de presupuesto anual de las entidades públicas del orden nacional se presentará al Congreso de la República clasificado en gastos de funcionamiento e inversión de cada seguro económico.

El presupuesto anual de las entidades públicas de seguridad social del orden nacional se regirá por lo dispuesto en el estatuto orgánico del presupuesto, sin perjuicio de lo establecido en esta Ley”.

La presente excepción también se fundamenta en los mandatos de la Ley 38 de 1989 artículo 16, en la Sentencia de Constitucionalidad C-546 de octubre 1º de 1992 y en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

La Ley 38 de 1989 señala la regla de inembargabilidad de los recursos de la Nación y que el pago de las sentencias a cargo de la misma se efectuará a través del procedimiento contenido en el Código Contencioso Administrativo y demás disposiciones legales concordantes, por lo que habrá que decirse que dicha normatividad fue sustituida por la Ley 1437 de 2011.

La Sentencia C-546 de 1992 declaró exequible el artículo 16 de Ley 38 de 1989, y consagró como única excepción a la inembargabilidad aludida, cuando se trata de la ejecución de obligaciones laborales y evidentemente no nos encontramos en un juicio laboral o de trabajo, sino relativo a la seguridad social y debe tenerse en cuenta que se trata de dos especialidades claramente diferentes.

Significando con las normas antes citadas que de decretarse embargo dentro del presente proceso no es procedente por cuanto se trata de recursos de una entidad estatal en cuyo caso las sentencias deben ser pagadas mediante el procedimiento indicado en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En el mismo sentido la Superintendencia Financiera de Colombia mediante oficio 2006048547 de Septiembre de 2006, solicitó la colaboración de la presidencia del Consejo Superior de la Judicatura en el sentido de informar a los jueces sobre la restricciones legales que recaen sobre los recursos de la Seguridad Social cuando se ordenen los respectivos embargos, lo que conllevó a la expedición de la circular 05-2006 del 18 de Septiembre de 2006, mediante la cual el Presidente del Consejo Superior de la Judicatura para esa época, recordaba a los todos los jueces laborales del País sobre la inembargabilidad de los recursos de la Seguridad Social según lo consagrado en el artículo 134 de la ley 100 de 1993. Es decir que, carece de legalidad la aplicación de estas medidas de embargo puesto que por disposición legal estos recursos han sido declarados inembargables.

Igualmente, conforme lo dispuesto en el artículo 134 de la Ley 100 de 1993, las rentas y bienes de los fondos de pensiones, tanto del régimen de ahorro individual con solidaridad como de prima media con prestación definida como el administrado por COLPENSIONES, gozan del carácter de INEMBARGABILIDAD, puesto que se trata de recursos incorporados en el presupuesto general de la Nación. Dicha condición fue confirmada por la H. Corte Constitucional en sentencia C-103 de 1994.

Actualmente la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES- administra el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por lo tanto, los recursos con que cuenta, son no sólo para la financiación de las pensiones si no para su operación administrativa, siendo así inembargables, pues además de la norma antes citada el Artículo 63 de la Constitución Política señala:

“Artículo 63. Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables” (Subrayado por fuera del texto original)

Dentro de los bienes de la nación, claramente están comprendidos los dineros y recursos de las Entidades Estatales, los cuales han sido definidos como inembargables por la ley orgánica de presupuesto, para lo cual basta con revisar el Decreto 111 de 1996, que en su artículo 19 prescribe:

“INEMBARGABILIDAD. Son inembargables las rentas incorporadas en el presupuesto general de la Nación, así como los bienes y derechos de los órganos que lo conforman.

No obstante, la anterior inembargabilidad, los funcionarios competentes deberán adoptar las medidas conducentes al pago de las sentencias en contra de los órganos respectivos, dentro de los plazos establecidos para ello, y respetarán en su integridad los derechos reconocidos a terceros en estas sentencias.

Se incluyen en esta prohibición las cesiones y participaciones de que trata el capítulo 4º del título XII de la Constitución Política.

Los funcionarios judiciales se abstendrán de decretar órdenes de embargo cuando no se ajusten a lo dispuesto en el presente artículo, so pena de mala conducta (L. 38/89, art. 16; L. 179/94, arts. 6º, 55, inc. 3º).

Ahora bien, para determinar si las rentas y bienes de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- hacen parte del presupuesto general de la Nación, es suficiente revisar la Ley 489 de 1998, como el Decreto 4121 de 2011 para darnos cuenta que en efecto están inmersas en dicho presupuesto.

LEY 489 DE 1998:

Artículo 38.- Integración de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional. La rama ejecutiva del poder público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

(...)

2. Del sector descentralizado por servicios:

Los establecimientos públicos;

Las empresas industriales y comerciales del Estado;

Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;

Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;

Los institutos científicos y tecnológicos;

Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;

Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organicen o autorice la ley para que formen parte de la rama ejecutiva del poder público.

DECRETO 4121 DE 2011:

De conformidad con el Decreto 4121 de 2011, La ADMINSTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES- es una Empresa Industrial y Comercial del Estado organizada como entidad financiera de carácter especial, “vinculada al Ministerio de Trabajo que hace parte del Sistema General de Pensiones y tiene por objeto la administración estatal del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las prestaciones especiales que las normas legales le asignen, y la administración del Sistema de Ahorro de Beneficios Económicos Periódicos de que trata el Acto Legislativo 01 de 2005, en los términos que determine la Constitución y la Ley, en su calidad de entidad financiera de carácter especial.”

A su turno el Decreto 4121 de 2011 en su Artículo 4° señala que el Patrimonio de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- “estará conformado por los activos que reciba para el funcionamiento y la acumulación de los traslados que se hagan de otras cuentas patrimoniales, las transferencias del Presupuesto General de la Nación, los activos que le transfiera la Nación y otras entidades públicas del orden nacional y los demás activos e ingresos que a cualquier título perciba.”

Es claro que tratándose de recursos públicos y en especial de aquellos destinados al sistema de seguridad social, no debe prevalecer el interés particular frente al interés general, pues el Estado necesita no sólo de los recursos que tienen una destinación específica para satisfacer las necesidades sociales de los habitantes del territorio nacional, sino también de los recursos destinados para su administración y funcionamiento, pues estos resultan indispensables para que el Estado opere a fin de cumplir con sus obligaciones.

Por lo anterior, la Corte Constitucional en Sentencia C-354 de 1997, con ponencia del Magistrado Antonio Barrera Carbonell, señaló:

(...) “el principio de la inembargabilidad presupuestal es una garantía que es necesario preservar y defender, ya que ella permite proteger los recursos financieros del Estado, destinados por definición, en un Estado social de derecho, a satisfacer los requerimientos indispensables para la realización de la dignidad humana.

En este sentido, sólo si el Estado asegura la intangibilidad judicial de sus recursos financieros, tanto del gasto de funcionamiento como del gasto de inversión, podrá contar con el cien por ciento de su capacidad económica para lograr sus fines esenciales.

La embargabilidad indiscriminada de toda suerte de acreedores, nacionales y extranjeros, expondría el funcionamiento mismo del Estado a una parálisis total, so pretexto de la satisfacción de un cobro judicial de un acreedor particular y quirografario.

Tal hipótesis es inaceptable a la luz de la Constitución de 1991, pues sería tanto como hacer prevalecer el interés particular sobre el interés general, con desconocimiento del artículo primero y del preámbulo de la Carta.”

De esta manera, solicito respetuosamente **NO** practicar medidas cautelares en el presente caso o en su efecto si existieran las mismas, **ORDENAR** su levantamiento, puesto que las mismas no pueden usarse para el cumplimiento de una sentencia judicial ni mucho menos para garantizar el pago de costas judiciales.

BUENA FE DE COLPENSIONES

El artículo 83 de la Constitución Política de 1991 establece que” (...) las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas (...)”.

Es evidente que las actuaciones de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES – se han permeado de buena fe, puesto que han atendido de manera diligente las reclamaciones y una vez comprobadas conforme a las normas vigentes, han procedido a reconocerlas.

PRESCRIPCIÓN

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo, propongo la excepción de prescripción como medio exceptivo de cualquier derecho reclamado que pudiese resultar probado y frente al cual haya operado este fenómeno.

Ruego a usted señor Juez se reconozca a favor de COLPENSIONES y en contra de la parte actora la excepción propuesta.

DECLARATORIA DE OTRAS EXCEPCIONES

Pido que, si halla probados hechos que constituyen una excepción, los reconozca de manera oficiosa en la sentencia, así como también si encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas o algunas pretensiones de la demanda, se abstenga de examinar las restantes de acuerdo a lo estatuido en el artículo 306 del C. P. C. por reenvío que se impone en el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Desde ahora me reservo la facultad de ampliar y proponer nuevas excepciones en la audiencia especial que se fije con el fin de resolver las ya propuestas, así como para solicitar pruebas en respaldo de las mismas.

FUNDAMENTOS Y RAZONES DE DERECHO

Como medio de defensa se interponen las siguientes excepciones frente al mandamiento de pago.

El artículo 297 del C.P.A.C.A reguló lo concerniente a los documentos que se pretenden hacer valer como título ejecutivo cuando se pretenda ejecutar una sentencia judicial, en los siguientes términos:

“Artículo 297. Título Ejecutivo. Para los efectos de este Código, constituyen título ejecutivo:
1. Las sentencias debidamente ejecutoriadas proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mediante las cuales se condene a una entidad pública al pago de sumas dinerarias. 2. Las decisiones en firme proferidas en desarrollo de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, en las que las entidades públicas queden obligadas al pago de sumas de dinero en forma clara, expresa y exigible. 3. Sin perjuicio de la prerrogativa del cobro coactivo que corresponde a los organismos y entidades públicas, prestarán mérito ejecutivo los contratos, los documentos en que consten sus garantías, junto con el acto administrativo a través del cual se declare su incumplimiento, el acta de liquidación del contrato, o cualquier acto proferido con ocasión de la actividad contractual, en los que consten obligaciones claras, expresas y exigibles, a cargo de las partes intervinientes en tales actuaciones. 4. Las copias auténticas de los actos administrativos con constancia de ejecutoria, en los cuales conste el reconocimiento de un derecho o la existencia de una obligación clara, expresa, y exigible a cargo de la respectiva autoridad administrativa. La autoridad que expida el acto administrativo tendrá el deber de hacer constar que la copia auténtica corresponde al primer ejemplar.”

De lo anterior se deduce que son títulos ejecutivos, además de los documentos enunciados en los numerales 2 y 3, (i) la sentencia debidamente ejecutoriada proferida por la jurisdicción de lo contencioso administrativo y; (ii) las copias auténticas de los actos administrativos con constancia de ejecutoria, en los cuales conste el reconocimiento de un derecho o la existencia de una obligación clara, expresa y exigible a cargo de la respectiva autoridad administrativa

Teniendo en cuenta que la sentencia es la decisión judicial que determina la procedencia o no de las pretensiones de la demanda y las excepciones de mérito, la cual una vez provista de ejecutividad y ejecutoriedad por ser la que declara, constituye el derecho u ordena el pago de suma dineraria, es de obligatorio cumplimiento, es decir, por sí sola constituye el título ejecutivo idóneo para solicitar su ejecución de la sentencia; por consiguiente, los actos administrativos expedidos por las entidades de derecho público que no crean, modifican o extinguen un derecho distinto de los derechos planteados en las decisiones judiciales no pueden ser cuestionados en su integralidad como quiera que materializan las pretensiones concedidas al demandante, hoy ejecutante.

Ahora bien, el artículo 422 del Código General del Proceso estableció que podrán demandarse ejecutivamente las obligaciones claras, expresa y exigibles que “ (...) *consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, y los demás documentos que señale la ley. La confesión hecha en el curso de un proceso no constituye título ejecutivo, pero sí la que conste en el interrogatorio previsto en el artículo (...)*”

De otro lado, el artículo 442, indicó cuales son las excepciones que podrá interponer la parte ejecutada cuando se trate de un proceso ejecutivo, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 442. EXCEPCIONES. La formulación de excepciones se someterá a las siguientes reglas:

(...)

2. Cuando se trate del cobro de obligaciones contenidas en una providencia, conciliación o transacción aprobada por quien ejerza función jurisdiccional, sólo podrán alegarse las excepciones de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia, la de nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento y la de pérdida de la cosa debida. (...)”

En atención a lo expuesto, y con base en la remisión que procede en materia, la entidad que pretenda librarse de la obligación de pagar una condena impuesta en una sentencia proferida por un juez de lo contencioso administrativo debidamente ejecutoriada, deberá, alegar las excepciones enlistadas en el numeral 2º del artículo

442 del CGP norma que delimita dentro de las excepciones que se pueden formular en contra de la solicitud de acción ejecutiva, “el pago”, razón por la cual mi poderdante en su defensa, la propondrá como excepción entre otras, cuyo soporte probatorio son las Resoluciones GNR 311736 del 05 de septiembre de 2014 y GNR 52048 del 18 de febrero de 2016, aportadas al expediente, siendo el medio idóneo, para constatar el cumplimiento que Colpensiones ha efectuado a las sentencias judiciales de fecha

21 de octubre de 2011 y 14 de junio de 2012, proferidas por el Juzgado Catorce (14) Administrativo del Circuito de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda, Subsección “D”, respectivamente.

PETICIONES

Respetuosamente solicito declarar probada las excepciones de mérito propuestas y consecuentemente ordenar, si existiesen, el levantamiento de las medidas cautelares que pesen sobre las cuentas corrientes de propiedad de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- y/o el levantamiento del embargo de remanentes decretado para el cumplimiento de igual finalidad.

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, le ruego a usted Sr. Juez aplique jurisprudencia Constitucional, sin entrar a hacer disquisiciones exegéticas acerca de si el exceptivo propuesto se encuentra configurado dentro de los que taxativamente enuncia el Art 509 del C.P.C. Numeral 2, y le hago un llamado comedido a que su actuación no se limite a la normatividad sustancial y procesal; sino que aplique todos los postulados que constituyen el Ordenamiento Jurídico, tal y como es la Jurisprudencia.

Es de recordar que "La excepción en el derecho ritual constituye una noción inconfundible con la defensa del demandado". Siendo así que el principio constitucional del debido proceso y la legítima defensa, para los procesos ejecutivos, con respecto a la parte demandada están en marcados dentro de la contestación de la demanda, espacio propio de la proposición de excepciones. "La excepción, entonces, es uno de los medios de defensa con que cuenta el demandado para oponerse a las pretensiones del demandante y hacer prevalecer la suya propia, esto es, sacar adelante su posición Jurídica". Letras cursivas extractadas de la Sentencia de la C.S.J. S.P.S. 2009/90.

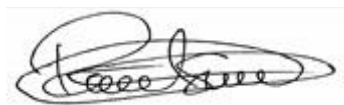
LIMITACION DE LOS EMBARGOS

Pese a lo señalado sobre la inembargabilidad de los recursos de la seguridad social administrados por COLPENSIONES, solicito al señor Juez que de librarse medida de embargo contra mi defendida, bajo el argumento que fuere, la aplicación de estas se realice de tal forma que no exceda los valores ejecutados, tal y como lo señala el tercer inciso del artículo 599 del Código General del Proceso: "**El juez, al decretar los embargos y secuestros, podrá limitarlos a lo necesario; el valor de los bienes no podrá exceder del doble del crédito cobrado, sus intereses y las costas prudencialmente calculadas**", salvo que se trate de un solo bien o de bienes afectados por hipoteca o prenda* que garanticen aquel crédito, o cuando la división disminuya su valor o su venalidad", por lo tanto, se solicita no librar más de una orden de embargo simultánea ó de librarse varias al mismo tiempo su monto total, en cualquiera de los dos casos, no exceda el valor ejecutado, toda vez que la práctica indiscriminada de embargos a los recursos de la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES, ha generado que la entidad tenga un valor importante de recursos "congelados" por embargos en exceso y/o remanentes, que adicionalmente de generar inconvenientes para la operación financiera de la entidad, genera congestión en los despachos judiciales por la solicitud de la devolución de los dineros embargados en exceso y/o remanentes, pues son dineros que COLPENSIONES tiene la obligación de recuperar para su óptimo funcionamiento.

NOTIFICACIONES

Recibiré notificaciones en el correo electrónico: utabacopaniaguab1@gmail.com y el correo de la Unión Temporal es utabacopaniagua@gmail.com donde recibiremos las notificaciones.

Atentamente,



RICHARD GUILLERMO SALCEDO BUENO
C.C. No. 1.112.627.522 de La Unión, Valle.
T.P. 290.752 del C.S de la Judicatura

Señores:

JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTA.

correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Ciudad.

Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
RADICADO:	11001333501720220021100
DEMANDANTE:	JORGE ENRIQUE FONSECA GARCIA
DEMANDADO	SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE-SENA
REFERENCIA:	CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

PEDRO JOSE JEREZ DIAZ, mayor de edad, Abogado en ejercicio, identificado con cedula de ciudadanía No 1049637996 de Tunja - Boyacá, portador de la tarjeta profesional No 302.591 del C.S. de la J. actuando en calidad de apoderado del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, conforme al poder adjunto conferido por el Director (E) Regional Distrito Capital, Comedidamente y estando dentro del término procesal me permito presentar contestación de la demanda de referencia, exponiendo los hechos y argumentos necesarios para la defensa y que sean tenidos en cuenta al momento de proferir sentencia

I. FRENTE A LAS PRETENSIONES DECLARACIONES Y CONDENAS

Me opongo a todas las pretensiones o declaración y condenas expuestas por el demandante, niego la acción, los hechos y fundamentos de derecho, en los cuales pretende sustentar las mismas, toda vez que cada una de ellas, son infundadas y sin ningún valor probatorio, por lo cual me opongo a las pretensiones solicitadas por el actor así:

Respecto a las declaraciones:

A LA PRIMERA: me opongo a la declaratoria de nulidad del acto administrativo 11-2-2022-012272 de fecha 25 de marzo de 2022 expedido por el SENA, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de acreencia laborales no canceladas entre el 17 de abril de 2009 hasta el 22 de diciembre de 2021 a favor del demandante, en consideración de lo siguiente: **a).** el acto objeto de solicitud de nulidad corresponde a la respuesta de derecho de petición incoado por el demandante de fecha

PEDRO JOSE JEREZ DIAZ – Abogado
Carrera 82f No 73f – 08 sur – Bogotá
Pedrojerez9405@yahoo.com.co
3124790370

once (11) de febrero de 2022 **b)**. la relación existente entre el accionante y la entidad demandada fue meramente contractual a través de la celebración de contratos de prestación de servicios, modalidad contractual regulada en la ley 80 de 1993 y demás normas concordantes y no regulada por el código sustantivo del trabajo. **C)** el derecho de petición no es el medio para declarar un eventual contrato realidad y en consecuencia devengar el demandante las acreencias laborales solicitadas. **D)** dicho acto administrativo goza de presunción de legalidad en los términos del artículo 88 de la ley 1437 de 2011-

A LA SEGUNDA: Me opongo al reconocimiento de un contrato realidad entre el demandante y la entidad demandada; como lo reitero, la única relación existente entre las partes es la contractual a través de la prestación de servicios por parte del demandante a favor de la entidad demandada para el cumplimiento de sus fines misionales y en contraprestación eran reconocidos los honorarios pactados al inicio de cada contrato celebrado, careciendo de una **continua subordinación** para hacer pensar que nos encontrábamos frente a una relación laboral y sin existir medio de prueba que así lo demuestre.

A LA TERCERA: me opongo a su prosperidad a falta de prueba que demuestre la vinculación sucesiva, por el contrario, una vez revisados los contratos celebrados con el demandante se encuentra que existía una interrupción entre la celebración de un contrato y otro, es decir, no existe continuidad en la prestación de los servicios, aunado a lo anterior, el demandante era contratado para cumplir diferentes actividades misionales y en diferentes centros de formación, lo cual demuestra la carencia de personal de planta para el cumplimiento de las funciones a contratar y demostrando así la naturaleza de los contratos de prestación de servicios quedando desvirtuada una eventual relación laboral o vinculación sucesiva, demostrada a falta de **CUMPLIR UN MISMO OBJETO CONTRACTUAL** y ser desarrollado en un mismo centro de formación.

DE LA CUARTA A LA DECIMO SEXTA. me opongo a la prosperidad de todas las acreencias laborales solicitadas por el demandante, teniendo en cuenta que, para devengar nivelación salarial, bonificación por servicios prestado, prima de servicios, prima quinquenal, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación por recreación, cesantías, intereses a las cesantías, prima semestral, prima convencional de retiro, indemnización por despido sin justa causa y horas extras, se debe contar con una vinculación laboral reglamentaria, es decir, que se exista el cargo,

determinación de funciones y que dicha persona haya sido nombrada y haya tomado posesión del cargo ante el superior jerárquico adquiriendo la calidad de empleado público, lo cual no sucedió en el presente caso, a contrario sensu, la relación existente con el demandante corresponde a la regulada por el artículo 32 de la ley 80 de 1993, la cual establece como finalidad el desarrollo de actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, cuando no puedan ser realizadas por el personal de planta o requieran de conocimientos especializados, encontrando así, que la relación contractual obedece a la falta de personal de planta para el cumplimiento de las jornadas laborales existentes y se debía contar con un perfil especializado según el centro de formación que requiera el servicio a contratar, ajustándose los contratos celebrados entre las partes con el objeto y la naturaleza regulada por el legislador para este tipo de vinculación.

DE LA DECIMO SEPTIMA A LA VIGESIMA: Me opongo a su prosperidad toda vez que en los contratos de prestación de servicios no existe la obligación de un extremo contractual, en este caso del SENA, en realizar consignación por cesantías, toda vez que dicha obligación corresponde a las relaciones laborales legales y reglamentarias y en este caso nos encontramos frente a una relación contractual bajo la modalidad de prestación de servicios el cual no genera derecho del contratista a percibir prestaciones sociales.

A LA VIGESIMA PRIMERA. Me opongo a su prosperidad en consideración que los contratos de prestación de servicios que se celebraron entre las partes y que dan origen presente proceso establecían fecha de inicio y sin fecha de terminación, aunado a lo anterior y ante ausencia de los presupuestos de una relación laboral no existe la obligación de la entidad demandada para realizar preaviso de terminación de contrato y/o terminación por justa causa, la terminación de los mismos perecían en las fechas indicadas en cada contrato.

A LA VIGESIMA SEGUNDA: me opongo a su prosperidad toda vez que no existe una mora en el pago de los honorarios pactados con el demandante en cada contrato celebrado, los valores acordados fueron cancelados en los términos estipulados y no es posible conceder una sanción moratoria cuando nos encontramos frente a contratos de prestación de servicios los cuales tienen naturaleza diferente a las relaciones laborales reglamentarias.

A LA VIGESIMA TERCERA Y VIGÉSIMA CUARTA: me opongo a dichas condenas toda vez que la entidad demandada cumplió con todas las

obligaciones contractuales adquiridas con el demandante, manteniendo su indemnidad en un eventual detrimento o perjuicios reclamados, al mismo tenor, no se demuestra daño alguno con ocasión a la relación contractual que sea imputable a la entidad demandada

A LA VIGESIMA QUINTA. Me opongo a su prosperidad en razón que los contratos de prestación de servicios se desarrollan de manera **autónoma**, sin que exista obligación del contratante a realizar reconocimiento alguno por concepto de auxilio de transporte.

A LA VIGESIMA SEXTA: Me opongo a su prosperidad en razón que los contratos de prestación de servicios se desarrollan bajo libertad para su ejecución con autonomía técnica y financiera y por ende no está sometido a cumplir con la utilización dotación alguna al momento de prestar sus servicios.

A LA VIGESIMA SEPTIMA: Me opongo a su prosperidad en razón que los contratos de prestación de servicios recaen en los contratistas la obligación de aportes al sistema de seguridad social de manera independiente y a su costa, igualmente el consejo de estado ha manifestado: *“s improcedente la devolución de los aportes a salud realizados por el contratista, a pesar de que se haya declarado a su favor la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente. Como se ha indicado, en función de su naturaleza parafiscal, estos recursos son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y, por tanto, independientemente de que se haya prestado o no el servicio de salud, no constituyen un crédito a favor del interesado, pues su finalidad era garantizar la prestación de los servicios sanitarios para los dos regímenes que integran el sistema, lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer”*

A LA VIGESIMA OCTAVA: me opongo, toda vez que en los contratos de prestación de servicios el contratista percibe como contraprestación los honorarios que se hayan pactado, previo cuenta de cobro, **informe de actividades de cumplimiento**, pago de aportes a sistema de seguridad social, entre otros, que se hayan pactado, requisitos sin los cuales no se puede realizar un pago, a contrario sensu, el salario es devengado de manera fija sin las exigencias que recaen en los contratistas, razón por cual no le asiste dicho derecho de reclamación al demandante

A LA VIGESIMA NOVENA Y TRIGESIMA: me opongo en razón que es obligación del contratista de prestación de servicios de realizar el pago a los aportes a seguridad social a su costa, dicha exigencia es contenida dentro de los contratos celebrados y requisito previo para su reconocimiento de

honorarios y al carecer de relación laboral la obligación es inherente a contratista en este asunto al demandante, Maxime, ante la imposibilidad de su devolución toda vez que dichos aportes tiene una destinación fija la cual debe ser garantizada por el estado

A LA TRIGESIMA PRIMERA y TRIGESIMA SEGUNDA. Me opongo en consideración que no se encuentra ajustados los presupuestos para declara una relación laboral entre las partes y en consecuencia no se puede emitir condena en contra de la entidad demandada para que sea indexada conforme al Índice de precios al consumidor y para que sea cumplida en los términos del artículo 192 de la ley 1437 de 2011

II. FRENTE A LOS HECHOS

En relación a los hechos narrados por la parte demandante, me permito manifestar:

PRIMERO: No es cierto, que se pruebe, el demandante estuvo vinculado al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, mediante Contratos de Prestación de Servicios, lo cuales fueron **interrumpidos, temporales y cuyos objetos contractuales en cada una de las ordenes de servicio pactadas son diferentes el uno del otro** y, cuya duración fue siempre por tiempo limitado e indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

De otra parte, no es cierto que el objeto del contrato de prestación de servicios fuera en todo momento *“instructor en los procesos de producción diseño, desarrollo curricular, investigación, acompañamiento a los aprendices en la ejecución de la formación profesional”*, como quiera dentro de cada uno de los contratos de prestación de servicios suscritos con la parte demandante dan cuenta sus diferentes objetos contractuales no todos eran para dar instrucción

SEGUNDO: es parcialmente cierto, se admite exclusivamente su vinculación la cual se realizó mediante contratos de prestación de servicios interrumpidos, temporales y con diferente objeto contractual, sin embargo, sus ejecuciones se realizaron de manera autónoma y sin recibir ordenes por partes de funcionarios de la entidad demandada, la coordinación – diferente a subordinación- para la ejecución de actividades contratadas se realizaron con el coordinador de centro de formación correspondiente y se realiza de manera trimestral-y semestral lo que demuestra la ausencia de una continuada subordinación, siendo en algunas ocasiones el coordinador quien supervisaba el contrato y dicha coordinación era realizada exclusivamente en cumplimiento a las funciones designadas por la ley.

DEL TERCERO AL VIGECIMO SEPTIMO, no son ciertos, si bien hace referencia los contratos que se han celebrado entre el demandante y el SENA, esto no implica el inicio de una vinculación laboral, la vinculación existente entre las partes es de carácter contractual en cumplimiento al artículo 32 de la ley 80 de 1993 y la ejecución de los mismos en todo momento fue independiente, sin subordinación y en diferentes centros de aprendizaje desarrollando diferentes actividades, Maxime, cuando no se coloca una fecha de terminación de los contratos.

Al mismo tenor los contratos celebrados se realizaban de manera interrumpida encontrando que en algunas ocasiones el tiempo entre la terminación de un contrato y el inicio de otro supera los treinta (30) días, demostrando la interrupción y la contratación exclusiva para fines específicos y no de manera constante.

La necesidad del servicio que dio origen a la celebración de los contratos suscritos obedece a la falta de personal de planta que cumpliera las funciones que fueron contratadas con el demandante y en cumplimiento a las funciones misionales del servicio nacional de aprendizaje SENA

Para demostrar lo anterior a modo de ejemplo hare referencia lo siguiente:

Mediante contrato 4223 de fecha 26 de enero de 2018 se acordó la prestación de servicios del señor Jorge Enrique Fonseca a desarrollar funciones en el centro de servicios financieros del SENA, con fecha de terminación de 19 de diciembre de 2018, a su vez, Mediante contrato 0702 de fecha 04 de febrero de 2019 se acordó la prestación de servicios del señor Jorge Enrique Fonseca a desarrollar funciones en el centro de servicios financieros del SENA y con fecha de terminación 21 de diciembre de 2019.

Lo anterior demuestra **A).** los contratos de prestación de servicios eran celebrados únicamente por el lapso que la entidad demandada lo requería. **B).** el tiempo transcurrido entre la terminación del contrato del año 2018 al inicio del contrato del año 2019 corresponde a 46 días.

Ahora en relación con la interrupción de contratos como elemento esencial para demostrar la naturaleza de los contratos de prestación de servicios encontramos: entre 2019 – 2020, interrupción de 39 días y entre 2020 – 2021 interrupción de 4 meses y 25 días.

Igualmente se logra demostrar que durante los años 2009 y ss. El señor desarrollo actividades en el centro de gestión de mercados, logística y tecnologías de la información y para los años 2019 desarrollaba actividades en el centro de servicios financieros, lo cual denota que no existe un objeto en común durante la vinculación contractual

Finalmente es falso y carece de prueba que entre las partes haya existido una vinculación laboral, la única relación existente corresponde a una vinculación fuere meramente contractual a través de contratos de prestación de servicios interrumpidos, temporales y con diferente objeto contractual, a su vez, sus ejecuciones se realizaron de manera autónoma y sin recibir órdenes por partes de funcionarios de la entidad demandada, la coordinación – diferente a subordinación- para la ejecución de actividades contratadas se realizaron con el coordinador de centro de formación correspondiente y se realiza de manera trimestral y semestral **lo que demuestra la ausencia de una continuada subordinación, siendo en algunas ocasiones el coordinador quien supervisaba el contrato y dicha coordinación era realizada exclusivamente en cumplimiento a las funciones designadas por la ley**

Lo anterior demuestra la temporalidad de los contratos y los cuales fueron celebrados por los tiempos necesarios según su objeto y de acuerdo con la necesidad del servicio requerido de conformidad con la demanda social que en su momento temporal lo necesitaba.

DEL VIGESIMO OCTAVO AL TRIGESIMO: Que se pruebe, no se puede establecer a través de presunciones una eventual relación laboral, Maxime cuando no existe un control de ingreso y salida como firma de planilla o utilización de elementos tecnológicos que denoten la verdadera hora de ingreso y salida del contratista en cumplimiento de sus funciones, el cumplimiento de sus funciones se realizaba de manera autónoma y sin subordinación de la entidad demandada.

DEL TRIGESIMO PRIMERO: se admite los documentos aportados como prueba fueron remitidos en contestación al derecho de petición elevado por el demandante, sin embargo, desconozco su autenticidad, razón por la cual adjunto los emitidos por la entidad para cotejar su contenido.

DEL TRIGESIMO SEGUNDO Y TRIGESIMO TERCERO: son falsos, que se prueben, durante la ejecución de los contratos de prestación de servicios por parte del señor Jorge Enrique, se realizaron de manera autónoma técnica y financiera, sin subordinación por parte de la entidad contratante, cabe indicar que no se puede considerar como subordinación, la coordinación que realiza la persona encargada del centro o institución educativa dentro prestaba sus servicios, toda vez que esta coordinación se realiza bajo las funciones de supervisión para avalar los pagos en cumplimiento a la ley 80 de 1993 y 1150 de 2007, finalmente el pago de los honorarios estaba sujeta a informe de ejecución de actividades, previo aprobación del supervisor, es decir, el señor Fonseca García no percibía un valor en un determinado tiempo (quincenal o mensual), porque estaba sujeto al cumplimiento de sus funciones para las cuales había sido contratado.

TRIGESIMO CUARTO: No se acepta como cierto, que se pruebe, el SENA no le otorgo la cantidad de elementos necesarios para la prestación de sus servicios, no existía subordinación y el demandante al cumplir una jornada laboral de 12 horas, lo realizaba en cumplimiento de su objeto contractual, Maxime, si tenemos en cuenta que en algunos contratos se realizaron por horas y sin tener en cuenta la fecha de terminación del contrato.

TRIGESIMO QUINTO: que se pruebe, si bien la entidad demandada cuenta con un grupo de instructores vinculados mediante contrato laboral, la necesidad que dio origen a los contratos con el demandante se da en cumplimiento a su fines misionales y la capacidad existente en su momento era insuficiente para cumplir sus obligaciones, sin embargo, en ningún momento se contaba con una persona que tuviera los mismos conocimientos y experiencia para que cumpliera la obligación del demandante, es decir, se carecía de personal de planta para tal fin y para cubrir las jornadas de formación dispuestas a cumplir.

TRIGESIMO SEXTO: que se pruebe, las condiciones de los contratistas están contenidas en cada contrato celebrado y la ejecución se realiza bajo autonomía técnica y financiera

TRIGESIMO SEPTIMO y TRIGESIMO OCTAVO. son ciertos, el demandante presento derecho de petición y la entidad demandada emitió respuesta pertinente

TRIGESIMO NOVENO: no se admite como cierto, los contratos que demuestran la relación entre las partes correspondían a prestación de servicios regulado por la ley 80 de 1993, en el cual se indica como responsabilidad del contratista las cotizaciones al sistema de seguridad social, por ende, dicha obligación no se puede trasladar al contratante y aquí entidad demandada

CUADRAGESIMO. No se admite como cierto, que se pruebe, en ningún momento el señor Jorge Enrique cumplió funciones permanentes y propias del SENA, su contrato se limitaba al cumplimiento de las actividades encomendadas mediante su contrato de manera interrumpida, con autonomía para su ejecución, sin subordinación por parte de funcionarios de la entidad contratante.

CUADRAGESIMO PRIMERO: es falso, que se pruebe, en ningún momento el SENA ha actuado de mala fe, para ocultar una relación laboral, los contratos se han celebrado con la finalidad de complementar la totalidad de sus actividades misionales; no se puede configurar una relación laboral cuando hay una interrupción de más de cuatro meses, entre la finalización de un contrato e inicio del otro, como es el caso de los años 2020 – 2021, lo cual al configurar una relación laboral se estaría cancelando un salario a un funcionario por un lapso de tiempo sin requerir el servicio, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 122 constitucional

CUADRAGESIMO SEGUNDO: que se pruebe, las actividades contratadas tenían un fin específico y no son las mismas durante el tiempo que se estableció la vinculación contractual con el demandante.

CUADRAGESIMO TERCERO: no se acepta, que se demuestre, y se aclara en ningún contrato que se haya celebrado con el demandante se realizó subordinación por parte de funcionarios del SENA, la coordinación se realizaba con los respectivos centros y con la persona encargada de supervisar la ejecución del contrato, diferente a la continua subordinación.

CUADRAGESIMO CUARTO y CUADRAGESIMO QUINTO: es parcialmente cierto, si bien la entidad no ha cancelado los factores salariales mencionados por el demandante, esto obedece a que nunca ha existido una relación laboral entre las partes, por ende no se encuentra pendiente ninguna obligación salarial pendiente de pago, la vinculación del señor Fonseca se realizó mediante contratos de prestación de servicios, encontrando que el artículo 32, numeral 3 de la ley 80 de 1993 establece: *“En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”* razones por las cuales no se han cancelados prestaciones sociales y/o indemnización a que haya lugar

CUADRAGESIMO SEXTO, es cierto, se realizó la audiencia mencionada

III. FUNDAMENTOS DE LA DEFENSA

Con lo anteriormente expuesto y con los documentos que se aportaran al despacho queda demostrado que el demandante no estuvo subordinado a la entidad, contaba con autonomía para desarrollar sus actividades, debido a la naturaleza de su actividad que era **netamente temporal y por el tiempo necesario**, lo cual demuestra que entre el demandante y el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA no existió ninguna relación laboral.

IV. FUNDAMENTACION FACTICA Y JURIDICA DE NUESTRA DEFENSA.

probado en este proceso que el demandante realizó su relación contractual con el SENA con plena autonomía técnica y financiera y sin subordinación, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el cual indica:

“[...] 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". (La negrilla es nuestra).

De otra parte, el demandante nunca estuvo subordinado a la entidad, y los extremos que alega la parte demandante no se pueden considerar pues cada contrato de prestación de servicios se enmarcó por un tiempo estrictamente necesario, cuyos objetos fueron diferentes los unos de los otros, luego el demandante aceptó y convino el tipo de contratación sin que esta ahora pueda enrostrarse en otro, como lo pretende el demandante.

En ese sentido, este tipo de contratación no genera pago de prestaciones sociales ni mucho menos laborales, por ende, no es procedente el pago de primas de servicios de junio y de diciembre, prima de navidad, de vacaciones, vacaciones, bonificación por servicios prestados, prima quinquenal, cesantías, e intereses sobre cesantías y horas extras e indemnizaciones, como ya se ha señalado cada contrato de prestación de servicios fue por el tiempo estrictamente necesario, luego sobre los mismos se cancelaron los honorarios profesionales al demandante, cumplimiento de los contratos de prestación de servicios suscritos con la entidad.

Máxime aun cuando el demandante tenía el carácter de contratista independiente por prestación de servicios, es decir, que está probado en este proceso que el demandante realizó su relación contractual con el SENA con plena autonomía técnica y financiera y sin subordinación, enmarcada bajo el principio de coordinación, como lo demuestran las pruebas dentro del proceso, por ende, no es viable el reconocimiento y pago de los aportes correspondientes a salud y pensión, ni cualquier otro emolumento por parte de la entidad, habida cuenta que el demandante tuvo una relación eminentemente contractual.

1. FUNDAMENTACIÓN

Es trascendental manifestar que las pretensiones de la demanda no pueden prosperar en relación con la entidad a la que represento, por cuanto no se dan los presupuestos exigidos por la norma para si quiera se pueda pensar que la contratación por medio de contrato de **PRESTACIÓN DE SERVICIOS** que se suscribió con la parte demandante se realizó indebidamente y esta deba declararse por medio de la figura de la primacía de la realidad sobre las formas como otro tipo de contrato diferente a este.

La entidad que represento no ha violado las disposiciones aludidas por el

demandante referentes a los artículos 1, 2, 13 y 53 de la Constitución Política, así como tampoco los artículos 15 y 271 de la Ley 100 de 1993, el artículo 3 de la Ley 797, el artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, el artículo 1 del Decreto 510 de 2003, el artículo 14 y el 23 de la Ley 50 de 1900, los artículos 7 y 127 del Decreto 1950 de 1973, conforme a lo que expondré a continuación:

Bajo tal aspecto tenemos:

El artículo 1° de la Constitución Nacional, consagra:

“Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de Republica unitaria, descentralizada, con autonomía de entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

La Ley 909 de 2004, en su artículo 19, reza:

"El empleo público es el núcleo básico de la estructura de la función pública objeto de esta ley. Por empleo se entiende el conjunto de funciones, (áreas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado".

La Ley 80 de 1993, en su artículo 32, numeral 3, preceptúa:

“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 solo podrían 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 celebraran por el termino estrictamente indispensable”

La Ley 790 de 2002, en su artículo 17, consagra:

“PLANTAS DE PERSONAL. La estructura de planta de los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas del orden nacional tendrán los cargos necesarios para su funcionamiento.

PEDRO JOSE JEREZ DIAZ – Abogado
Carrera 82f No 73f – 08 sur – Bogotá
Pedrojerez9405@yahoo.com.co
3124790370

En ningún caso los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas podrán celebrar contratos de prestación de servicios para cumplir de forma permanente las funciones propias de los cargos existentes de conformidad con los decretos de planta respectivos. En el evento en que sea necesario celebrar contratos de prestación de servicios personales, el ministro o el Director del Departamento Administrativo cabeza del sector respectivo, semestralmente presentara un informe al Congreso sobre el particular.

PARAGRAFO. A partir de la entrada en vigencia del presente ley, las entidades no podrán celebrar contratos de prestación de servicios con personas naturales. Con la finalidad de reemplazar cargos que se supriman dentro del programa de renovación de la administración pública”.

Por lo anterior tenemos que la Constitución Política de 1991, reguló lo pertinente a la función pública, estableciendo las notas características de la relación laboral con la administración pública así:

“...Artículo 122.- Desempeño de las funciones públicas. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente”.

Artículo 125.- Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la Ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes...”.

El ordenamiento jurídico autoriza diferentes clases de vinculación de personas con las entidades públicas según sus situaciones, se destacan como modalidades principales las siguientes:

- 1- La vinculación legal y reglamentaria (de empleados públicos),
- 2- Laboral contractual (de trabajadores oficiales con esa clase de contratos),
- 3- Contractual administrativa (contratos de prestación de servicios – contratistas), cada una con su propio régimen.

a). LA VINCULACIÓN LEGAL Y REGLAMENTARIA (DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS).

Es la vinculación propia de los empleados públicos que se manifiesta a través de la expedición de un acto administrativo de nombramiento y se perfecciona con la posesión del empleo.

Varias disposiciones han regulado los empleos públicos que pueden desempeñar, entre otros, los empleados públicos, entre las cuales se destacan la Ley 4ª de 1913, el Decreto Ley 2400 de 1968, etc.

Ley 4ª de 1913 Código de Régimen Político y Municipal en su tiempo dispuso:

“...Artículo 5.- Son empleados públicos todos los individuos que desempeñan destinos creados o reconocidos en las leyes. Lo son igualmente los que desempeñan destinos creados por ordenanzas, acuerdos y decretos válidos. Dichos empleados se clasifican en tres categorías, a saber...” (Subrayado fuera del texto original)

1. Los Magistrados, que son los empleados que ejercen jurisdicción o autoridad.

2. Los simples funcionarios públicos, que son los empleados que no ejercen jurisdicción o autoridad, pero que tienen funciones que no pueden ejecutar sino en su calidad de empleados; y

a) Los meros oficiales públicos, que son los empleados que ejercen funciones que cualquiera puede desempeñar, aun sin tener la calidad de empleado...”

El Decreto Ley 2400 de 1968, expedido por el presidente de la República,

modificó las normas que regulan la administración de personal civil, en el artículo 2º ordenó:

“...Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo...”

Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones...”

El Decreto Ley 1042 de 1978, expedido por el presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 5ª de 1978, estableció el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de la administración pública y en lo pertinente previó:

“...Artículo 2º.- De la noción de empleo. Se entiende por empleo el conjunto de funciones, deberes y responsabilidades que han de ser atendidos por una persona natural, para satisfacer necesidades permanentes de la administración pública...”

...Los deberes, funciones y responsabilidades de los diferentes empleos son establecidos por la Constitución, la ley o el reglamento, o asignados por autoridad competente...”

Por su parte, el artículo 122 de la Constitución Política señala:

“No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente (...).”

A su vez, el artículo 123 ibidem consagra:

“Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen

PEDRO JOSE JEREZ DIAZ – Abogado
Carrera 82f No 73f – 08 sur – Bogotá
Pedrojerez9405@yahoo.com.co
3124790370

aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio”.

De las anteriores disposiciones es posible establecer los elementos esenciales de los empleos estatales así:

- a) La existencia del empleo en la planta de personal de la entidad. Si el empleo no está previsto en la respectiva planta de personal, es un imposible aceptar que se puede desempeñar lo que no existe.
- b) La determinación de las funciones propias del cargo ya previsto en la planta de personal. Para la determinación de dichas funciones se tienen en cuenta las de la Entidad, de la dependencia donde se labora y de la labor que cumple; especialmente se observan los manuales de funciones generales y específicas y los requisitos aplicables. La obligación del empleado es la de cumplir los mandatos del ordenamiento jurídico que le competen; la desobediencia tiene relación con dichos mandatos.

Ahora bien, cuando el empleo específico (que el interesado pretende desempeñar) no está previsto en la respectiva planta de personal, el hecho que existan otros cargos parecidos que ya están siendo desempeñados por otras personas y que el personal vinculado por contrato de prestación de servicios realice labores similares a las que desempeñan esos empleados públicos, no conduce a que se pueda aceptar que el empleo público existe de acuerdo al régimen jurídico con las funciones que atiende el contratista, para luego admitir que esa relación contractual encubre una relación legal y reglamentaria.

- c) La previsión de los recursos en el presupuesto para el pago de los gastos que demande el empleo tiene que ver con el salario, prestaciones sociales, etc. ~~Entonces, es necesario~~ distinguir entre los recursos para cubrir las obligaciones laborales de los servidores públicos y otra clase de recursos previstos en los presupuestos estatales. Por lo tanto, la existencia de otros recursos económicos con los cuales se puedan pagar obligaciones de otra naturaleza (v.gr. las derivadas de los contratos estatales) no implica el cumplimiento de la exigencia señalada.

Adicionalmente, el artículo 125 constitucional señala que el ingreso al servicio público se hará previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes, y para ellos es indispensable la designación válida (nombramiento o elección, según sea el caso) seguida de la posesión, de esta forma, la persona nombrada y

posesionada, queda investida de las facultades para prestar el servicio correspondiente.

En esta forma de vinculación al servicio el régimen laboral se encuentra previamente determinado en la ley, de modo que no existe la posibilidad de que el Estado empleador y el servidor, puedan discutir y convenir las condiciones del empleo, así como tampoco variar los alcances normativos que regulan la relación de trabajo

b). VINCULACIÓN POR CONTRATO DE TRABAJO (DE TRABAJADORES OFICIALES).

De otra parte, también pueden desempeñar empleos públicos los denominados trabajadores oficiales, los cuales están vinculados por una relación contractual laboral pública vinculados por contrato de trabajo. Ellos cuentan con su propia legislación y sus derechos están consagrados en las normas públicas, además de otras que se autorizan para ellos (v.gr. convenciones colectivas y laudos arbitrales). Ahora, las controversias derivadas del contrato de trabajo son del resorte de la jurisdicción laboral ordinaria.

Por el Decreto 2127 de agosto 28 de 1945 (D. O. No. 25.933) el presidente de la República reglamentó la Ley 6ª de 1945, en lo relativo al contrato individual de trabajo, allí se dispone:

“Artículo 1o. Se entiende por contrato de trabajo la relación jurídica entre el trabajador y el patrono, debido a la cual quedan obligados recíprocamente, el primero, a ejecutar una o varias obras o labores, o a prestar personalmente un servicio intelectual o material, en beneficio del segundo y bajo su continuada dependencia y este último a pagar a aquella cierta remuneración.

Artículo 2o. En consecuencia, para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos: a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b. La dependencia del trabajador respecto del patrono, que otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, la cual debe ser prolongada, y no instantánea ni simplemente ocasional y c. El salario como retribución del servicio.

Artículo 3o. Por el contrario, una vez reunidos los tres elementos de que trata el artículo anterior, el contrato de trabajo no deja de serlo por

virtud del nombre que se le dé, ni de las condiciones peculiares del patrono, ya sea persona jurídica o natural; ni de las modalidades de la labor; ni del tiempo que en su ejecución se invierta; ni del sitio en donde se realice, así sea el domicilio del trabajador; ni de la naturaleza de la remuneración, ya en dinero, ya en especie o ya en simple enseñanza; ni del sistema de pago; ni de otras circunstancias cualesquiera.

Artículo 4o. No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, las relaciones entre los empleados públicos y la administración Nacional, Departamental o Municipal no constituyen contratos de trabajo, y se ~~rigen por leyes especiales, a menos que se trate de la construcción o~~ sostenimiento de las obras públicas, o de empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro, o de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma”.

De otra parte, las disposiciones legales antes indicadas determinaron que la vinculación laboral contractual oficial tiene relación con tres grupos de actividades:

1. Trabajo en construcción o sostenimiento de las obras públicas de la administración, o
2. Trabajo en empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro, o,
3. Trabajo en instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma.

Ahora bien, los trabajadores oficiales no están sujetos a una relación legal y reglamentaria. Las labores relacionadas con su empleo se determinan en el contrato y demás normas compatibles (relación de contrato de trabajo) y, así, en verdad, el trabajador oficial –salvo situación especial- no cumple funciones esencialmente ligadas con el Estado ni con la administración; por eso, quienes tienen que ver con estas funciones estatales en las empresas industriales y comerciales tienen el carácter de empleados públicos. A los trabajadores oficiales les es aplicable el capítulo de los derechos sociales, económicos y culturales, en particular el artículo 53 y el Código Sustantivo del Trabajo.

El Código Sustantivo del Trabajo, en su artículo 23 consagra los elementos esenciales del contrato de trabajo, a saber:

- 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 por 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; y*
- c. *Un salario como retribución del servicio.*

Entonces, los elementos esenciales que rigen todo contrato de trabajo son, en resumen, la prestación personal del servicio, la subordinación y un salario a título de retribución. Se advierte que estos tres elementos (tipificadores de la relación contractual laboral del trabajador oficial) son diferentes a los establecidos en la misma constitución política respecto de la relación legal y reglamentaria de los empleados públicos (relación laboral administrativa de derecho público) que ya se han enunciado.

Es así como la similitud de algunos de esos elementos no puede llevar a confusión: El trabajador cumple órdenes del superior según su voluntad, el reglamento y el contrato, mientras que el empleado público debe cumplir lo que dispone el ordenamiento jurídico al cual está sometido; el salario –como retribución del servicio- para el trabajador se determina libremente por el patrono con algunas limitaciones por convención, etc. Mientras que la remuneración del empleado público se fija conforme a las normas proferidas por las autoridades señaladas en el régimen jurídico

C). VINCULACIÓN POR CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS (DE LOS CONTRATISTAS DEL ESTADO).

Entre las disposiciones reguladoras de esta clase de vinculación se encuentra el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 que permite la vinculación de personal mediante órdenes de servicios o contratos 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 desarrollarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

El vínculo contractual no genera relación de carácter laboral, por manera que no son servidores públicos y, en consecuencia, no hay lugar al reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales, veamos:

“Ley 80 de 1993, artículo 32. Contratos Estatales...(…)”

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

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

Conforme a lo dispuesto en la norma, una situación autorizada para la contratación de servicios es cuando en la planta de personal de la entidad no exista el cargo o los existentes no sean suficientes (y estén provistos), en cuyo evento la administración puede vincular, a través de contrato de prestación de servicios, personal para atender las funciones que autoriza la ley. Otro evento autorizado legalmente es para vincular personal con conocimientos especializados.

Estos contratos de prestación de servicios constituyen una verdadera herramienta de gestión administrativa que propende por la realización de los fines del Estado.

En Sentencia de noviembre 30 de 2000, dentro del proceso radicado con el número 2888-99 de la Sección Segunda del Consejo de Estado, se unificó la decisión en esta clase de controversias (contrato realidad). Se concluyó que mientras que no existiera empleo que proveer y no se dieran otras circunstancias allí señaladas no era factible considerar que con el contrato de prestación de servicios se hubiera querido ocultar una relación laboral de derecho público. Se enfatizó que para adquirir la condición de empleado público (relación legal – reglamentaria del laboral administrativo) y que de éste se deriven derechos que ellos tienen, conforme a la legislación es necesario que se verifiquen otros elementos propios de esta clase de relación en el derecho público como son:

PEDRO JOSE JEREZ DIAZ – Abogado
Carrera 82f No 73f – 08 sur – Bogotá
Pedrojerez9405@yahoo.com.co
3124790370

- i) La existencia del empleo en la planta de personal de la entidad, ante la imposibilidad de desempeñar un cargo que no esté creado por la Constitución Política, ley o reglamento;
- ii) La determinación de las funciones propias del cargo previsto en la planta de personal; acerca de este punto se observa que el cumplimiento de labores similares de empleados públicos no significa que existan esas funciones para otra clase de relaciones y que por tal razón se satisfaga esta exigencia;
- iii) La previsión de los recursos en el presupuesto para el pago de los gastos que demande el empleo, los cuales tienen que ver con el salario, prestaciones sociales, etc. y,
- iv) La existencia de otros recursos económicos con los cuales se puedan pagar obligaciones de otra naturaleza v. gr. las derivadas de contratos estatales, no implica el cumplimiento de la exigencia señalada (Artículo 122 de la C.P.). Además, se precisó que el ingreso al servicio público (en relación laboral administrativa) requiere de la designación válida (nombramiento o elección) conforme al régimen jurídico, seguida de la posesión, para poder entrar a ejercerlas funciones del empleo.

Y respecto de salarios y prestaciones reclamadas en igualdad de condiciones a empleados públicos se llegó a la conclusión que no era factible su reconocimiento, lo cual concordaba con lo dispuesto al respecto en la Sentencia C-555 de 1994. Sobre el reconocimiento del tiempo bajo el contrato de prestación de servicios para efectos prestacionales y pensionales se consideró su improcedencia, porque la persona no tenía la calidad de empleado público conforme al ordenamiento jurídico. Ahora, se señaló que en algunos casos en los cuales la persona desempeñó labores similares a las de los empleados públicos eran posibles, en aras de los principios de igualdad y equidad.

Por su parte, el principio consagrado en el artículo 53 de la C.P. conforme al cual las relaciones de trabajo se sujetan a una remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, es preciso interpretarlo en armonía con el artículo 13 ibidem y por consiguiente el trato a las personas que se encuentran en la misma situación debe ser similar.

Se reitera que, atendiendo a la naturaleza de la entidad, se imparten horas de formación propias de la educación no formal, que son aquellas ofrecidas por una persona natural contratada para laborar por un determinado número de horas

como evaluador o instructor impartiendo conocimiento especializado e instrucción sobre un área técnica establecida dentro de un módulo dictado en un programa impartido por la entidad.

En este sentido, las personas naturales o jurídicas vinculadas a la administración mediante un contrato de prestación de servicios realizan las actividades con autonomía técnica administrativa y financiera y sin subordinación; no se dan órdenes simplemente se supervisa y controla el resultado de acuerdo con los objetivos de la institución y que se plasmaron en el contrato suscrito por el contratista no del cómo se realiza. Por lo tanto, existe autonomía para fijar las condiciones del cumplimiento del servicio y sólo tienen derecho al pago de los honorarios expresa y previamente convenidos en los respectivos contratos.

Las anteriores razones, son suficientes para que nos opongamos a que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el **oficio No. 11-2-2022-012272 de fecha 25 de marzo de 2020**, por cuanto la parte demandante suscribió varios contratos de prestación de servicios con solución de continuidad, en los cuales se han pactado en forma expresa el objeto, obligaciones, actividades, plazo, condiciones de pago y demás aspectos de orden contractual reguladas en la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, el Decreto 2474 de 2008 y el Decreto 734 de 2012.

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-154 de fecha 19 de marzo de 1997, con Ponencia del Magistrado Hernán Herrera Vergara, se ha pronunciado al declarar la constitucionalidad del artículo 32 de la ley 80 de 1993 donde precisó:

“el contrato de prestación de servicios 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 requiera de conocimientos especializados, para lo cual se establece 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, la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales”.¹

“En ningún caso estos contratos generan relación ni prestaciones sociales y se celebran por el termino estrictamente indispensable”.

En este sentido, las personas naturales o jurídicas vinculadas a la administración mediante un contrato de prestación de servicios realizan las actividades con autonomía técnica administrativa y financiera y sin subordinación; no se dan órdenes simplemente **se supervisa y controla el resultado de acuerdo con los objetivos de la institución y que se plasmaron en el contrato suscrito por el contratista** no del cómo se realiza. Por lo tanto, existe autonomía para fijar las condiciones del cumplimiento del servicio y sólo tienen derecho al pago de los honorarios expresa y previamente convenidos en los respectivos contratos. En este sentido la Corte Constitucional ha manifestado que el contrato de prestación de servicios.

“Es aquel que 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 cuando requiere conocimientos especializados.”²

Acorde con la definición anterior, los conocimientos especializados se derivan y se establecen de acuerdo al perfil de cada instructor para cada programa ofrecido por la institución, así como se debe tener en cuenta la demanda de estudiantes para cada programa ofrecido para que de esta manera se justifique la contratación **pero no de planta**, porque ello depende de un alea externo y mal haría la entidad en comprometer recursos públicos para eventualidades que no pueden asegurarse, acogiendo para tal fin lo dispuesto en la Ley 80 de 1993.

Por su parte, la Corte Constitucional en Sentencia C - 614 de 2009, se pronunció en los siguientes términos, para delimitar un contrato de prestación de servicios de un contrato laboral y señaló:

“Contrato laboral y contrato de prestación de servicios no son comparables y constituyente no estableció el mismo trato jurídico para la relación laboral y para la vinculación contractual por prestación de servicios con el estado pues mientras que la primera tiene amplia protección superior la segunda no sólo no tiene ninguna referencia constitucional porque corresponde a una de las múltiples formas del contrato estatal sino que puede ser asimilada a la relación laboral ya que tiene alcance y finalidades distintas”³.

El sustento legal de la entidad que represento, descansa como se dijo anteriormente en la Ley 80 de 1993, que en el artículo 32 regula el tipo de contratación que se pretende dar en este proceso por desnaturalizado, por el hecho de haber proveído por el cumplimiento de cada uno de los contratos que

cabe resaltar se celebraron con solución de continuidad, en la medida en que cumplieron un término y que fue preciso y atendiendo las necesidades resultado del servicio, volver a contratar con base en todos los requisitos que se requerían al efecto, y en tal medida resultar el aquí demandante favorecido con el contrato.

2. DE LA CARGA DE LA PRUEBA

El Consejo de Estado en sentencia del 23 de agosto del 2018, con radicado: 080012333000201200401-01 se precisó que en asuntos de contrato realidad quien tiene la obligación de probar la existencia de los elementos constitutivos de una relación laboral le corresponde a la parte demandante.

“(…) Quien pretende la declaratoria de la existencia de un contrato realidad tiene la carga de demostrar los elementos constitutivos de la relación laboral, motivo por el cual ésta le correspondía a la parte demandante. (…)”.

Adicionalmente, en el presente asunto no se encuentra probado que se hubiere desvirtuado **la presunción de legalidad de los contratos de prestación de servicios** contenida en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, ni **la presunción de legalidad del acto administrativo** contenido en el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011, tal como lo ha venido decantando el consejo de Estado, en Sentencia del 8 de agosto de 2019, radicado: **23001-23-33-000-2012-90122-01(4396-15)**, C.P.: **SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ**, consideró:

“En efecto, quien demande, tiene que desvirtuar inicialmente **la presunción del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y consecuentemente la del acto administrativo mediante el cual se nombró**. Es así, que es inminente que se prueben los elementos de la relación laboral, esto es, (i) la actividad personal del trabajador, (ii) subordinación continuada y dependencia del trabajador y (iii) remuneración como retribución del trabajo prestado, para que se pueda configurar un contrato de trabajo.”

Criterio reiterado como se advierte en la sentencia del 11 de abril de 2019, con radicado: **68001-23-31-000-2009-00395-01(3152-15)**, C.P.: **SANDRA LISSET**

IBARRA VELEZ, consideró: “(…) En efecto, el demandante tiene que desvirtuar inicialmente la presunción del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y consecuentemente la del acto administrativo mediante el cual se nombró. (..)”.

Por su parte, El Consejo de Estado, en Sentencia del 11 de mayo del 2020, con radicado: **25000-23-42-000-2012-01455-01(1289-16)**, C.P.: **CÉSAR**

PALOMINO CORTÉS, consideró:

“(…)En ese sentido, no se puede perder de vista que si bien para la configuración del contrato realidad establecido en el Art. 53 de la C.P., aplica la presunción establecida en el Artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo⁸, **ella no procede ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues en este proceso se discute la legalidad de un acto administrativo, que según lo estima el Artículo 88 del CPACA⁹**, goza de presunción de legalidad y por tal razón, quien pretenda la declaratoria de ilegalidad del acto enjuiciado tendrá que hacer el esfuerzo probatorio suficiente o necesario para desacreditar tal presunción de derecho (…)

Cabe resaltar, que el demandante tampoco desvirtuó la presunción jurisprudencial establecida por el Consejo de Estado, consistente en la **presunción judicial de coordinación** entre las partes contratantes, tal como lo indica la sentencia del 21 de febrero del 2019, con radicado: 05001-23-33-000-2013-01597-01(5167-16), C.P.: **CÉSAR PALOMINO CORTÉS, consideró:**

“Por tales razones, discurrimos que en todos los contratos de prestación de servicios **la coordinación es una obligación que goza de una presunción iuris tantum**, es decir, que admite prueba en su contra, y que debe desvirtuar quien pretende que prosperen sus reclamos ante la jurisdicción.

Entonces, **es una carga que le concierne a la parte demandante utilizar todos los medios probatorios que la ley procesal permite, con el objeto de controvertir dicha presunción**, para hacer llegar al juez a la convicción de que en realidad existían una relación de subordinación y que se sobrepone a la coordinación de actividades, y, en consecuencia, debe hacerse prevalecer el principio de la realidad de una relación laboral por encima de las formas de un contrato de prestación de servicios.”

Respecto a la carga de la prueba para desvirtuar los contratos de prestación de servicios, el Consejo de Estado en sentencia del 14 de agosto del 2020¹, consideró:

“(…) Quien alegue la existencia del contrato realidad debe probar fehacientemente que en la relación con el ente público estuvo

continuamente presente la subordinación, entendida como la potestad que tiene el empleador para dar órdenes, en cuanto a cantidad, calidad y tiempo de trabajo, aplicar reglamentos e imponer sanciones al trabajador por el incumplimiento de sus funciones, situaciones que van en contravía de la autonomía e independencia que caracterizan el contrato de prestación de servicios. (...)”

El anterior criterio de carga de la prueba del demandante se reiteró en la sentencia del 9 de mayo de 2019², por parte del Consejo de Estado:

“(...) Con base en el tratamiento jurisprudencial que se ha dado al contrato realidad, se concluye en cuanto a su configuración que constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración respectiva y, en particular, la subordinación y dependencia continuada en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de un servidor público, siempre y cuando la subordinación continuada que se alega no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito. A lo expresado se debe agregar que la viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte demandante, según el aforismo «onus probandi incumbit actori», dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación establecida y a acreditar la presencia real de los elementos anteriormente señalados dentro de la actividad desplegada, especialmente el de subordinación continuada que, como se mencionó, es el que de manera primordial desentraña la existencia de una relación laboral encubierta. Así, se deben revisar en cada caso las condiciones en las cuales se prestaron los servicios, en aras de esclarecer bajo el análisis probatorio pertinente la verdadera naturaleza de la relación existente entre las partes, para no adoptar conceptos que de manera formal y restrictiva homogeneicen las causas propuestas ante esta jurisdicción, en detrimento del análisis sustancial particular que amerita cada asunto. (...)”.

Por último, dicho criterio fue precisado por la Subsección “A”, mediante sentencia del 9 de agosto de 2018, radicado: 66001-23-33-000-2014-00066-01(0762-15), C.P.: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ:

“Precisa esta Subsección que quien pretende la declaratoria de existencia de una relación laboral escondida bajo la modalidad de contratación por prestación de servicios, tiene el deber de demostrar, a través de los medios probatorios a su disposición, la configuración de los elementos esenciales del contrato de trabajo”.

Así las cosas, el mencionado criterio de carga de la prueba del demandante para acreditar una existencia de la relación laboral fue unificado por el Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Segunda, sentencia de 25 de agosto de 2016, C.P.: Carmelo Perdomo Cuéter, rad.: 0088-15.

Por tanto, dentro del presente asunto se advierte que las pruebas allegadas al plenario no acreditan los elementos constitutivos de una relación laboral, no está demostrada la subordinación alegada y ni la continuada dependencia del actor, así como tampoco se evidencia prueba alguna de la vocación de permanencia del demandante con la entidad, sino por el contrario, está demostrado los elementos característicos de una relación contractual de carácter estatal, mediante contrato de prestación de servicio, dado el hecho de que al actor se le vinculó con único contrato de forma temporal y excepcional, desempeñando su objeto contractual de manera transitoria y sin subordinación y ni dependencia, por tanto, se deben denegar las pretensiones de la demanda por no estar acreditado ninguno de los elementos de una relación laboral.

Ahora bien, en un asunto similar al presente ***el Consejo de Estado profirió sentencia 11 de mayo del 2020, con radicado: 20001233100020110034101, siendo demandado el Sena, en la que se desató un conflicto de contrato realidad de instructor contratista SENA, se indicó:***

“Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que la parte demandante 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 y, además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.

(...)

Sobre las labores desarrolladas en condiciones de dependencia continuada, tampoco obra referencia por parte de los testigos, acerca de las actividades ejecutadas por el demandante, ni dieron elementos de cuándo, cómo y dónde realizaba estas sus funciones como instructor contratista, **por lo que considera la Subsección que no obra medio probatorio alguno que permita corroborar que su trabajo debió ser ejecutado en la forma ordenada por los coordinadores de formación o por otro funcionario de la demandada.**

(...)

Tales razones llevan a esta Sala a concluir que, **en el caso particular, la parte demandante no llegó a probar fehacientemente la subordinación** como elemento sustancial de la relación que se suscitó entre el señor Ricardo José Corrales y el SENA, en consecuencia, no se podría declarar la existencia de un contrato realidad entre las partes.

Por lo tanto, en esta clase de asuntos la carga de la prueba corresponde a quien pretende demostrar la existencia de la relación laboral, y en el presente caso, la parte demandante no allegó prueba alguna para demostrar de forma contundente los elementos dependencia del contrato realidad, particularmente en lo que respecta a la subordinación continuada

3. CALIDAD DEL ACTO DEMANDADO

Para mi representado el Servicio Nacional de Aprendizaje **SENA**, la vinculación con la parte demandante, siempre se produjo como una vinculación por medio de contrato de prestación de servicios, la cual obedece a lo siguiente:

La contratación de evaluadores o instructores, a través de la modalidad de contrato de prestación de servicios se genera o se produce atendiendo a diversos factores como lo son: en primer lugar dependiendo de la demanda de inscripción de número de estudiantes, la cual por supuesto **es totalmente variable en cada periodo académico**, transformándose y variando de acuerdo con la oferta educativa que se presente y en segundo lugar y concretamente de acuerdo a las materias que el mundo moderno demanda en temas de educación y formación de aprendices, lo cual hace variar las necesidades y demanda dependiendo el tipo de programa que se ofrezca.

Debido a las situaciones anteriores, la labor de evaluación e instrucción no

alcanza a cumplirse con el personal de planta de la entidad y para esos casos la Ley 80 de 1993 y el Decreto 2400 de 1968 autorizan la contratación por medio del contrato de prestación de servicios.

Las dos situaciones, impiden que el **SENA** pueda tener en la planta permanente de la entidad, cargos de instructores que eventualmente no lleguen a tener carga de trabajo permanente, o lo que resulta más claro, que la preparación profesional que tiene el instructor de planta no corresponda a la demanda educativa que periódicamente se va haciendo necesaria.

Debemos tener en cuenta además que, el legislador autoriza la celebración de este tipo de contratos cuando determinada actividad relacionada con la administración o funcionamiento de la entidad no puede realizarse con personal de planta y en el caso de los instructores del SENA esta situación, se aprecia en las Sentencias C960 de 2007; C282 de 2007; C386 de 2000; C397 de 2006; C154 de 1997; T214 de 2005; T1109 de 2005.

4. CONFIGURACIÓN DE UNA FICCIÓN CONTRA LEGEM

Otro de los elementos a través de los cuales encontramos que las demandas y las diversas decisiones de la justicia, al hallar configurada la relación laboral en virtud del principio de la realidad sobre las formalidades en las relaciones laborales, descansa en el hecho de “forzar” la Ley, escindirla de manera acomodaticia para lograr cometidos estrictamente económicos alejados de la juridicidad de un rodear las demandas y las decisiones como pasa a verse:

Se pregona una “relación laboral” de la primacía de la realidad sobre las formalidades a las voces del artículo 53 de la Constitución y resulta que la contratación a través de contratos de prestación de servicios en independientes, como en el caso que nos ocupa, no se enmarcan en una “relación laboral”. De otra parte, la declaratoria de un contrato realidad y aquí es importante destacar, que no implica que la persona de la parte demandante obtenga Per se, y como consecuencia directa de ello la condición de empleado público, ya que no median los componentes para una relación de carácter legal y reglamentaria en armonía con el artículo 122 de la Constitución política, el cual establece:

Artículo 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.³

De acuerdo con la norma transcrita, para ostentar la calidad de empleado público es necesario cumplir las previsiones allí descritas, como lo son que el empleo se encuentre contemplado en la respectiva planta, que tenga asignadas funciones y previsto sus emolumentos en el presupuesto correspondiente y que se haya cumplido con los presupuestos de Ley como lo son el nombramiento y posesión.

Consciente de ello la jurisprudencia se ha ocupado de acomodar esta situación ligada únicamente al término de la subordinación o concepto de la subordinación dejando de lado el cumplimiento de precisas obligaciones contractuales como consecuencia natural de haber acudido en desarrollo el principio **AUTONOMÍA LA VOLUNTAD** a celebrar contratos específicos.

Pretender convertir por vía de jurisprudencia a un contratista en empleado público supone que deba también atentar contra lo que significaría tener que restablecer el derecho por medio de la figura del reintegro y pagar lo que se habría dejado de percibir, lo cual atenta de manera directa con los postulados legales que rigen la materia. En efecto la jurisprudencia inicialmente concedió el REINTEGRO como efecto de la declaratoria de contrato de realidad, luego un posteriores ediciones, entendió que resulta imposible legalmente conceder el reintegro a título de restablecimiento del derecho como resultaría natural si de un contrato de realidad se tratara, posteriormente se pronuncia acerca de la indemnización moratoria para luego dejar de reconocerla y así fue llegando el momento actual en el que solamente se reduce el thema decidendum a ir por un “botín” porque no se lo puede tener como empleado público, no se le puede otorgar el reintegro ni mucho menos salarios dejados de percibir, pero **si** unas prestaciones derivadas de una relación que no se puede quedar sin transgredir la Ley que soporta la existencia de las mismas.

Ello convierte casos como el que nos ocupa en un intento de quedarse con lo que no le corresponde, pues de manera alguna puede decirse que la parte demandante cumple con alguno de los requisitos establecidos en el artículo 122 de la Constitución Política y por el contrario teniendo en cuenta las interrupciones en sus contratos, las disposiciones contractuales y el acuerdo voluntades entre la parte demandante y el SENA hacen presumir que su calidad de contratista no puede ni debe alterarse so pena incurrir en un claro ejemplo de una aplicación de ficción contra legem.

5. VINCULACIÓN DEL DEMANDANTE JORGE ENRIQUE FONSECA GARCIA

Resulta indiscutible que la vinculación que tuvo el demandante con el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, fue a través de contratos de prestación de servicios, por el tiempo estrictamente necesario, contratos de servicio cuya tipología, definición y naturaleza se encuentra definido en el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Por consiguiente, dentro del plenario no existen pruebas de que el demandante estuviera bajo dependencia o continuada subordinación de la entidad, teniendo en cuenta que el accionante realizaba sus funciones con autonomía técnica e independiente y de forma temporal para la ejecución de sus actividades contractuales.

Se tienen un parámetro jurisprudencial recientes del Consejo Estado, donde se deja sentado que en los casos de contrato realidad **NO SE PRESUME LA SUBORDIACIÓN, SINO QUE INCUMBE A LA PARTE QUE LA ALEGA DESVIRTUAR LA PRESUNCIÓN CONTRACTUAL DE LAS ORDENES DE SERVICIO**, línea jurisprudencial decantada en vario casos respecto a los instructores del SENA, donde de forma reitera y reciente se viene indicando que en los asuntos de contrato realidad se debe probar por parte del demandante los elementos que configuran el mismo, en el caso en específico, la subordinación, la cual no fue demostrada por el demandante y la entidad allegó pruebas suficientes para indicar que la relación con el demandante fue temporal y dentro del marco de contratos de prestación de servicios.

El Consejo de Estado en sentencias del 10 de mayo de 2018, con radicado interno O-068-2018 y sentencia del 12 de julio de 2018, radicado interno 5100-16, ambas de la Sección segunda, en caso similar al presente se reitera que el accionante tiene la carga de demostrar los supuestos de hecho para la aplicación de los efectos de la norma que quiere que se le aplique.

En ambos pronunciamientos jurisprudenciales no se reconoce la existencia de la relación laboral reclamada por dos instructores Sena bajo el sentido de que no existe prueba que se pueda inferir de que el demandante no tenía posibilidad de actuar con independencia, ni que su labor se desarrollara en condiciones de dependencia continuada, ni obran testimonios que acrediten lo solicitado por la demandante, no existe medio de prueba alguno para reconocer unos derechos sin fundamento probatorio.

Además, la accionante no desvirtuó la autonomía e independencia en la prestación del servicio, ni la temporalidad propia de un verdadero contrato de

prestación de servicios para ello se debe tener probados los elementos de la relación laboral, sin que el presente caso se haya demostrado.

Por otra parte, para demostrar que el actor actuó bajo la dependencia de la entidad, cabe indicar que dicha presunción no es un medio de prueba establecido por el C. G. P. y ni por el CPACA, sino que por el contrario es una ventaja en el campo probatorio para una de las partes, pero dicha situación no indica que la parte accionante omita su obligación de probar el supuesto de hecho de las normas para conseguir el efecto de las mismas, (se deba demostrar lo que se alega por la demandante) y por otra parte, que la entidad accionada aporte todos los medios de prueba a fin de desvirtuar tal presunción.

En efecto, no puede el despacho dar acreditados los elementos facticos y jurídicos para declarar la existencia de una relación laboral entre la demandante y el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, pese a que no existe medio de prueba que dé certeza de tal hecho situación que no ha sido demostrada, por ende, conforme a lo establecido en el artículo 167 del CGP (incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen), por tanto, se debe negar la pretensiones de la demanda.

Ahora bien, dentro del asunto de marras NO existen pruebas que den certeza sobre la configuración de la relación laboral, ya que no existen memorando, ni órdenes impartidas al contratista, ni cumplimiento de horarios, etcétera, que conlleven al cumplimiento del elemento subordinación; el hecho de que exista una supervisión de las labores contratadas por sí sola no implica una relación de subordinación, sino la necesidad de que la entidad contratante verifique el cumplimiento de la labor del contrato; por lo que se puede advertir que los contratos de prestación de servicios suscritos entre el actor y la accionada se establece que la relación del demandante con la entidad fue meramente contractual y amparada en la buena fe, circunstancia que implica que las pretensiones del demandante deben ser negadas.

De otra parte, se indica que entre el demandante y el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA nunca existió una relación de carácter laboral, sino que por el contrario, la relación fue de carácter contractual, determinada por los Contratos de Prestación de Servicios suscritos por las partes, por el tiempo estrictamente necesario, contratos cuya tipología, definición y naturaleza se encuentran definidos en el numeral 3º, del artículo 32 de la Ley 80 de 1993; teniendo en cuenta que la contratista (hoy demandante), debía cumplir el objeto por el cual fue contratada. Sin embargo, es necesario resaltar que, por este hecho, así como ciertas actividades orientadas por la entidad para la prestación del servicio,

debía cumplir con las obligaciones pactadas en el contrato de prestación de servicio, no puede asegurarse automáticamente que haya subordinación, en la medida que dentro del desarrollo y ejecución del objeto contractual en cualquier contrato estatal de prestación de servicios, es imperativo que las partes coordinen actividades ya que la entidad estatal contratante no está obligada a recibir lo que a voluntad el contratista presente como cumplimiento delo pactado.

Cabe indicar, que la supervisión en la contratación estatal es el conjunto de actividades que se realizan para vigilar y controlar las acciones del contratista y hacer cumplir las especificaciones técnicas, las actividades administrativas, legales, financieras y presupuestales establecidas en los contratos, con ello se constata la observancia de las obligaciones contraídas por las partes intervinientes y ello no conlleva necesaria y obligatoriamente subordinación o dependencia del contratista al supervisor o interventor, máxime si son contratos de tracto sucesivo en los que permanentemente se debe inspeccionar la labor realizada por el contratista.

Por otra parte, la subordinación que alega la accionante, se desvirtúa en el entendido de que no tenía un horario fijo durante todo el día y/o todos los días de la demandante frente a la entidad. Por ende, la Contratista (hoy demandante) cumplió con sus obligaciones contractuales que se obliga todo contratista, que celebró contrato de prestación de servicio con la entidad que represento.

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

Adicionalmente, se señala que la accionante estuvo vinculada al SENA mediante contratos de prestación de servicios, a través de contratos interrumpidos, temporales, cuya duración fue siempre por tiempo limitado e indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Además, se advierte que cada contrato tiene como mínimo un término de interrupción prudencial entre uno y otro, además, durante ese término de interrupción no está acreditado que se debiera a situaciones de logística del SENA correspondiente a que durante ese lapso se estuviera en vacaciones. Cabe resaltar que tampoco existe prueba dentro del plenario que acredite que el actor realizara actividades durante las interrupciones contractuales. Por consiguiente, dentro del plenario no existen pruebas de que el demandante estuviera bajo la dependencia de la entidad, teniendo en cuenta que este realizaba sus funciones de forma autónoma e

independiente.

Manifestado lo anterior, se tiene claro que no se configura, ni se demuestran, ni se pueden demostrar para el presente caso, la existencia de una relación laboral de la cual se puedan reconocer las prestaciones alegadas u otras como cesantías, bonificaciones, etc., propios de una relación laboral, para cuyo reconocimiento y pago sería necesario que se encontraran probados los elementos que tipifican un contrato de trabajo y lo diferencian de un contrato de prestación de servicios:

a. La actividad personal del demandante. Lo que en esta relación contractual por prestación de servicios, es elemento esencial según la propia naturaleza legal del contrato estatal; luego el hecho de la prestación personal del mismo por el contratista, para el caso no configura la existencia e identidad con el elemento propio de la relación laboral; simplemente en los contratos es necesario que el contratado preste personalmente el servicio o las actividades relacionadas con el objeto o fin del contrato ya sea laboral o de prestación de servicios estatal.

b. La continuada subordinación y dependencia. Esta situación no fue dada dentro de la prestación del servicio por el contratista interesado pudiendo determinarse con exactitud que el demandante se encontraba sometido a lo estatuido por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993. En este aspecto es necesario resaltar, que por el hecho de cumplir horarios y ciertas actividades orientadas por la entidad donde el actor prestó el servicio, no puede asegurarse automáticamente que haya subordinación, en la medida que dentro del desarrollo y ejecución del objeto contratado en cualquier contrato estatal de prestación de servicios, es imperativo que las partes coordinen actividades ya que la entidad estatal contratante no está obligada a recibir lo que a voluntad el contratista presente como cumplimiento de lo pactado.

En efecto, la Ley 80 de 1993 artículos 4º y 5º han impuesto deberes recíprocos a las partes contratantes y por ello los contratistas, en este caso, los instructores quedan supeditados al cumplimiento idóneo de las obligaciones a su cargo; pues el fin de su contrato es satisfacer a la entidad en una determinada necesidad; en nuestro caso, que se pueda cubrir la oferta de servicios de formación profesional y aprendizaje ofrecidos a los colombianos. Luego, no se puede asegurar que, si la contratista recibió instrucciones, tal hecho constituya subordinación o intromisión en la autonomía que el contratista tiene al desarrollar el objeto contratado; pues simplemente con ello el SENA asegura la calidad y resultados deseados en la contratación acordes con sus derechos como contratante a la luz del artículo 4º de la Ley 80 de 1993.

c. Sueldo o salario. Como remuneración del servicio en una relación laboral, el que por definición y origen es de naturaleza diferente al concepto de honorarios por prestación de servicios.

En estas circunstancias resulta evidente que el actor no se desempeñó en igualdad de condiciones a un empleado público ni muchos menos hubiese ostentado el carácter de trabajador oficial y bien podía ser contratado por prestación de servicios ante la ausencia de personal de planta o la insuficiencia del personal existente.

El hecho que en el caso de la ejecución de los contratos de prestación de servicios suscritos por el actor se den algunas circunstancias parecidas a las que existen respecto de los empleados públicos no puede llevar a la conclusión de que encubre una relación laboral administrativa.

Como apoyo jurisprudencial a lo expuesto en precedencia me permito traer a colación, en un asunto similar al que nos ocupa, apartes de lo señalado por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C, P. Dr. Jaime Moreno García, Bogotá D.C. 22 febrero de 2007, Ref: Exp. Número 47001-2331-000-1999-00248-01 Actor: Lilia Emperatriz Codina Senior. Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA quien expresó:

“...se ha sostenido que entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación en sus actividades, de manera que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, por ello no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación. En efecto, de conformidad con la Sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado del 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ-0039, M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda:

“Si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad. Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo,

que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y ahora en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta. En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales”.

En desarrollo del anterior postulado expuesto por la Sala Plena, la Sección Segunda ha dicho:

(...)

Aunque a primera vista se puede pensar que el cumplimiento de un horario es de suyo elemento configurativo de la subordinación transformando una relación que ab initio se consideró como contractual en laboral, lo cierto es que en determinados casos el cumplimiento de un horario es sencillamente la manifestación de una concertación contractual entre las partes, administración y particular, para desarrollar el objeto del contrato en forma coordinada con los usos y condiciones generalmente aceptadas y necesarias para llevar a cabo el cumplimiento de la labor.

El sub-lite se encuadra dentro de tal circunstancia, pues entre el libelista y la entidad accionada hubo una relación de coordinación, que no permite configurar la existencia de una subordinación, y por tanto, no ha lugar a deducir que en realidad se hubiera encubierto una relación laboral, aun cuando los otros dos (2) elementos, prestación personal del servicio y remuneración si se hallan suficientemente probados en el expediente.

...(Sentencia de la Subsección B, M.P. Alejandro Ordoñez Maldonado del 19 de febrero de 2004, Exp. No. 0099-03)

(...)

Lo anterior significa que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo según el artículo 53 de la Constitución Política.

Se arriman como pruebas de la subordinación dos declaraciones cuyo análisis pasará a efectuar la Sala.

Estas declaraciones no resultan concluyentes sobre la existencia de un vínculo de subordinación entre la accionada y el actor, pues de un lado, no se precisa bajo las órdenes de qué funcionario se encontraba el demandante como quiera que se duda por los declarantes acerca de quién cumplía dicho papel entre los coordinadores, el jefe de personal, la enfermera jefe, etc., como eventuales superiores del mismo; y de otro lado, se indica que el actor respondía a cualquier persona de cualquier dependencia que lo llamara a mantenimiento, afirmación que introduce aun mayor duda porque se estaría confundiendo la existencia de una relación de subordinación con la solicitud de que sus servicios hiciera cualquier empleado de la entidad.

De acuerdo con lo anterior, la Sala considera que no son suficientes los elementos de prueba para configurar en el presente caso la existencia de una relación de tipo laboral por cuanto el demandante cumplió su oficio sin recibir instrucciones sobre el mismo; en efecto, la actividad consistió en aplicar sus habilidades de manera independiente y autónoma para el servicio de la entidad. La circunstancia de que laborara un número determinado de horas no constituye elemento para afirmar que existiera una relación de sujeción (Sentencia 2161/04, Demandado: Hospital San Martín, Municipio de Astrea César).

Entonces, constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible la subordinación y dependencia, y el hecho de que desplegó funciones públicas, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor; siempre y cuando, de las circunstancias en que se desarrollaron tales actividades, no se deduzca que eran indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales...”

6. EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN DE COORDINACIÓN

La relación de coordinación entre el contratante Servicio Nacional de Aprendizaje **SENA** y el contratista no implican la existencia del elemento **subordinación** producto de las relaciones laborales, pues lo que se busca con la coordinación es garantizar la efectiva prestación de los servicios contratados y en muchas

ocasiones como en el presente caso, se requiere que el servicio sea prestado en determinado horario y en las instalaciones del **SENA** por tratarse de labores de formación académica.

Es de aclarar, que la relación de coordinación de actividades entre el contratante y la contratista implica que la contratante se someta a las condiciones necesarias para el desarrollo eficaz de la actividad a desarrollar, por ello se incluye el cumplimiento de un horario, de recibir direccionamiento e instrucciones de sus coordinadores y tener que indicar informes sobre sus resultados y esto no configuraría el elemento de subordinación.

Ahora bien, en el caso en concreto la parte demandante aduce que la labor prestada en virtud de los contratos de prestación de servicios no es autónoma y por el contrario fue subordinada, porque la parte demandante **primero** desarrollo funciones propias de funcionario de planta; **segundo** estuvo sometido un horario asignado por el **SENA**; y **tercero** tuvo que prestar sus servicios en las instalaciones de la entidad.

Frente a tales argumentos, con los cuales la parte demandante pretende acreditar la existencia de una presunta subordinación vale la pena reiterar que el hecho de que el contratista hubiese prestado sus servicios en horarios determinados por el **SENA** no implica como lo ha reiterado la jurisprudencia que exista una subordinación como elemento estructural de la relación laboral.

Con base en las anteriores consideraciones, solicito a su despacho, de manera atenta y respetuosa absolver a mi representada de todas y cada una de las pretensiones de la presente demanda

V. EXCEPCIONES DE MERITO

1. LEGALIDAD DEL ACTO DEMANDADO

Para la entidad a la que represento **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE-SENA**, la vinculación de la demandante, siempre fue una vinculación de prestación de servicios, la cual obedece a lo siguiente:

Se ha acudido a la autorización expresa contenida en el Decreto 2400 de 1968, artículo 2 inciso 4, ratificado en la Ley 80 de 1993 artículo 32 en los siguientes

términos:

*“Las entidades estatales para desarrollar actividades relacionados con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos solo 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” (Negrillas fuera del texto)*

Por lo anterior, podemos manifestar que el Legislador ha autorizado la celebración de este tipo de contratos cuando determinada actividad relacionada con la administración o funcionamiento de la entidad no pueda realizarse con personal de planta, lo anteriormente expuesto, se refuerza además en el hecho de que la contratación del contratista se realizó de manera temporal, teniendo en cuenta, como ya se dijo que la necesidad de contratistas es variable dependiendo del objeto para el cual se va a contratar.

De otra parte y teniendo en cuenta que el requisito legal exigido para la creación de cargos, referente a las “**Cargas de trabajo**” no es un requisito real, puesto que esa carga de trabajo es eventual y periódica, puesto que la misma varía según los diferentes requerimientos que pueda tener cada centro de formación.

Finalmente, el acto administrativo que niega la relación laboral esta acorde a la normatividad a falta de los presupuestos para la conformación de una verdadera relación laboral, igualmente goza de presunción de legalidad contenida en el artículo 88 de la ley 1437 de 2011.

2. PRESCRIPCIÓN

Frente al presente asunto se debe aplicar la prescripción trienal de la relación laboral que pudiera ser aceptada y que pretende el accionante, es decir, se debe manifestar que acorde con las normas que gobiernan la materia a saber el artículo 41 del decreto 3135 del 1968 y el artículo 102 del decreto 1848 de 1969, según el cual el término prescriptivo ha de contabilizarse a partir del momento en que el derecho se hace exigible.

*“**Artículo 41º.-** Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.*

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

Artículo 102º.- Prescripción de acciones.

1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en 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 solo por un lapso igual”.

Por consiguiente, resulta pertinente estudiar en las controversias conocidas bajo el rótulo de contrato realidad desde cuándo ha de entenderse que el derecho es exigible. Tal situación la definió la máxima jurisdicción contenciosa administrativa mediante la Sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016 del Consejo de Estado, Sección Segunda, Radicado: 23001233300020130026001 (00882015). Señala la mencionada sentencia:

“(…) Por lo tanto, si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de la “...primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales” (art. 53 constitucional), se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador.

Pero en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapsode interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización. (…)”

Cabe resaltar, que el análisis de la interrupción entre los diferentes contratos de prestación de servicios por parte del juez no es un análisis que dependa de su criterio subjetivo, sino de parámetros objetivos fundado en un sistema de fuentes para efectos de determinar por continua o interrumpida una relación laboral.

Dicho sistema de fuentes se encuentra establecido en la jurisprudencia del H. Consejo de Estado: **donde se establece que para el cómputo de la Prescripción extintiva si los intervalos entre la terminación de un contrato de prestación de servicio y el inicio de otro es mayor de 30 días hábiles se tiene por perdida la continuidad.**

Teniendo en cuenta lo anterior, se advierte que quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, por consiguiente, el pago de las prestaciones derivadas de esta deberá reclamar dentro del término de tres años contados a partir de la terminación del vínculo contractual y acuda en término a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Adicionalmente, el análisis de la interrupción entre la terminación de un contrato de prestación de servicio y el inicio del otro, se debe realizar de forma objetiva, utilizando la fuente formal del derecho establecida por la máxima corporación de lo contencioso administrativo.

En ese sentido, se advierte que el demandante manifestó que suscribió sendos contratos de prestación de servicios desde el 17 de abril de 2009 hasta el 22 de diciembre de 2021, los cuales cuentan con lapsos de interrupciones entre uno y otro en la mayoría de más de treinta días (30), además los contratos son diferentes, lo que indica que debe analizarse la prescripción frente a la finalización de cada contrato de prestación de servicio.

Así como el demandante presentó su reclamación mediante derecho de petición el 25 de marzo de 2022⁴, lo anterior, indica que respecto a los contratos que manifiesta haber suscrito el demandante antes del 25 de marzo de 2019 han prescrito para su reclamación,

Lo anterior, encuentra su fundamento en el principio de la seguridad jurídica que tiende a salvaguardar el ordenamiento jurídico y se le brinda al demandante la oportunidad para reclamar el derecho que le ha sido concedido, pero frente a dicha oportunidad para reclamar, la misma tiene un límite temporal, determinado por la inmediatez que emana de la relación laboral. Después de ese lapso, de tres años (3) no hay un verdadero interés en el reclamo, puesto que no ha manifestado el actor su pretensión dentro de un tiempo prudente para exteriorizar su razón jurídica.

3. EXISTENCIA DE SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD ENTRE LOS CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE EL ACTOR Y EL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA.

Fundamento esta excepción en el hecho de que el término de prescripción

establecido jurisprudencialmente para la solicitud de declaración de la relación laboral debe hacerse dentro de los tres (3) años y que cuando existe solución de continuidad entre uno y otro vínculo contractual la prescripción **como en el presente caso**, debe analizarse de forma independiente para cada contrato.

Mediante contrato 4223 de fecha 26 de enero de 2018 se acordó la prestación de servicios del señor Jorge Enrique Fonseca a desarrollar funciones en el centro de servicios financieros del SENA, con fecha de terminación de 19 de diciembre de 2018, a su vez, Mediante contrato 0702 de fecha 04 de febrero de 2019 se acordó la prestación de servicios del señor Jorge Enrique Fonseca a desarrollar funciones en el centro de servicios financieros del SENA y con fecha de terminación 21 de diciembre de 2019.

Lo anterior demuestra **A).** los contratos de prestación de servicios eran celebrados únicamente por el lapso que la entidad demandada lo requería. **B).** el tiempo transcurrido entre la terminación del contrato del año 2018 al inicio del contrato del año 2019 corresponde a 46 días.

Ahora en relación con la interrupción de contratos como elemento esencial para demostrar la naturaleza de los contratos de prestación de servicios encontramos: entre 2019 – 2020, interrupción de 39 días y entre 2020 – 2021 interrupción de 4 meses y 25 días.

Con lo anterior queda demostrado que en ningún caso durante los años en los cuales el demandante se encuentra legitimado para reclamar, se celebraron contratos por de manera continua, en todo caso hubo una interrupción de mas de treinta (30) días, hasta ciento cuarenta (140) días en el periodo 2020 - 2021

Además de lo anterior y teniendo en cuenta el termino de prescripción descrito, resulta importante resaltar las interrupciones en la celebración de contratos a efectos de comprobar que existió solución de continuidad en la mayoría de estos, teniendo en cuenta que, si verificamos las fechas de ejecución de estos, la mayoría de los contratos se celebraron con lapsos de tiempo superiores a 30 días entre uno y otro.

Resulta evidente, a la luz de los contratos relacionados por la parte demandante junto con el escrito de la demanda y aportados con la misma, **que existió interrupción en más de una ocasión, como se observa en los contratos suscritos con la parte demandante.**

Adicionalmente, los periodos de interrupción tienen que ver con la convocatorias que se realizan y por eso no se pueden enmarcar en periodos académicos regulares, con lo que se desvirtúa la afirmación de que se enmarcaba la vinculación de la parte demandante en el mismo rango que el de los instructores de planta, ya que ellos, por regla general trabajan durante todo el año o calendario académico y no por periodos tan cortos, lo que hace innegable que su contratación obedece a temas específicos y especiales.

⁵ sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del 9 de septiembre de 20219, de la Sección Segunda del Consejo de Estado 3.2.2. Unificación del término de interrupción o solución de continuidad. 150. Como se indicó en el apartado anterior, aunque en la actualidad la Sección Segunda aplica el criterio pacífico sobre el término y el momento a partir del cual debe computarse la prescripción extintiva, la existencia de vinculaciones contractuales consecutivas hace necesario el examen de sus interrupciones, con el fin de establecer si se presenta o no la solución de continuidad en la relación laboral declarada. En ese sentido, la Sala considera adecuado establecer un periodo de treinta (30) días hábiles como indicador temporal de la no solución de continuidad entre contratos sucesivos de prestación de servicios, sin que este, se itera, constituya una «camisa de fuerza» para el juez contencioso que, en cada caso y de acuerdo con los elementos de juicio que obren dentro del plenario, habrá de determinar si se presenta o no la rotura del vínculo que se reputa laboral

4. INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y DEL DEMANDADO SERVICIO DE APRENDIZAJE SENA - REGIONAL DISTRITO CAPITAL.

Por razón a que la vinculación del señor **JORGE ENRIQUE FONSECA**, con el Servicio Nacional de Aprendizaje- SENA Regional Distrito Capital lo fue através de Contratos de Prestación de Servicios y no mediante un contrato de trabajo.

Sobre este particular es necesario reiterar lo consignado por el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 que al respecto indica: *“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”*.

Un contrato de prestación de servicios no supone las mismas condiciones ni

PEDRO JOSE JEREZ DIAZ – Abogado
Carrera 82f No 73f – 08 sur – Bogotá
Pedrojerez9405@yahoo.com.co
3124790370

requisitos de un contrato laboral, puesto que, en el caso de un contrato de servicios, la obligación es de hacer algo, más no de cumplir un horario ni de tener una subordinación permanente. Este tipo de contratos no genera relación laboral ni prestaciones sociales y se celebran por un término preestablecido.

Sobre el contrato de prestación de servicios, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-154/97, Magistrado Ponente HERNANDO HERRERA VERGARA, señaló que:

“un contrato de prestación de servicios es la actividad independiente desarrollada, que puede provenir de una persona jurídica con la que no existe elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.”

De igual forma, mediante sentencia del 16 de mayo de 1991, proferida por el Consejo de Estado, sección primera, expediente 1323, Magistrado Ponente LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, se aclaró que a pesar de que ni el Código Civil ni el Código de Comercio definen lo que debe entenderse como contrato de Prestación de servicios, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua y la concepción tradicional que se ha tenido de aquel, puede afirmarse que son aquellas actividades en las cuales predomina el ejercicio del intelecto y que han sido reconocidas por el Estado.

De las pruebas aportadas al proceso se desprende que las labores desarrolladas por la demandante y el cumplimiento de las actividades específicas a ella encomendadas pueden materializarse a través de un contrato de prestación de servicios. Aunque doctrinaria y jurisprudencialmente se ha aceptado que el contrato de prestación de servicios no genera una relación laboral, no sobra reiterar la precisión que sobre este particular ha efectuado la Ley 80 de 1993 en su artículo 32. Igualmente es conveniente recordar la prescripción *“para que se celebren por el término estrictamente indispensable”* porque estos contratos no están previstos para remplazar de la institución la planta de personal.

Finalmente, debo expresar que de acuerdo con lo antes indicado no puede endilgarse obligación laboral a cargo del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA porque el vínculo jurídico establecido con el demandante fue el de un contrato de prestación de servicios; en consecuencia, no existe obligación a cargo de la entidad que represento para el pago de las obligaciones laborales pretendidas por el accionante por cuanto no se encuentran reunidos los presupuestos básicos para su reconocimiento.

Ahora bien, el demandante solicita el reconocimiento y pago de acreencias laborales como si ésta hubiera desempeñado un cargo para el que no fue contratado y que jamás desempeñó, por lo tanto, no existe causa jurídica para dicha reclamación, pues desempeñó el objeto por el cual fue contratado que corresponden a las de impartir formación profesional.

Asimismo, devengó los honorarios convenidos entre las partes, que fueron cancelados en su totalidad lo que conduce a que el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA Regional Distrito Capital no está obligado a efectuar pagos que excedan el valor pactado en los contratos de prestación de servicios las cuales la demandante manifestó conocer y aceptar.

En ese sentido, las pretensiones del demandante no deben prosperar, teniendo en cuenta que no se configuran los elementos del contrato de trabajo, especialmente porque no existió el elemento subordinación, dada la independencia profesional de la demandante.

5. COBRO DE LO NO DEBIDO.

La demandante solicita el reconocimiento y pago de acreencias laborales como si ésta hubiera desempeñado un cargo para el que no fue contratado y que jamás desempeñó, por lo tanto, no existe causa jurídica para dicha reclamación, pues desempeñó el objeto por el cual fue contratada.

Así mismo, devengó los honorarios convenidos entre las partes, que fueron cancelados en su totalidad lo que conduce a que el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA Regional Distrito Capital, no está obligado a efectuar pagos que excedan al valor pactado en los contratos de prestación de servicios las cuales el demandante manifestó conocer y aceptar.

6. EXCEPCIÓN GENÉRICA.

En virtud del alcance del principio de búsqueda de la verdad formal en materia de excepciones, frente a los poderes oficiosos del juez en necesario he de afirmar que lo fundamental no es la relación de los hechos que configuran una determinada excepción, sino la prueba de estos, por ende, si el juez encuentra probados los hechos que lo constituyen deberá reconocerla oficiosamente.

Por lo anterior, solicito al señor juez ordenar de oficio la práctica de las pruebas pertinentes, así como declarar oficiosamente, las excepciones que aparezcan probadas de conformidad con el ordenamiento procesal.

VI. PRUEBAS Y ANEXOS

PRUEBAS

PRUEBAS DE LA PARTE DEMANDANDA-SENA

Solicito se decreten y se tengan como pruebas las siguientes:

- DOCUMENTALES

1. Certificación de los contratos suscritos del Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA Regional Distrito.
5. Copia de los contratos de prestación de servicios suscritos por el señor demandante.
6. Certificaciones de las rete fuentes de los contratos suscritos.
7. Copia de los comprobantes de egresos.
 - Los anteriores documentos corresponden al expediente administrativo contentivo de la actuación debatida en este proceso, dando fiel cumplimiento a lo ordenado en auto admisorio proferido por su Honorable Despacho Solicito que sean tenidas en cuenta dentro del proceso.

INTERROGATORIO DE PARTE. En la hora que señale su despacho, en cuya audiencia y bajo la gravedad de juramento solicito comedidamente a su despacho citar y hacer comparecer a ese Despacho a el señor **JORGE ENRIQUE FONSECA**, por intermedio de su apoderado judicial, para que, en audiencia absuelva el interrogatorio de parte que personalmente le formularé.

VII. ANEXOS

- Poder con el que actúo y anexos.
- Los documentos relacionados en el acápite de pruebas.

De esta forma dejo contestada la demanda de la referencia.

VIII. SOLICITUD

Con fundamentos en todo lo anterior, de manera respetuosa solicito a su despacho se encuentre fundadas las excepciones y en consecuencia se denieguen las pretensiones incoadas en la demanda

OTROS ASPECTOS DE ESTA CONTESTACION DE DEMANDA

Contestados en los anteriores términos los hechos de la demanda, propuestas

las excepciones y establecidas las razones de nuestra defensa procedo a darle cumplimiento a los otros requisitos que para el efecto trae el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo:

- a. El demandado según el texto de la demanda, lo es el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, es por esta razón que me han conferido poder para que los represente en este proceso.
- b. El Procurador o Representante de la demandada lo es el suscrito abogado PEDRO JOSE JEREZ DIAZ, por lo que solicito a su despacho, comedidamente, reconocerme personería.
- c. Las notificaciones personales que deban hacerse a la demandada o al suscrito apoderado pueden dirigirse a la sede del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA Regional Distrito Capital Carrera 13 N° 65-10, Bogotá D.C - PBX (57 1) 5461600, la dirección de correo electrónico: judicialdistrito@sena.edu.co. Y a los correos electrónicos: pjjerezd@sena.edu.co, pedrojerez9405@yahoo.com.co Cel: 3124790370

Atentamente,



PEDRO JOSE JEREZ DIAZ

C. C. No. 1049637996 de Tunja

T. P. No. 302591 del C.S.J.

Señora Juez

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

E. S. D.

Referencia: 110013335-017-2022-00217-00

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: Ruth Esperanza Fagua Preciado

Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Distrito Capital – Secretaría de Educación de Bogotá.

Asunto: Excepción Previa

VIVIANA CAROLINA RODRÍGUEZ PRIETO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.032.471.577 de Bogotá D.C., y portadora de la tarjeta profesional No. 342.450 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderada sustituta de **BOGOTÁ D.C. – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO**, (en adelante SED o mi representada), manifiesto que por medio del presente escrito y encontrándome dentro del término legal, me permito interponer las siguientes excepciones previas, conforme a las siguientes consideraciones:

A. No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios

El artículo 61 del Código General del Proceso, consagra la institución del litisconsorte necesario y la integración del contradictorio en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 61. LITISCONSORCIO NECESARIO E INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO.
Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.

En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante dicho término.

Si alguno de los convocados solicita pruebas en el escrito de intervención, el juez resolverá sobre ellas y si las decreta fijará audiencia para practicarlas.

Los recursos y en general las actuaciones de cada litisconsorte favorecerán a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio solo tendrán eficacia si emanan de todos.

Cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su vinculación acompañando la prueba de dicho litisconsorcio.” (Subrayado fuera del texto)

De acuerdo con lo dispuesto en el Código General del Proceso, la figura procesal del litisconsorcio tiene como finalidad esencial la debida integración del contradictorio en los procesos, atendiendo a criterios básicos de economía procesal o de mérito para resolver la controversia, y se encuentra dividida como necesaria o facultativa y/o voluntaria según la naturaleza de la relación o relaciones jurídicas discutidas en el proceso y a la divisibilidad de las obligaciones derivadas de esas relaciones.

A su vez, puede extraerse de su contenido que el litisconsorcio necesario se da en aquellos casos en los que la naturaleza de las relaciones jurídicas planteadas y debatidas en el procesos, no permiten emitir una decisión de fondo con las partes que hasta el momento se encuentran vinculadas al mismo, por encontrarse necesaria la comparecencia de una o varias personas, que podrían resultar afectadas con la decisión adoptada en razón a la relación jurídica debatida.

De igual forma, con respecto a la oportunidad procesal para integrar al litisconsorte necesario, la Corte Constitucional en Sentencia de Tutela 056 del 05 de julio de 1995, contempló lo siguiente:

“a) al momento de formular la demanda, dirigiéndola contra todos los litisconsortes; b) si así no se hiciera, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará dar traslado de [e]sta a quienes falten para integrar el contradictorio; c) en caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de los litisconsortes, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia [...]”.

Ahora bien, el reconocimiento de las prestaciones sociales por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la obligación de las Entidades Territoriales, esta regulado conforme con el Acuerdo No. 39 de 1988, en el cual el Consejo Directivo del Fondo prestacional del Magisterio, determinó el procedimiento encaminado al reconocimiento de un interés anual sobre el saldo de las cesantías de los docentes vinculados a partir de 1990:

“Artículo 1. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un interés anual sobre el saldo de cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, al personal docente afiliado y que tenga derecho de acuerdo al régimen prestacional que les cobije. El monto a pagar será el equivalente a la suma que resulte de aplicar al valor acumulado de cesantías a favor de cada docente, la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo

(...)

Artículo 3. Las liquidaciones anuales de cesantía de los docentes serán reportadas por cada entidad territorial o por el establecimiento público educativo oficial a la respectiva **Oficina Regional del Fondo del Magisterio** en cada entidad territorial en medio magnético e impreso en los formatos diseñados y aprobados por el Ministerio de Educación Nacional para el efecto, en los primeros veinte (20) días del mes de enero de cada año”.

En este sentido, la Corte Constitucional en sentencia del 06 de febrero de 2020, con ponencia del Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez, estableció la responsabilidad del FOMAG en el trámite de las cesantías de los docentes:

“El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG- es una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyo objeto principal es atender las prestaciones sociales de los docentes. La Fiduciaria La Previsora S.A. - FIDUPREVISORA S.A.- es una sociedad de economía mixta del orden nacional sometida al régimen de Empresa Industrial y Comercial del Estado, encargada del manejo de los recursos del FOMAG, en virtud de contrato de fiducia mercantil suscrito con el MEN, cuyo gerente integra el Consejo Directivo del FOMAG con voz pero sin voto. Por lo tanto, la FIDUPREVISORA S.A.- en su calidad de vocera y administradora de los recursos del FOMAG es la entidad obligada a pagar las prestaciones de los docentes y asumir la defensa judicial del patrimonio autónomo”¹

De conformidad al comunicado No 008 de fecha 11-02-2020, expedido por Fiduprevisora S.A, se realizan precisiones a la luz del acuerdo No 39 de 1998, indicando, que correrá por cuenta de las Secretarías de Educación de la mano del área nominadora, liquidar los reportes de las cesantías e ingresar la información necesaria para llevar a cabo el proceso correspondiente a través de aplicativo Humano. Finalizado el proceso anterior, el sistema generará un reporte, el cual debe ser remitido **directamente a Fiduprevisora S.A** con fecha límite, improrrogable del 05-02-2021, de lo contrario conlleva a la no inclusión en nómina de los docentes

Razón por la cual, La Fiduciaria La Previsora S.A., en su calidad de administradora de los recursos del Fondo, en virtud del Decreto 2831 de 2005, por autorización de la Ley 91 de 1989, es quien debe pagar las prestaciones sociales reconocidas a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atendiendo al contrato de fiducia celebrado entre dicha entidad fiduciaria y el Ministerio de Educación; por tanto, su vinculación resulta no solo ajustada a derecho, sino necesaria.

Por lo anterior, de manera comedida solicito a su Despacho que se vincule al presente trámite a La Fiduciaria La Previsora S.A.

B. Falta de legitimación en la causa por pasiva

Esta excepción tiene como fundamento los argumentos expuesto en el numeral anterior, relativo a las razones y fundamentos de defensa y los argumentos que se proceden a exponer:

De conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado², la legitimación en la causa por pasiva corresponde a la capacidad jurídica y procesal de la parte demandada para comparecer en juicio y para oponerse a las pretensiones.

¹ Corte Constitucional, sentencia SU-041 de 6 de febrero de 2020, Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Auto del 07 de febrero de 2019. Radicado: 68001-23-33-000-2014-00346-01(2174-15).

Adicionalmente, vale la pena precisar que esta Corporación tiene determinado que el presupuesto procesal de la legitimación en la causa tiene dos dimensiones, de hecho y material. i) *“La primera surge de la formulación de los hechos y de las pretensiones de la demanda, de manera que quien presenta el escrito inicial se encuentra legitimado por activa, mientras que el sujeto a quien se le imputa el daño ostenta legitimación en la causa por pasiva”*³; (ii) La segunda, hace relación a la participación real que tienen las personas con el hecho origen de la formulación de la demanda y el vínculo con los derechos o intereses en discusión, circunstancia que permite establecer si existe mérito de las pretensiones del actor o las razones de oposición del demandado para dictar sentencia de fondo.

De esta manera, es posible que un sujeto que es parte del proceso, a pesar de encontrarse legitimado en la causa de hecho, no cuenta con legitimación en la causa material ya que no ostenta relación alguna con los hechos que dieron origen al proceso o, que de conformidad con la ley sustancial, no está llamado a responder por los derechos en controversia, lo cual trae como consecuencia que las pretensiones formuladas están llamadas a fracasar pues el demandado no se encuentra en la posibilidad de reparar los perjuicios ocasionados al demandante.⁴

Bajo el anterior entendimiento, la legitimación en la causa material por pasiva implica que la Entidad que es demandada, es la que está llamada a responder y restablecer el derecho del demandante ante una eventual sentencia condenatoria al encontrarse probada la participación real en el hecho o el vínculo jurídico sustancial con los intereses que se encuentran en disputa.

En el presente asunto, la demandante pretende la declaratoria de nulidad del acto ficto que negó la solicitud de reconocimiento de la sanción moratoria por la consignación oportuna de las cesantías establecidas en la Ley 50 de 1990, artículo 99. Sin embargo, la Secretaría de Educación del Distrito carece de legitimación en la causa material por pasiva frente a estas pretensiones en la medida que, de conformidad con la ley sustancial, esta entidad no guarda vínculo alguno con los hechos y derechos en controversia y conforme con las pretensiones de la demanda, no es aplicable la obligación contemplado en el parágrafo del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 conforme con lo establecido en el escrito de contestación de la demanda.

Al respecto, es necesario recordar que la Ley 50 de 1990 fue establecida para los trabajadores particulares y servidores públicos afiliados a las sociedades administradoras de fondos de cesantías de carácter privado.

“Artículo 99.- *Reglamentado por el Decreto 1176 de 1991. El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía tendrá las siguientes características:*

1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 30 de mayo de 2019. Radicado: 81001-23-31-000-2011-00051-01(48890).

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 28 de julio de 2011. Radicado: 52001-23-31-000-1997-08625-01(19753).

2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.”

De esta forma, con relación a la participación de la Secretaría de Educación en el presente asunto, el Acuerdo 39 de 1998 estableció que las entidades territoriales reportan a comienzo de cada año las cesantías anuales causadas por los docentes a la Fiduprevisora y dicha fiduciaria **calcula, liquida y gira directamente** a cada uno de los docentes los intereses a las cesantías. En este sentido, la Oficina de Nómina de la SED reporta a la Fiduciaria a comienzos de cada año y de manera oportuna los consolidados de cesantías docentes causadas durante la vigencia. De otra parte, ni la Secretaría de Educación de Bogotá, ni ninguna entidad territorial certificada **paga** intereses de cesantías a los docentes afiliados al FOMAG.

Ahora bien, el Consejo de Estado⁵ ha sostenido en reiteradas oportunidades que, por regla general, la legitimación en la causa material constituye una condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito, no obstante, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA, el juez se encuentra en la posibilidad de declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva durante el trámite de la audiencia inicial, salvo que no exista certeza frente a la configuración de la excepción de legitimación en la causa de hecho y material, por activa o pasiva, asunto que deberá entonces resolverse en sentencia luego de evacuado todo el periodo probatorio.

En el caso concreto, teniendo en cuenta los fundamentos fácticos y jurídicos presentados en la demanda, se observa que existe certeza frente a la configuración de la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva para que pueda ser declarada, toda vez que la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., no es la entidad llamada a responder por los derechos que se encuentran en discusión, encontrándose el juez en la posibilidad de declarar esta excepción.

Así las cosas, la Secretaría de Educación Distrital no se encuentra legitimada en la causa por pasiva, porque si la ley no le ha asignado o transferido la administración del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no puede esta entidad asumir funciones ni competencias que la ley no le ha prescrito, como lo es el reconocimiento de prestaciones sociales y el correspondiente pago de estos dineros, en los que se incluye la discutida sanción moratoria.

⁵ Véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 13 de febrero de 2017. Radicado: 05001-23-33-000-2014-00624-01(55575); Auto del 13 de febrero de 2017. Radicado: 70001-23-33-000-2015-00013-01(55754); Auto del 13 marzo de 2017. Radicado: 25000-23-36-000-2015-00105-01(57357).

Nuevamente, vale la pena resaltar lo dispuesto por el Consejo de Estado, en providencia de fecha 16 de agosto de 2018⁶, que declaró probada la falta de legitimación en la causa por pasiva de la entidad territorial en los términos que se citan a continuación:

“Así las cosas, en lo que tiene que ver con el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del magisterio, ésta una competencia otorgada al FOMAG como una cuenta especial de la nación, por ser en cabeza de quién se encuentra el patrimonio autónomo creado por la Ley respecto de los factores prestacionales de sus afiliados y finalmente, de la cual se destinan los recursos para la cancelación de las sumas reconocidas por los actos administrativos expedidos por las secretarías de educación territoriales, de manera que en los procesos en los que se discuta la liquidación de la prestación social – cesantías, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta corporación en casos similares cuya discusión se concretó en el régimen de liquidación de dicha prerrogativa laboral, no es procedente la vinculación de las entidades territoriales”.

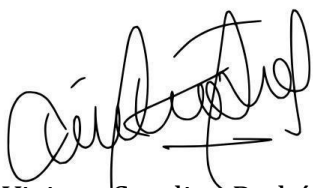
Por lo anterior, la excepción propuesta está llamada a prosperar ya que la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., no cuenta con legitimación en la causa por pasiva para actuar dentro del presente asunto, teniendo en cuenta que, quien debe reconocer y pagar las prestaciones sociales del magisterio es la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG.

C. Notificaciones

La Fiduciaria La Previsora recibe notificaciones en la Calle 72 No. 10 – 03 Piso 4,5,6 y 9, Bogotá. Al correo de notificaciones judiciales notjudicial@fiduprevisora.com.co.

La Secretaría de Educación recibe notificaciones en la Avenida el Dorado No. 66-63, Bogotá. Al correo electrónico de notificaciones judiciales de la Entidad: notificacionesjudiciales@secretariajuridica.gov.co y a los correos de la suscrita apoderada carolinarodriguezp7@gmail.com y notificacionesjcr@gmail.com

Del honorable Despacho,



Viviana Carolina Rodríguez Prieto

Apoderada Bogotá D.C. - Secretaría de Educación Distrital
Celular: 3112720996

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 16 de agosto de 2018. Radicado 2016-1237-01.

RV: CONTESTACIÓN DE DEMANDA 11001333501720220034300 JESUS ALBERTO QUINTERO VARGAS JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ – SECCIÓN SEGUNDA

Correspondencia Sede Judicial CAN - Bogotá - Bogotá D.C.

Vie 27/01/2023 12:37 PM

Para: Juzgado 17 Administrativo Seccion Segunda - Bogotá - Bogotá D.C. <jadmin17bta@notificacionesrj.gov.co>
CC: katheramirez319@gmail.com <katheramirez319@gmail.com>

📎 6 archivos adjuntos (9 MB)
COMUNICADO16.pdf; ACUERDO NO. 39 DE 1998.pdf; COMUNICADO-NOMINA-INTERESES-A-LAS-CESANTIAS-.pdf; ESCRITURA.pdf; JESUS ALBERTO QUINTERO VARGAS 2022-343.pdf; PODER JESUS ALBERTO QUINTERO VARGAS.pdf;

Cordial saludo,

De manera atenta informamos que ha sido radicado el presente correo como memorial para el proceso relacionado en el mismo, dentro del registro en el aplicativo justicia XXI podrá confirmar los datos del mensaje como Asunto, fecha y hora de recibo.

Atentamente,

Grupo de Correspondencia
Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos
Sede Judicial CAN
JFP

De: Katherine Ramírez Rubio <katheramirez319@gmail.com>
Enviado: viernes, 27 de enero de 2023 8:56
Para: Correspondencia Sede Judicial CAN - Bogotá - Bogotá D.C.
<correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Asunto: CONTESTACIÓN DE DEMANDA 11001333501720220034300 JESUS ALBERTO QUINTERO VARGAS JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ – SECCIÓN SEGUNDA

Señores
JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ – SECCIÓN SEGUNDA
Bogotá - Cundinamarca
E. S. D.

RADICADO No.	11001333501720220034300
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHO
DEMANDANTE	JESUS ALBERTO QUINTERO VARGAS
DEMANDADO	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
ASUNTO	CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Por medio de la presente, me permito remitir escrito de contestación.

Agradezco su atención y quedo atenta a comentarios.

Cordialmente,

Katherine Ramírez Rubio

Profesional 1

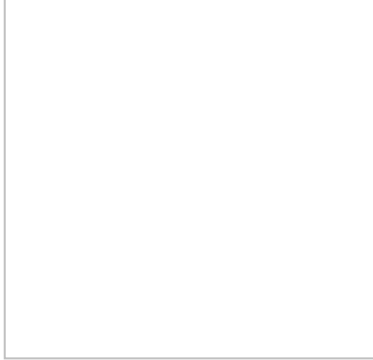
Unidad Especial de Defensa Judicial FOMAG

Vicepresidencia Jurídica

Calle 72 No. 10-03

☎(571) 7444333 – Ext: 1210

Bogotá, Colombia



Señora Juez

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

E. S. D.

Referencia: 110013335017-2022-00219-00

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: Jaime Londoño Moreno

Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Distrito Capital – Secretaría de Educación de Bogotá.

Asunto: Excepción Previa

VIVIANA CAROLINA RODRÍGUEZ PRIETO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.032.471.577 de Bogotá D.C., y portadora de la tarjeta profesional No. 342.450 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderada sustituta de **BOGOTÁ D.C. – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO**, (en adelante SED o mi representada), manifiesto que por medio del presente escrito y encontrándome dentro del término legal, me permito interponer las siguientes excepciones previas, conforme a las siguientes consideraciones:

A. No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios

El artículo 61 del Código General del Proceso, consagra la institución del litisconsorte necesario y la integración del contradictorio en los siguientes términos:

***“ARTÍCULO 61. LITISCONSORCIO NECESARIO E INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO.** Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.*

En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante dicho término.

Si alguno de los convocados solicita pruebas en el escrito de intervención, el juez resolverá sobre ellas y si las decreta fijará audiencia para practicarlas.

Los recursos y en general las actuaciones de cada litisconsorte favorecerán a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio solo tendrán eficacia si emanan de todos.

Cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su vinculación acompañando la prueba de dicho litisconsorcio.” (Subrayado fuera del texto)

De acuerdo con lo dispuesto en el Código General del Proceso, la figura procesal del litisconsorcio tiene como finalidad esencial la debida integración del contradictorio en los procesos, atendiendo a criterios básicos de economía procesal o de mérito para resolver la controversia, y se encuentra dividida como necesaria o facultativa y/o voluntaria según la naturaleza de la relación o relaciones jurídicas discutidas en el proceso y a la divisibilidad de las obligaciones derivadas de esas relaciones.

A su vez, puede extraerse de su contenido que el litisconsorcio necesario se da en aquellos casos en los que la naturaleza de las relaciones jurídicas planteadas y debatidas en el procesos, no permiten emitir una decisión de fondo con las partes que hasta el momento se encuentran vinculadas al mismo, por encontrarse necesaria la comparecencia de una o varias personas, que podrían resultar afectadas con la decisión adoptada en razón a la relación jurídica debatida.

De igual forma, con respecto a la oportunidad procesal para integrar al litisconsorte necesario, la Corte Constitucional en Sentencia de Tutela 056 del 05 de julio de 1995, contempló lo siguiente:

“a) al momento de formular la demanda, dirigiéndola contra todos los litisconsortes; b) si así no se hiciera, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará dar traslado de [e]sta a quienes falten para integrar el contradictorio; c) en caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de los litisconsortes, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia [...]”.

Ahora bien, el reconocimiento de las prestaciones sociales por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la obligación de las Entidades Territoriales, esta regulado conforme con el Acuerdo No. 39 de 1988, en el cual el Consejo Directivo del Fondo prestacional del Magisterio, determinó el procedimiento encaminado al reconocimiento de un interés anual sobre el saldo de las cesantías de los docentes vinculados a partir de 1990:

“Artículo 1. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un interés anual sobre el saldo de cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, al personal docente afiliado y que tenga derecho de acuerdo al régimen prestacional que les cobije. El monto a pagar será el equivalente a la suma que resulte de aplicar al valor acumulado de cesantías a favor de cada docente, la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo

(...)

Artículo 3. Las liquidaciones anuales de cesantía de los docentes serán reportadas por cada entidad territorial o por el establecimiento público educativo oficial a la respectiva **Oficina Regional del Fondo del Magisterio** en cada entidad territorial en medio magnético e impreso en los formatos diseñados y aprobados por el Ministerio de Educación Nacional para el efecto, en los primeros veinte (20) días del mes de enero de cada año”.

En este sentido, la Corte Constitucional en sentencia del 06 de febrero de 2020, con ponencia del Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez, estableció la responsabilidad del FOMAG en el trámite de las cesantías de los docentes:

“El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG- es una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyo objeto principal es atender las prestaciones sociales de los docentes. La Fiduciaria La Previsora S.A. - FIDUPREVISORA S.A.- es una sociedad de economía mixta del orden nacional sometida al régimen de Empresa Industrial y Comercial del Estado, encargada del manejo de los recursos del FOMAG, en virtud de contrato de fiducia mercantil suscrito con el MEN, cuyo gerente integra el Consejo Directivo del FOMAG con voz pero sin voto. Por lo tanto, la FIDUPREVISORA S.A.- en su calidad de vocera y administradora de los recursos del FOMAG es la entidad obligada a pagar las prestaciones de los docentes y asumir la defensa judicial del patrimonio autónomo”¹

De conformidad al comunicado No 008 de fecha 11-02-2020, expedido por Fiduprevisora S.A, se realizan precisiones a la luz del acuerdo No 39 de 1998, indicando, que correrá por cuenta de las Secretarías de Educación de la mano del área nominadora, liquidar los reportes de las cesantías e ingresar la información necesaria para llevar a cabo el proceso correspondiente a través de aplicativo Humano. Finalizado el proceso anterior, el sistema generará un reporte, el cual debe ser remitido **directamente a Fiduprevisora S.A** con fecha límite, improrrogable del 05-02-2021, de lo contrario conlleva a la no inclusión en nómina de los docentes

Razón por la cual, La Fiduciaria La Previsora S.A., en su calidad de administradora de los recursos del Fondo, en virtud del Decreto 2831 de 2005, por autorización de la Ley 91 de 1989, es quien debe pagar las prestaciones sociales reconocidas a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atendiendo al contrato de fiducia celebrado entre dicha entidad fiduciaria y el Ministerio de Educación; por tanto, su vinculación resulta no solo ajustada a derecho, sino necesaria.

Por lo anterior, de manera comedida solicito a su Despacho que se vincule al presente trámite a La Fiduciaria La Previsora S.A.

B. Falta de legitimación en la causa por pasiva

De conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado², la legitimación en la causa por pasiva corresponde a la capacidad jurídica y procesal de la parte demandada para comparecer en juicio y para oponerse a las pretensiones.

Adicionalmente, vale la pena precisar que esta Corporación tiene determinado que el presupuesto procesal de la legitimación en la causa tiene dos dimensiones, de hecho y material. i) *“La primera surge de la formulación de los hechos y de las pretensiones de la demanda, de manera que quien presenta el escrito inicial se encuentra legitimado por activa, mientras que el sujeto a quien se le imputa el daño ostenta legitimación en la causa por*

¹ Corte Constitucional, sentencia SU-041 de 6 de febrero de 2020, Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Auto del 07 de febrero de 2019. Radicado: 68001-23-33-000-2014-00346-01(2174-15).

pasiva”³; (ii) La segunda, hace relación a la participación real que tienen las personas con el hecho origen de la formulación de la demanda y el vínculo con los derechos o intereses en discusión, circunstancia que permite establecer si existe mérito de las pretensiones del actor o las razones de oposición del demandado para dictar sentencia de fondo.

De esta manera, es posible que un sujeto que es parte del proceso, a pesar de encontrarse legitimado en la causa de hecho, no cuenta con legitimación en la causa material ya que no ostenta relación alguna con los hechos que dieron origen al proceso o, que de conformidad con la ley sustancial, no está llamado a responder por los derechos en controversia, lo cual trae como consecuencia que las pretensiones formuladas están llamadas a fracasar pues el demandado no se encuentra en la posibilidad de reparar los perjuicios ocasionados al demandante.⁴

Bajo el anterior entendimiento, la legitimación en la causa material por pasiva implica que la Entidad que es demandada, es la que está llamada a responder y restablecer el derecho del demandante ante una eventual sentencia condenatoria al encontrarse probada la participación real en el hecho o el vínculo jurídico sustancial con los intereses que se encuentran en disputa.

En el presente asunto, el demandante pretende la declaratoria de nulidad del acto ficto que negó la solicitud de reconocimiento de la sanción moratoria por la consignación oportuna de las cesantías establecidas en la Ley 50 de 1990, artículo 99. Sin embargo, la Secretaría de Educación del Distrito carece de legitimación en la causa material por pasiva frente a estas pretensiones en la medida que, de conformidad con la ley sustancial, esta entidad no guarda vínculo alguno con los hechos y derechos en controversia y conforme con las pretensiones de la demanda, no es aplicable la obligación contemplado en el parágrafo del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 conforme con lo establecido en el escrito de contestación de la demanda.

Al respecto, es necesario recordar que la Ley 50 de 1990 fue establecida para los trabajadores particulares y servidores públicos afiliados a las sociedades administradoras de fondos de cesantías de carácter privado.

“Artículo 99.- Reglamentado por el Decreto 1176 de 1991. El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía tendrá las siguientes características:

1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.”

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 30 de mayo de 2019. Radicado: 81001-23-31-000-2011-00051-01(48890).

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 28 de julio de 2011. Radicado: 52001-23-31-000-1997-08625-01(19753).

De esta forma, con relación a la participación de la Secretaría de Educación en el presente asunto, el Acuerdo 39 de 1998 estableció que las entidades territoriales reportan a comienzo de cada año las cesantías anuales causadas por los docentes a la Fiduprevisora y dicha fiduciaria **calcula, liquida y gira directamente** a cada uno de los docentes los intereses a las cesantías. En este sentido, la Oficina de Nómina de la SED reporta a la Fiduciaria a comienzos de cada año y de manera oportuna los consolidados de cesantías docentes causadas durante la vigencia. De otra parte, ni la Secretaría de Educación de Bogotá, ni ninguna entidad territorial certificada **paga** intereses de cesantías a los docentes afiliados al FOMAG.

Ahora bien, el Consejo de Estado⁵ ha sostenido en reiteradas oportunidades que, por regla general, la legitimación en la causa material constituye una condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito, no obstante, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA, el juez se encuentra en la posibilidad de declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva durante el trámite de la audiencia inicial, salvo que no exista certeza frente a la configuración de la excepción de legitimación en la causa de hecho y material, por activa o pasiva, asunto que deberá entonces resolverse en sentencia luego de evacuado todo el periodo probatorio.

En el caso concreto, teniendo en cuenta los fundamentos fácticos y jurídicos presentados en la demanda, se observa que existe certeza frente a la configuración de la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva para que pueda ser declarada, toda vez que la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., no es la entidad llamada a responder por los derechos que se encuentran en discusión, encontrándose el juez en la posibilidad de declarar esta excepción.

Así las cosas, la Secretaría de Educación Distrital no se encuentra legitimada en la causa por pasiva, porque si la ley no le ha asignado o transferido la administración del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no puede esta entidad asumir funciones ni competencias que la ley no le ha prescrito, como lo es el reconocimiento de prestaciones sociales y el correspondiente pago de estos dineros, en los que se incluye la discutida sanción moratoria.

Nuevamente, vale la pena resaltar lo dispuesto por el Consejo de Estado, en providencia de fecha 16 de agosto de 2018⁶, que declaró probada la falta de legitimación en la causa por pasiva de la entidad territorial en los términos que se citan a continuación:

“Así las cosas, en lo que tiene que ver con el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del magisterio, ésta una competencia otorgada al FOMAG como una cuenta especial de la nación, por ser en cabeza de quién se encuentra el patrimonio autónomo creado por la Ley respecto de los factores prestacionales de sus afiliados y finalmente, de la cual se destinan los recursos para la cancelación de las sumas reconocidas por los actos administrativos expedidos por las secretarías de educación territoriales, de manera que en los procesos en los que se discuta la liquidación de la

⁵ Véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 13 de febrero de 2017. Radicado: 05001-23-33-000-2014-00624-01(55575); Auto del 13 de febrero de 2017. Radicado: 70001-23-33-000-2015-00013-01(55754); Auto del 13 marzo de 2017. Radicado: 25000-23-36-000-2015-00105-01(57357).

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 16 de agosto de 2018. Radicado 2016-1237-01.

prestación social – cesantías, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta corporación en casos similares cuya discusión se concretó en el régimen de liquidación de dicha prerrogativa laboral, no es procedente la vinculación de las entidades territoriales”.

Por lo anterior, la excepción propuesta está llamada a prosperar ya que la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., no cuenta con legitimación en la causa por pasiva para actuar dentro del presente asunto, teniendo en cuenta que, quien debe reconocer y pagar las prestaciones sociales del magisterio es la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG.

C. Notificaciones

La Fiduciaria La Previsora recibe notificaciones en la Calle 72 No. 10 – 03 Piso 4,5,6 y 9, Bogotá. Al correo de notificaciones judiciales notjudicial@fiduprevisora.com.co.

La Secretaría de Educación recibe notificaciones en la Avenida el Dorado No. 66-63, Bogotá. Al correo electrónico de notificaciones judiciales de la Entidad: notificacionesjudiciales@secretariajuridica.gov.co y a los correos de la suscrita apoderada carolinarodriguezp7@gmail.com y notificacionesjcr@gmail.com

Del honorable Despacho,



Viviana Carolina Rodríguez Prieto
Apoderada Bogotá D.C. - Secretaría de Educación Distrital
Celular: 3112720996

RAD_S

Al contestar por favor cite:

Radicado No.: *RAD_S*

Fecha: *F_RAD_S*

Señores

JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ – SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá - Cundinamarca

E. S. D.

RADICADO No.	11001333501720220021900
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHO
DEMANDANTE	JAIME LONDOÑO MORENO
DEMANDADO	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
ASUNTO	CONTESTACIÓN DE DEMANDA

JENNY KATHERINE RAMÍREZ RUBIO, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.030.570.557 de Bogotá D.C. y T.P. 310.344 del C.S.J., en mi condición de apoderada sustituta de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, conforme poder de sustitución otorgado, por la Doctora AIDEE JOHANNA GALINDO ACERO, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.863.417 en su calidad de Representante Judicial en la Defensa de los intereses del **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**, en los procesos judiciales que en su contra se adelanten con ocasión de obligaciones a cargo del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, de acuerdo con la certificación suscrita por la Representante Legal de FIDUPREVISORA S.A, y según el Poder General que le fue otorgado mediante Escritura Pública N° 10184 del 9 de noviembre de 2022, que la faculta para otorgar poderes especiales a los abogados que asuman la defensa judicial; me permito dar respuesta a la demanda de la referencia en los siguientes términos:

A LAS PRETENSIONES

Me opongo a que prosperen todas y cada una de las pretensiones presentadas dentro de la demanda por carecer de sustento fáctico y legal, como se demostrará a continuación y así mismo solicito de manera respetuosa al despacho **ABSOLVER** a la **NACION- MAGISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** de todo cargo, veamos:

1. La demanda se encuentra fundada en supuestos de hecho falsos e inexistentes: El demandante, cuando plantea la secuencia de los supuestos de hecho en los cuales fundamenta sus pretensiones, hace referencia a apartes normativos inexistentes. Concretamente, **el hecho tercero de la demanda** señala que el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 modificó la Ley 91 de 1989, y que a partir de su entrada en vigencia, las entidades territoriales, según el demandante, deben pagar intereses de cesantías antes del 30 de enero y consignar las cesantías en una cuenta individual del docente antes del 15 de febrero de la anualidad siguiente a la que fueron causadas. La simple lectura del tenor literal del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 permite a cualquiera evidenciar que no existe en el texto normativo mención alguna a estos aspectos, ya que la norma jamás se refiere a fechas y mucho menos a cuentas

individuales de los docentes en el FOMAG. Esta norma se contrae a indicar que “las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”. En conclusión, se observa que, la forma en que se plantean los hechos de la demanda, peligrosamente intentan desviar la atención de la administración de justicia, generando confusión respecto de lo que expresamente se encuentra previsto en el artículo 57 en mención.

2. Las pretensiones de la demanda contrarían los beneficios que tienen los docentes del FOMAG: Dentro de las peticiones de la demanda, se observa que, en el numeral segundo, el apoderado solicita que los intereses de las cesantías del docente se tramiten bajo el amparo de las normas establecidas para los trabajadores particulares. Esta posición, desconoce y pasa por alto que la norma especial prevista para los docentes del FOMAG, esto es, el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998 expedido por el Consejo Directivo del FOMAG, resulta mucho más beneficiosa para la demandante en materia de liquidación de intereses, hecho que aritméticamente se comprobará en la presente contestación de demanda.

Por tanto, el apoderado de la demandante, en procura de unos beneficios que eventualmente podrían generarse en el hipotético caso de un fallo favorable, solicita la aplicación que en demasía merma los beneficios que en materia de intereses ostenta el trabajador del sector educativo que concurre a la presente demanda.

Adicionalmente, existe una Indevida interpretación de la jurisprudencia relativa a las cesantías de los docentes del FOMAG: En la sustentación del concepto de violación, el demandante reseña una serie de pronunciamientos emitidos por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, mediante los cuales pretende sustentar sus pretensiones. Sin embargo, es importante precisar que el alcance de la jurisprudencia no corresponde a la que le endilga el demandante, situación a la se hará referencia puntualmente en el desarrollo de la contestación de la demanda.

De acuerdo con lo anterior, procedo a pronunciarme de manera individual frente a cada una de las pretensiones de la demanda, así:

DECLARATIVAS

PRIMERA: Me opongo, a que se DECLARE la nulidad del acto administrativo, en cuanto negó el derecho a pagar la indemnización moratoria por el no pago de cesantías ni intereses sobre cesantías dentro del tiempo establecido, conforme con la Ley 50 de 1990, por cuanto los docentes del FOMAG se encuentran amparados por un régimen especial de prestaciones sociales que se rige por la Ley 91 de 1989, por tanto, resulta improcedente la aplicación del régimen de qué trata la Ley 50 de 1990, el cual es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

SEGUNDA: Me opongo, a que se declare que el demandante tiene derecho a que se reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, e indemnización por intereses, ya que como más adelante se demostrará en la presente defensa, las cesantías de la docente se tramitaron conforme a lo específicamente reglado en el régimen especial del magisterio, esto es, la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 039 de 1998 emitido por el Consejo Directivo del FOMAG.

CONDENAS

PRIMERA: Me opongo, a que se condene a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990 en favor de la parte actora, en la medida en que el demandante carece de sustento fáctico, jurídico y probatorio para demostrar que el trámite de las cesantías de la demandada, para la anualidad de 2020, se llevó a cabo sin el cumplimiento de la normativa establecida para el régimen especial del magisterio que regula la materia.

SEGUNDA: Me opongo, a que se condene a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO al reconocimiento y pago de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías en favor de la parte actora, en la medida en que el demandante carece de sustento fáctico, jurídico y probatorio para demostrar que el trámite de las cesantías de la demandada, para la anualidad de 2020, se llevó a cabo sin el cumplimiento de la normativa establecida para la materia, tal como se ampliará cuando, en la presente defensa, se haga referencia a cómo se liquidan y pagan los intereses de cesantías de los docentes afiliados al FOMAG.

TERCERA: Me opongo, a que se condene a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a pagar ajustes con motivo de la disminución del poder adquisitivo, pues, al no ser procedente el reconocimiento de suma alguna por concepto de indemnización moratoria, la misma suerte corre la pretensión de este numeral. Aunado a lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han precisado con suficientes argumentos la imposibilidad de reclamar ajustes de valores cuando lo que se pretende es un reconocimiento indemnizatorio.

CUARTA: Me OPONGO, por cuanto no son declaraciones y/o condenas en si ya que puntualmente se refieren más a aspectos procedimentales establecidos en nuestro ordenamiento jurídico y a las normas establecidas en la ley 1437 de 2011 C.P.A.C.A.

QUINTA: Me opongo, por cuanto al demandante no le asiste derecho a lo pretendido y en cualquier caso según lo dispuesto en la en el artículo 192 de la ley 1437 de 2011, en caso de proferirse sentencia en contra, la entidad pública cuenta con 10 meses para dar cumplimiento al fallo.

SEXTA: Me opongo, de modo que la legislación es clara al afirmar que se tiene el Derecho a la legítima defensa y por ende no se debe condenar en costa si no hay gastos en los que hizo incurrir la parte vencida de conformidad con lo dispuesto por el artículo 365 Código General del Proceso.

LOS HECHOS

FRENTE AL HECHO PRIMERO: La referencia en mención **NO ES UN HECHO**, en tanto no constituye fundamento fáctico de las pretensiones que se elevan con el medio de control, y se circunscribe a una referencia normativa.

FRENTE AL HECHO SEGUNDO: La referencia en mención **NO ES UN HECHO**, en tanto no constituye fundamento fáctico de las pretensiones que se elevan con el medio de control, y se circunscribe a una referencia normativa.

FRENTE AL HECHO TERCERO: No es cierto, en la medida en que, tal como se indicó en las consideraciones preliminares, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 se contrae a indicar que “las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, más no hace referencia alguna a la forma o fechas en que se deben pagar los intereses de las cesantías, y mucho menos a que la consignación de cesantías deba realizarse en una cuenta individual del docente. De la simple lectura del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, se puede concluir que el demandante está agregando textos que la norma que cita no contiene, lo cual peligrosamente podría confundir a la administración de justicia en el entendimiento del litigio que se está examinando.

FRENTE AL HECHO CUARTO: La manifestación contenida en el hecho referido **NO ES CIERTA**, No es cierto, en la medida en que las cesantías de la demandante fueron debidamente tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998 “Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio” expedido por el Consejo Directivo del FOMAG. Es importante mencionar que, como más adelante se expondrá, tal como lo corroboró el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019 (Expediente: 76001-23-31-000-2009-00867-01, número interno: 4854-2014) el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes de FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país. Lo anterior, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará **un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes** a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el

mismo periodo). Debe resaltarse, que sobre el acuerdo del Consejo Directivo del FOMAG pesa una demanda de nulidad simple por inconstitucionalidad, presentada por la misma firma que apodera a la docente demandante, y que se tramita ante el Consejo de Estado (Expediente: 11001032500020210068600, sección segunda, subsección A). Por tanto, hasta tanto no exista decisión de fondo y debidamente ejecutoriada, el contenido del acuerdo permanece en el mundo jurídico con plenos efectos frente a la liquidación de los intereses de las cesantías de los docentes de FOMAG.

FRENTE AL HECHO QUINTO: No es cierto, en la medida en que los intereses de las cesantías de la docente fueron liquidados conforme al régimen y procedimiento especial establecido en el Acuerdo No. 39 de 1998 “Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio” expedido por el Consejo Directivo del FOMAG (con la salvedad de acción de nulidad que se encuentra en curso y que se describió en el numeral anterior). Como se anotó, el apoderado judicial de la demandante pretende que a la docente se le aplique un esquema normativo que le resulta mucho menos beneficioso que el de su régimen especial.

FRENTE AL HECHO SEXTO: No le constan a mi representada, teniendo en cuenta que dichas aseveraciones solo pueden ser confirmadas por la entidad territorial, quien es el ente que retiene el expediente administrativo, por lo tanto, nos acogemos a lo que se pruebe en el proceso.

FRENTE AL HECHO SÉPTIMO: frente al hecho en particular debe decirse que **ES PARCIALMENTE CIERTO**, pues si bien se corrobora la fecha de radicación de la solicitud a la que se hace referencia, no es menos cierto que el trámite de conciliación prejudicial, NO constituye un hecho, sino un presupuesto del medio de control.

FRENTE AL HECHO OCTAVO: No corresponde a un supuesto de hecho, corresponde a la transcripción de un extracto de la sentencia de fecha 12 de noviembre de 2020, proferida por el Consejo de Estado dentro del expediente con radicado No. 08001-23-33-0002014-00132-01.

I. EL PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo a las pretensiones y supuestos de hecho en los que se soporta el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho incoado por el demandante, se puede concluir que los problemas jurídicos que debe entrar a resolver la jurisdicción contenciosa administrativa, corresponden a los siguientes:

- ¿Se configuran, en el caso concreto, los presupuestos necesarios para el reconocimiento y pago de la sanción por mora de que trata la Ley 50 de 1990 y el pago de indemnización por pago tardío de intereses a las cesantías?
- ¿Cómo se garantiza el principio de inescindibilidad de la norma en el régimen especial de las cesantías de los docentes?

A efectos de que el Despacho cuente con los argumentos suficientes para desatar el presente litigio, muy respetuosamente procedemos a realizar una puntual exposición de los aspectos que, a nuestro juicio, permiten concluir que no hay lugar a acceder a las pretensiones de la parte demandante, lo cual procedemos a desarrollar en los siguientes términos.

II. GENERALIDADES DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG Y SUS CARACTERÍSTICAS FRENTE A OTRAS FIGURAS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS CESANTÍAS DE LOS TRABAJADORES

La Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) como **una cuenta especial** de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, para que sus recursos sean manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital; para tal efecto, el Presidente de la República, el Ministro de Educación Nacional y Fiduciaria La Previsora S.A. celebraron contrato de fiducia mercantil protocolizado mediante la Escritura Pública No. 0083 de 21 de junio de 1990.

Para los efectos de esta defensa del patrimonio público, es necesario que el Señor Juez tenga en cuenta que el FOMAG es un **fondo cuenta**, que de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 3 y 4 de la Ley 91 de 1989 y el objeto del contrato mismo, **constituye un patrimonio autónomo** cuyos recursos son administrados por una sociedad fiduciaria (actualmente Fiduprevisora S.A.), sociedad de economía mixta vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Por ser un fondo

cuenta, no se constituye como una entidad financiera y consecuentemente, no le es permitido realizar las operaciones financieras de que trata el Estatuto Orgánico del Sector Financiero (Decreto Ley 663 de 1993), el cual referencia taxativamente las entidades que sí tienen esa posibilidad. En lo que se refiere al pago de las cesantías del personal docente afiliado al FOMAG, el artículo 15, numeral 3 de la misma ley, prevé los escenarios y la forma en que, según el periodo de vinculación del docente, se liquidan y pagan las correspondientes cesantías.

Otra de las particularidades del régimen de los docentes deviene en que en virtud del artículo 1 del Decreto 3752 de 2003, a este fondo cuenta, se deben afiliar, obligatoriamente, todos los docentes del país.

Para mayor claridad, resulta relevante resaltar las **sustanciales diferencias** que tiene el FOMAG con otros sistemas de administración de cesantías, particularmente en lo relacionado con la naturaleza jurídica, régimen especial, funcionamiento y operación, respecto de los demás regímenes de cesantías, así:

- **Fondos Privados de Cesantías:**

De acuerdo con lo establecido en el Estatuto Orgánico del Sector Financiero (Decreto Ley 663 de 1993) los fondos privados de cesantías corresponden a la figura de **un patrimonio autónomo de propiedad de los afiliados**, independiente del patrimonio de la sociedad administradora y conformado por las **cuentas individuales de éstos**, las cuales, a su vez, tienen una subcuenta de corto y una subcuenta de largo plazo. Por su naturaleza, tienen las características de una entidad financiera, lo cual le permite realizar inversiones. En cuanto al régimen de liquidación de las cesantías y sus intereses pertenecientes a sus afiliados voluntarios, se realiza conforme a lo expresamente regulado por artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Es importante anotar, que por disposición del Decreto 1582 de 1998, artículo 2, las entidades administradoras de cesantías creadas por la Ley 50 de 1990 **podrán administrar en cuentas individuales los recursos para el pago de las cesantías**. Esta modalidad de administración, corresponde exclusivamente a las entidades administradoras de cesantías creadas por la Ley 50 de 1990, no así para el FOMAG, que se creó mediante la Ley 91 de 1989 bajo el principio de unidad de caja y, por tanto, las cesantías de los docentes no se administran en cuentas individuales.

- **Fondo Nacional del Ahorro:**

El Fondo Nacional del Ahorro se constituye como un **establecimiento público** creado mediante el Decreto Ley 3118 de 1968, bajo el régimen aplicable a las empresas industriales y comerciales del Estado. Está organizado como un establecimiento de crédito del orden nacional **de carácter financiero**, de naturaleza especial, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente.

Este Fondo entidad se regula por la Ley 432 de 1998, al cual se deben afiliar obligatoriamente todos los servidores públicos y de manera excepcional, los particulares que voluntariamente lo hagan. En este sistema, también se dispuso el esquema de cuentas individuales para cada afiliado, tal como lo dispone el artículo 12, cuando se regula los intereses de las cesantías para el FNA, los cuales se abonarán a la cuenta individual de cada servidor público.

Fuentes de financiación de los distintos regímenes de cesantías:

Otra de las diferencias entre los diferentes regímenes de cesantías se encuentra en las fuentes de financiación de cada uno, como se plantea en el siguiente cuadro y su esquema de administración:

FONDOS PRIVADOS DE CESANTÍAS (cuentas individuales por afiliado)	FONDO NACIONAL DEL AHORRO (cuentas individuales por afiliado)	FOMAG (fondo común-unidad de caja)
Recursos con los que se conforman		
A. Las sumas que por concepto de auxilio de Cesantías consigne el empleador.	a) Las cesantías de los afiliados,;	El 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo.
B. Aportes voluntarios por los afiliados	b) Las apropiaciones y recursos provenientes de la Nación y de otras entidades de derecho público o	Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del

independientes. (Decreto 1063 de 1991, artículo 12, literal b) y artículo 31). C. Aportes de las cooperativas o precooperativas de trabajo asociado. (Artículo 59 de la Ley 79 de 1988, el Decreto 468 de 1990 y el Decreto 4855 de 2006). D. Los aportes de las entidades públicas del sector salud, de la rama judicial o del nivel territorial. (Decreto 1582 de 1998). E. Las sumas entregadas por la nación a través del sistema general de participaciones. F. Las sumas entregadas por la nación y las entidades territoriales por concepto de los contratos de concurrencia. G. Los rendimientos generados por los activos que integran los portafolios del fondo. H. El producto de las operaciones de venta de activos. I. Cualquier otro ingreso que resulte a favor de los portafolios del Fondo	privado; c) Los auxilios, subvenciones, donaciones o contribuciones; d) Los recursos provenientes de los empréstitos internos y externos; e) Los bienes que como persona jurídica adquiera a cualquier título y los frutos naturales o civiles de éstos; f) Los rendimientos que provengan de sus inversiones y rentas, cualquiera que sea su naturaleza; g) El producto de las operaciones de venta de activos; h) Los ahorros voluntarios de los afiliados; e) i) Cualquier otro ingreso que resulte a favor del Fondo.	primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos. El aporte de la Nación equivalente al 8% mensual liquidado sobre los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes. El aporte de la Nación equivalente a una doceava anual, liquidada sobre los factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados. El 5 por mil, de que hablan las Leyes 4 de 1966 y 33 de 1985, a cargo de los docentes, de toda nómina que les pague la Nación por servicios personales.
FONDOS PRIVADOS DE CESANTÍAS	FONDO NACIONAL DEL AHORRO	FOMAG
SUJETOS BENEFICIARIOS		
Trabajadores particulares vinculados a través de contrato de trabajo.	Trabajadores y servidores públicos. Trabajadores del sector privado que se afilien voluntariamente.	Exclusivamente y de forma obligatoria, el Personal docente.

Imposibilidad jurídica y física de apertura de cuentas individuales para los afiliados al FOMAG

A diferencia de lo dispuesto para los Fondos Privados de Cesantías y del Fondo Nacional del Ahorro, el esquema de manejo de las cesantías de los docentes del FOMAG tiene vedada la posibilidad de aperturar cuentas individuales para cada uno de sus afiliados. Lo anterior se explica a partir de la naturaleza y estructura de este fondo cuenta, la cual surge a partir de lo dispuesto por el propio legislador en las normas vigentes que gobiernan su funcionamiento, así:

- Al tenor de lo establecido en el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, los recursos del FOMAG se conforman con una pluralidad de fuentes, que corresponden, entre otras, a los realizados a través de los descuentos a los afiliados y los aportes de la Nación y las entidades territoriales. Es decir, durante la vigencia presupuestal respectiva se reserva el pasivo prestacional de los docentes, incluyendo las cesantías.
- La totalidad de recursos con que se constituye el FOMAG conforman el patrimonio autónomo que se administra a través de un esquema fiduciario al que se refiere la Ley 91 de 1989. En ese sentido, los recursos se administran conforme a las indicaciones de la mencionada ley, las cláusulas del contrato fiduciario y las determinaciones que apruebe el Consejo Directivo del FOMAG.
- La Ley 1955 de 2019, artículo 57, señala que “Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar **el principio de unidad de caja** con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas en la ley, ...”. El principio de unidad de caja permite que con el recaudo de todos los rubros se conforme una caja común destinada a atender el pago de las obligaciones asumidas, en este

caso, lo correspondiente a las prestaciones económicas de los docentes (incluidas las cesantías y los intereses de las cesantías) y los servicios de salud.

De lo anterior se concluye que, en primer término, en el FOMAG no hay cuentas individuales para los docentes, y segundo, los valores que corresponden a las cesantías no se consignan sino que ya están presupuestados y trasladados al fondo, desde el primer mes de cada vigencia.

Ahora bien, para mayor claridad del tema, el esquema descrito lo soporta un conjunto de normas que indican cómo se apropian los recursos que conforman el patrimonio autónomo del FOMAG, incluidas las cesantías y sus intereses (Ley 91 de 1989, artículo 8; Ley 715 de 2001, artículo 8 y 36; Decreto 196, artículos 12 y 13), normas que soportan el régimen especial del Magisterio, que finalmente deben interpretarse en concordancia con lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 3752 de 2003. Es así como este procedimiento surte las siguientes fases:

- Elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG. Este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y se presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones.
- Una vez definido el monto de la deuda a pagar, y previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la sociedad fiduciaria (en este caso Fiduprevisora S.A.) comunica a la entidad territorial las cifras correspondientes a este concepto.
- Esta deuda se cubre con el traslado de los recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-.
- En caso de que estos recursos no fueren suficientes para cubrir la deuda, la entidad territorial deberá disponer de sus propios recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

Teniendo en cuenta que el procedimiento descrito involucra los recursos de las cesantías y sus intereses, se puede concluir que **anualmente se realiza la actividad operativa de la liquidación de las cesantías**, ya que los recursos están inmersos en el FOMAG antes del 1 de febrero de cada vigencia, bajo el principio de unidad de caja. Esta actuación es probatoriamente demostrable en la medida en que Fiduprevisora S.A., en su calidad de vocera y administradora del FOMAG, emite comunicados a las diferentes Secretarías de Educación Certificadas y a los encargados de las oficinas de prestaciones económicas de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia.

Para la liquidación de las cesantías correspondientes al año 2020, que es el periodo de cesantías del cual el demandante reclama que presuntamente no se realizó la consignación, Fiduprevisora S.A. emitió el Comunicado No. 16 de 17 de diciembre de 2019, en el cual se dieron los lineamientos operativos y la fecha para presentar el reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina del año 2020. En dicha comunicación se especificó lo siguiente:

“2. La fecha de recibo de reportes de cesantías para todas las Secretarías de Educación a nivel nacional, es hasta el 05 DE FEBRERO DE 2020. Esta fecha es improrrogable y, por tanto, el no reporte oportuno de la información a esta entidad, conllevará la no inclusión en nómina de los docentes, siendo el Ente Territorial el responsable de las contingencias que se deriven en el pago de los intereses y por la mora en el pago de las prestaciones a favor de los docentes”

Con lo hasta aquí expuesto, podemos aproximarnos a las siguientes conclusiones:

1. El compendio normativo en el cual se sustenta el FOMAG, cuyas normas fueron puntualmente citadas, no contempla la posibilidad de la apertura de cuentas individuales para cada uno de los afiliados, configurándose así la **imposibilidad jurídica** de acudir a su creación por vía de una orden judicial, como lo pretende el demandante, pues el FOMAG se rige por el principio de unidad de caja expresamente dispuesto para su administración.
2. El funcionamiento mismo del fondo cuenta, que se administra bajo la figura de un fondo común, configura una **imposibilidad física** para aperturar cuentas individuales para cada uno de los más de 300.000 docentes que se encuentran afiliados al FOMAG.

2. Ante la imposibilidad física y jurídica de apertura de cuentas individuales para cada docente afiliado al FOMAG, la imposibilidad se extiende a la figura de la “consignación de cesantías”. En lugar de una consignación, los docentes tienen la posibilidad de retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de ley.
3. Teniendo en cuenta las anteriores precisiones, no podría configurarse la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, artículo 99, para el escenario del FOMAG, ya que lo que pena la ley en mención es la consignación inoportuna de las cesantías y, al estar vedada la posibilidad de la consignación de las cesantías de los docentes del FOMAG, de contera se descarta algún tipo de sanción.

Procesos de afiliación de los docentes al FOMAG y su diferencia respecto a las administradoras de cesantías y el Fondo Nacional del Ahorro

Hasta ahora, nos hemos referido a las diferencias sustanciales que ostentan los tres regímenes de cesantías analizados, enfatizando en su naturaleza jurídica, los recursos que los conforman y la tipología de trabajador que vinculan. En este acápite, se profundiza en el procedimiento de afiliación que se debe surtir para vincular a cada trabajador y cómo la misma normativa establece las limitantes de adhesión a cada uno de los sistemas.

- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG:

De conformidad con lo establecido por la Ley 91 de 1989, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003, los docentes del servicio público educativo que estén vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG. Lo anterior significa que, por un lado los docentes forzosamente deben ser afiliados al FOMAG y a través de ese fondo cuenta obtener el pago de sus prestaciones sociales y, por otra parte, sus cesantías deben ser reconocidas y pagadas de acuerdo a los procedimiento y reglamentación establecida para tales efectos. Es decir, el ordenamiento jurídico no prevé que los docentes tengan la posibilidad de elegir otro esquema o figura de administración de sus cesantías, sino que por voluntad expresa del legislador deben someterse al régimen especial previsto para el magisterio, el cual no ha sido retirado del mundo jurídico por parte de algún alto tribunal.

- Fondos Privados de Cesantías:

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 98 de la Ley 50 de 1990, aquellas personas que se encuentren vinculadas en una relación laboral regida mediante contrato de trabajo, obligatoriamente deben afiliarse a una de las empresas administradoras de cesantías (AFP), cuya creación se autorizó en virtud del numeral 6 del artículo 99 de la citada ley. A diferencia de los docentes del FOMAG, los trabajadores a los que les es aplicable este esquema tienen la posibilidad de escoger libremente la entidad administradora de fondos y pensiones de cesantías a la cual desean afiliarse y, adicionalmente, tienen la potestad de trasladar sus saldos de un fondo de cesantías a otro, siempre y cuando sean de la misma naturaleza (Ley 50 de 1990, artículo 99, numeral 5).

En Colombia, actualmente funcionan 4 AFP: Protección S.A., Porvenir S.A., Colfondos Pensiones y Cesantías y Old Mutual.

Lo anterior, sin perjuicio de lo establecido en la Ley 432 de 1998, artículo 8, que permite a los trabajadores del sector privado su afiliación en el Fondo Nacional del Ahorro, gozando de todos los beneficios contemplados para este sistema de administración de las cesantías, con excepción de lo relacionado con el artículo 12 de la misma ley, referente al cálculo de los intereses de las cesantías.

- Fondo Nacional del Ahorro:

Por disposición expresa del artículo 5 de la Ley 432 de 1998, los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público deben afiliarse al Fondo Nacional del Ahorro. Es importante anotar, que el mismo artículo previó que dicha afiliación no es aplicable al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, **ni a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado mediante la Ley 91 de 1989**. La excepción era apenas obvia, en razón a que los docentes se encuentran cobijados por un régimen especial creado mediante una norma anterior.

De lo anterior se concluye, que las cesantías de los servidores públicos de la Rama Ejecutiva forzosamente deben ser administradas a través de una figura específica, en este caso, por intermedio del Fondo Nacional del Ahorro, de acuerdo a la normativa y reglamentación prevista para tales efectos.

- Conclusiones:

De las acotaciones anteriormente realizadas, en donde se citan puntualmente las normas que se refieren a la especificidad de la tipología de trabajadores que obligatoriamente se debe afiliar a cada uno de éstos, podemos concluir que el diseño que hasta la fecha se encuentra vigente corresponde a un sistema de administración de cesantías coherente, en donde, atendiendo a la claridad de su reglamentación, no habría lugar a ningún tipo de confusión respecto de su funcionamiento y las reglas que, según el tipo de trabajador, deben observarse para la liquidación y pago de las respectivas cesantías.

Régimen de intereses de cesantías en los distintos esquemas

Teniendo en cuenta que parte de la discusión jurídica de las pretensiones gira en torno a la oportunidad y forma en que deben pagarse los intereses de cesantías de los docentes del FOMAG, corresponde puntualizar lo relativo al régimen aplicable en cada uno de los regímenes:

- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio:

En lo que se refiere a los intereses de las cesantías de los docentes del FOMAG, encontramos que la Ley 91 de 1989, artículo 15, señala expresamente la manera en cómo se liquidan los intereses de las cesantías del personal docente, así:

“El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.”

Adicionalmente, el Acuerdo No. 39 de 1998 del Consejo Directivo del FOMAG, estableció el procedimiento mediante el cual se hace efectivo el mandato legal contenido en el artículo mencionado. A su vez, el artículo 4 del acuerdo que se cita, indica:

“**ARTICULO CUARTO:** El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizará el pago de los intereses en el mes de marzo, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos del Fondo a más tardar el cinco (5) de febrero de cada año, y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria en el período comprendido entre el seis (6) de febrero hasta el quince (15) de marzo de cada año. En los casos en que la entidad territorial reporte la información con posterioridad a ésta fecha, la entidad fiduciaria, programará pagos posteriores, de lo cual informará al Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.”

Los plazos establecidos en el acuerdo transcrito fueron expedidos y publicados por el Consejo Directivo del FOMAG en ejercicio de las funciones establecidas en el artículo 7 de la Ley 91 de 1989, entre otras, la de “Determinar la destinación de los recursos y el orden de prioridad conforme al cual serán atendidas las prestaciones sociales frente a la disponibilidad financiera del Fondo, de tal manera que se garantice una distribución equitativa de los recursos”. Bajo esa línea, la liquidación de los intereses de las cesantías los docentes de FOMAG sigue ese procedimiento. Ahora bien, la firma de abogados que representa a la docente, presentó ante el Consejo de Estado el medio de control de “nulidad simple por inconstitucionalidad” del artículo 4 del Acuerdo No. 39 de 1998, al cual le fue asignado el expediente No. 11001032500020210068600 (3740-2021) y su trámite se surte ante la Sección Segunda, Subsección A, de ese alto tribunal.

Se concluye entonces que lo dispuesto por el Consejo Directivo del FOMAG en materia de intereses de cesantías tiene plena vigencia, por tanto, no puede pretender la parte demandante que por vía de las pretensiones de la presente acción judicial el juez de esta causa decreta una especie de “derogatoria tácita” del acuerdo al que se hace referencia, máxime cuando es su misma firma la que está persiguiendo la nulidad de la disposición a través de la autoridad competente para declararla.

- Fondos Privados de Cesantías:

Para la liquidación de los intereses de las cesantías de los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, expresamente dispuso lo siguiente:

“2. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”

A diferencia de los docentes afiliados al FOMAG, en el caso de los trabajadores particulares encontramos que el esquema previsto es un porcentaje anual o proporcional por fracción, en este caso el 12%, que se aplica a la suma causada en el año o en la respectiva fracción. Nótese, que a diferencia de los docentes del FOMAG, los trabajadores particulares: (i) no tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, sino por el de cada año individualmente considerado, y (ii) la tasa de interés está atada al 12%, sin que se consideren las fluctuaciones de la economía, hecho que sí está previsto para los docentes del FOMAG, cuya tasa de interés será la certificada por la hoy Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.

- Fondo Nacional del Ahorro:

En el caso de este fondo, la liquidación de los intereses se encuentra expresamente reglada por el artículo 12 de la Ley 432 de 1998, el cual señala lo siguiente:

“Artículo 12. INTERESES SOBRE CESANTÍAS. El Fondo Nacional del Ahorro reconocerá y abonará en la cuenta de cesantías de cada servidor público afiliado, **un interés equivalente a la variación anual de la Unidad de Valor Real-UVR, certificada por el Banco de la República**, sobre las cesantías liquidadas por la entidad nominadora correspondientes al año inmediatamente anterior o proporcional por la fracción de año que se liquide definitivamente. **No obstante, el cálculo del interés tendrá en cuenta las fechas en las que fue consignada cada fracción.**

Para el efecto, los saldos que administre el Fondo Nacional del Ahorro por este concepto se denominarán en UVR y se reexpresarán en pesos de acuerdo con el valor de la UVR, certificado por el Banco de la República, con base en la fecha de consignación de cada una de las fracciones.”

Se concluye entonces que, aún en el esquema previsto para la liquidación de los intereses de las cesantías en el Fondo Nacional del Ahorro, tampoco se tienen en cuenta el saldo acumulado por concepto de cesantías, sino que se replica la fórmula de las AFP correspondiente al valor de la cesantía del último año. En cuanto al porcentaje, este se encuentra atado a la variación de la UVR certificada por el Banco de la República, más no a la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.

Aspecto importante para resaltar, es el atinente al principio de inescindibilidad de los regímenes, toda vez que, si bien los trabajadores particulares pueden vincularse al Fondo Nacional del Ahorro, el artículo 9 de la Ley 432 de 1998 establece que “Los empleadores del sector privado deberán liquidar y consignar las cesantías de sus trabajadores afiliados al Fondo Nacional del Ahorro, de acuerdo con lo establecido en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990”.

III. CONSIDERACIONES NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES

Teniendo en cuenta los hechos planteados, podemos señalar que el problema jurídico se circunscribe en determinar si les asiste derecho a los docentes oficiales a reclamar el pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 en su artículo 99, por la consignación tardía de las cesantías anualizadas. Así las cosas, es menester memorar que de conformidad con el artículo 1 del Decreto 1582 de 1998 son destinatarios del régimen de liquidación y pago de las cesantías contemplado en la ley 344 de 1996, los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, circunstancia que valga decir, **no es aplicable a los docentes vinculados al régimen especial docente como pasa a verse:**

El inciso tercero del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 «por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio» en el inciso, reza:

“ARTÍCULO 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

... “Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales 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.” (subrayas fuera de texto).

Colofón de lo expuesto es claro que los docentes son considerados no solo por ministerio de la ley sino por el precedente jurisprudencial del Máximo Órgano de Cierre de lo Contencioso Administrativo como **empleados públicos del orden nacional**, razón por la que se desvirtúa la calidad de servidores públicos del orden territorial previsto en el Decreto 1582 de 1998 que reglamentó la Ley 344 de 1996.

Por otra parte, y teniendo en cuenta que la norma bajo estudio implica que los destinatarios estén afiliados a fondos privados de cesantías, es menester memorar que el Legislador a través de la Ley 91 de 1989 creo el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con la finalidad de crear un patrimonio autónomo en aras de conciliar los intereses de los educadores definiendo las responsabilidades en materia prestacional y los mecanismos con

los que se financiaran y administraran las mismas. En este sentido y en lo atinente a las cesantías el artículo 15, numeral 3, de la Ley 91 de 1989 fijó:

“3. Cesantías: Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

Para los docentes que se vinculen a partir del 1. de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1o. de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

En este orden de ideas y respecto a los recursos por los que se encuentra financiado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que valga decir provienen por disposición legal de la Nación, de conformidad con el artículo 5 de la Ley 91 de 1989, se estableció:

“Artículo 12º.- Recursos. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio llevará registros por entidad territorial y establecimiento público oficial. Al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ingresarán los siguientes recursos: 1. El 5% del sueldo básico mensual del personal docente afiliado.

2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.

3. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente al ocho por ciento (8%) mensual, liquidado sobre factores salariales que forman parte del rubro de pago por los servicios personales de los docentes.

- 4 El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente a una doceava anual, liquidada sobre factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.
5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidos las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.
6. Las sumas que deba recibir de las entidades territoriales o de los establecimientos públicos oficiales, según sea el caso, por concepto de la deuda resultante del estudio actuarial.
7. Los bonos pensionales, y 8. Los recursos que reciba por cualquier otro concepto”

Por otra parte, la ley 50 de 1990 de la cual valga memorar son destinatarios los servidores públicos del orden territorial que se afilien al fondo privado de cesantías en su artículo 99 previó:

“Artículo 99º.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1º. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2º. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”

3º. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo.” (Subrayas fuera de texto).

De lo anterior se desprenden las siguientes conclusiones:

1. Los docentes son destinatarios del régimen especial consagrado en la Ley 91 de 1989 como empleados públicos del orden nacional.
2. Se encuentran afiliados de forma obligatoria al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y no a una cuenta individual elegida por el docente.
3. Tanto la liquidación de las cesantías como el trámite de la consignación son distintos para uno y otro régimen, circunstancia que abre paso a la necesidad de verificar si es dable la aplicación del principio de favorabilidad como consecuencia de la inexistencia de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías en el régimen especial docente.

Principio de favorabilidad para el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 al personal docente del sector oficial afiliado al FOMAG.

El Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 21, contempla el principio de favorabilidad, así:

“En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad.”

La jurisprudencia de la Corte Constitucional lo ha entendido como:

“Este mandato constitucional establece una serie de derechos y garantías mínimas fundamentales en favor de los trabajadores, que no pueden ser desconocidos. Entre estos, se encuentra el principio de favorabilidad en la aplicación de las normas jurídicas laborales o en la interpretación de éstas, lo cual supone que el funcionario público deberá optar por dar aplicación a la situación más favorable para el trabajador cuando exista un conflicto de normas jurídicas o dudas en la interpretación de una determinada norma jurídica.”

Descendiendo al tema que nos ocupa es claro que la figura jurídica de la sanción moratoria encuentra dos fuentes normativas distintas (Ley 50 de 1990 y Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006), se origina en causas disímiles. En este sentido, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección “B” mediante sentencia radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01 de 24 de enero de 2019 con ponencia de la Consejera Ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, dejó las siguientes enseñanzas:

“Cabe anotar que la figura jurídica de la sanción moratoria, que se encuentra en dos fuentes normativas distintas (Ley 50 de 1990 y Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006), se origina en causas disímiles. Por ejemplo, una de ellas es que la sanción que contempla la Ley 50 de 1990 se origina ante la no consignación del empleador en los términos previstos por el Legislador, mientras que la sanción prevista en la Ley 244 de 1995 se da en razón a la solicitud del interesado y la consignación tardía luego de que se emite el respectivo acto administrativo que reconoce la liquidación del auxilio de cesantías, de forma parcial o total, a favor del trabajador. Además, la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, está sujeta al fenómeno de la prescripción.”

Más adelante continúa diciendo:

“...Sobre el particular, es preciso que la Sala de decisión deje sentada su posición, para señalar que el principio de favorabilidad contemplado en el artículo 53 de la Constitución Política, ha sido definido por la doctrina como la «facultad que tiene el juez de trabajo para resolver los casos de conflicto entre dos o más disposiciones legales o contractuales, mediante la aplicación de aquella que más favorezca y proteja el interés del trabajador, independientemente de su origen, naturaleza o rango jerárquico». Al respecto, esta Corporación, ha señalado que la potestad del juez para optar por la regla más favorable para resolver un caso, implica necesariamente la concurrencia de dos elementos: «(i) la duda sería y objetiva ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, ello, en función de la razonabilidad argumentativa y solidez jurídica que una u otra interpretación tengan; y (ii) la noción de interpretaciones concurrentes, pues además de generar duda, deben ser aplicables a los supuestos de hecho de las disposiciones normativas en juego y a las situaciones fácticas concretas.»

48. Tal como se expuso en la sentencia revisada por la Corte Constitucional y que fuere dejada sin efectos, en el caso del demandante no se configuraba la conflictividad de disposiciones aplicables o una dualidad de interpretaciones de una misma disposición normativa, entre las cuales, el juez debía determinar el precepto que conllevara mayor favorabilidad al empleado.

49. Lo anterior, por cuanto la finalidad del legislador y de manera conjunta con el Gobierno Nacional al crear el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, era precisamente unificar el sistema prestacional de los maestros del sector público, que con ocasión de la diversidad de regímenes que obedecían a las vinculaciones con las diferentes entidades territoriales, generó un grave desorden y desigualdad que pretendió eliminarse con la expedición de la Ley 91 de 1989....” (Subrayas fuera de texto).

... 51. De lo expuesto hasta este punto, se establece que tanto el Gobierno al presentar el proyecto de ley, como el Congreso al debatirlo, coincidieron en la finalidad de crear un patrimonio autónomo administrado por una entidad fiduciaria estatal que en términos del legislador permitiera «mantener el equilibrio del Fondo y delimitar las responsabilidades de cotización entre la Nación y los maestros», en aras de «conciliar los intereses nacionales con los de los educadores», a través de la implementación de una norma que definiera en forma clara, las responsabilidades en materia prestacional y replanteara los mecanismos financieros y administrativos que en aquella época existían para el pago de las obligaciones ya existentes, así como las futuras relacionadas con los docentes del sector oficial.”

Ahora bien, en lo que respecta a las cesantías señaló:

“53. Lo anterior, en modo alguno permitiría inferir que uno y otro régimen prestacional son similares, dado que las sociedades administradoras de fondos de cesantías, cuyas características, por facultad de la ley, se establecieron por el Gobierno a través de decreto pueden equipararse a la naturaleza de la cuenta especial de la Nación creada para el manejo de las prestaciones sociales y los servicios de salud de los afiliados al FOMAG; así como tampoco puede concluirse que la intención del legislador fuese equiparar a los docentes beneficiarios de la Ley 91 de 1989, respecto del sistema previsto en la Ley 50 de 1990 y que se extendió únicamente a trabajadores particulares y aquellos servidores públicos afiliados a fondos de carácter privada.” (Subrayas fuera de texto).

Colofón de lo expuesto es claro que se trata no solo de dos regímenes completamente disimiles tanto en la liquidación como en la forma de pago, sino que además cada una de ellas tiene destinatarios distintos, pues se itera, la ley 50 de 1990 prevé su aplicación a los servidores públicos del nivel territorial afiliados a un fondo privado de cesantías y los docentes son empleados públicos del orden nacional afiliados por disposición legal única y exclusivamente a la cuenta especial de la Nación, mientras que los trabajadores particulares tienen derecho a escoger libremente el fondo de cesantías que mayor rentabilidad pueda generar a la administración de las mismas.

Sobre este tópico se refirió la jurisprudencia objeto de desarrollo:

“57. Sobre el particular, esta Subsección precisa que en materia de cesantías en el caso de los docentes afiliados al FOMAG existe una regulación especial, en tanto que: En primer lugar, el fondo administrador de la señalada prestación social es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ...”

Aunado a lo anterior y en lo atinente a la forma de liquidación y administración y/o manejo de las cesantías en uno y otro régimen, el Órgano de Cierre hace la siguiente distinción:

“... en tratándose de la Ley 50 de 1990, el legislador previó en el artículo 99 ibídem, la liquidación definitiva a 31 de diciembre, por la anualidad o fracción, valor que deberá ser consignado por parte del empleador antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual a nombre del trabajador y en el fondo de cesantías escogido por este. En cambio, la administración de los recursos que por concepto de cesantías tiene a su cargo el FOMAG, se efectúa de manera distinta, por cuanto estos provienen del Sistema General de Participaciones para educación, los cuales se descuentan directamente de los rubros que se distribuyen anualmente para la prestación del servicio y que deben ser presupuestados por la entidad territorial sin situación de fondos.

60. De igual manera, de conformidad con el artículo 3º del Acuerdo 39 de 1998 expedido por el FOMAG, la entidad territorial deberá remitir a la Oficina Regional del Fondo del Magisterio a cargo de la secretaría de educación del departamento o del distrito capital, las liquidaciones anuales de cesantías del grupo de docentes a su cargo, reportadas en los formatos diseñados por el Ministerio de Educación Nacional y en los primeros 20 días del mes de enero de cada año; sin embargo, los valores que gira el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la Fiduprevisora S.A. por el SGP, son manejados bajo el concepto de unidad de caja, sin que se proceda a consignarle a cada docente en una cuenta individual, ya que todos los recursos que ingresan al Fondo del Magisterio son destinados a cubrir las prestaciones económicas cuando estas sean exigibles, verbi gratia, en tratándose de las cesantías, el FOMAG por intermedio de la Fiduprevisora S.A. generará el pago por ventanilla de los valores correspondientes a la liquidación parcial solicitada por el educador en los eventos autorizados por la ley, lo cual implica que sus afiliados sí pueden disponer del auxilio cuando queden cesantes o para financiar la educación y para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda cuando así lo soliciten. (Subrayas fuera de texto).

Por sí lo anterior no fuese poco, en el régimen especial docente no existe consignación anual antes del 15 de febrero, teniendo en cuenta que durante la misma vigencia presupuestal se descuenta del presupuesto de las entidades territoriales una doceava parte del situado fiscal para reservar el valor del pasivo prestacional de los docentes, incluyendo las cesantías, descartando inmediatamente la sanción mora por consignación extemporánea, de conformidad con las siguientes normas:

“La Ley 715 de 2001 por medio de la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, que establece en su artículo 18:

“Administración de los recursos. Los departamentos, los distritos y los municipios certificados administrarán los recursos del Sistema General de Participaciones en cuentas especiales e independientes de los demás ingresos de las entidades territoriales. Estos dineros no harán unidad de caja con las demás rentas y recursos de la entidad territorial. Estos recursos, del sector educativo, no podrán ser objeto de embargo, pignoración, titularización o cualquier otra clase de disposición financiera.

Parágrafo 1º. Las sumas correspondientes a los aportes patronales y del afiliado, de seguridad social y parafiscales de las entidades territoriales por concepto del personal docente de las instituciones educativas estatales, se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de

Participaciones. La Nación contará con un plazo no mayor de dos años para perfeccionar el proceso de descuentos, con la información de las entidades territoriales.

Parágrafo 2°. Los recursos que correspondan al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluidos los del Fonpet, serán descontados directamente por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y girados al Fondo.

Parágrafo 3°. El porcentaje de la cesión del Impuesto a las Ventas asignado a las cajas departamentales de previsión y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con destino al pago definitivo de las cesantías y pensiones del personal docente nacionalizado, en virtud de la Ley 43 de 1975 y otras disposiciones, hace parte de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y conserva su destinación.

Parágrafo 4°. El valor del cálculo actuarial correspondiente a los docentes que se pagaban con recursos propios de las entidades territoriales, financiados y cofinanciados, así como de los establecimientos públicos que se hubieren afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representará el saldo consolidado de la deuda de cada una de las entidades territoriales responsables. Para establecer el valor del saldo consolidado de la deuda se tendrán en cuenta los aportes y amortizaciones de deuda realizados por las entidades territoriales hasta la fecha de consolidación. El saldo consolidado de la deuda se pagará con los recursos que de conformidad con la presente ley se trasladen al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet, para el pago del pasivo prestacional del sector educación. Para estos efectos el Fonpet realizará la transferencia correspondiente. En todo caso, una vez cancelado el saldo consolidado de la deuda los recursos trasladados al Fonpet conservarán su destinación al pago de obligaciones pensionales del sector educación.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

La misma Ley 715 en su artículo 36 fijó sobre la incorporación de costos al Sistema General de Participaciones para Educación, lo siguiente:

“La incorporación de los costos al Sistema General de Participaciones a que se refiere el inciso dos del parágrafo 1° del artículo 357 de la Constitución, se realizará el 1° de enero del año 2002.

Para determinar el costo de la prestación del servicio, se tomará como base el costo de los docentes y personal administrativo y directivo de los planteles educativos a 1° de noviembre del año 2000, financiado con los recursos de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, el situado fiscal, los recursos adicionales del situado fiscal y los recursos propios de departamentos y municipios, sin que la participación para educación exceda el 58.5% del total de los recursos del Sistema General de Participaciones.” (Subrayado fuera de texto)

Así mismo, el antecedente de lo expuesto se evidencia en la Ley 91 de 1989 que en su artículo 8 indicó sobre los recursos que harían parte de las reservas del FOMAG para el pago prestaciones a su cargo incluidas las cesantías, regulo el tema así:

“Artículo 8. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los siguientes recursos:

1. El 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo.
2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.
3. El aporte de la Nación equivalente al 8% mensual liquidado sobre los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes.
- 4. El aporte de la Nación equivalente a una doceava anual, liquidada sobre los factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.**
5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.
6. El 5 por mil, de que hablan las Leyes 4a. de 1966 y 33 de 1985, a cargo de los docentes, de toda nómina que les pague la Nación por servicios personales.
7. El porcentaje del IVA que las entidades territoriales destinan para el pago de las prestaciones del Magisterio.

8. Las sumas que debe recibir de la Nación y de las entidades territoriales por concepto de las prestaciones sociales adeudadas, así como los dineros que por el mismo concepto resulten adeudar la Caja Nacional de Previsión Social y el Fondo Nacional de Ahorro, las cuales se destinarán a constituir las reservas para el pago de las prestaciones económicas. Para este último efecto, el Fondo realizará un corte de cuentas con las mencionadas entidades con el fin de determinar las sumas que éstas adeudan al momento de su iniciación. Dicho corte de cuentas deberá estar perfeccionado a más tardar en un año.

9. Las utilidades provenientes de las inversiones que haga el Fondo con fines de rentabilidad y los intereses recibidos por concepto de los préstamos que conceda.

10. Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.

Parágrafo 1. En ningún caso podrán destinarse los recursos del Fondo al pago de prestaciones sociales para personal diferente al señalado en el artículo 4. de la presente Ley, en concordancia con el artículo 2.” (Negrilla fuera de texto)

Posteriormente, el Decreto 196 de 1995 por medio del cual se reglamenta parcialmente el artículo 6 de la Ley 60 de 1993 y el artículo 176 de la Ley 115 de 1994, relacionados con la incorporación o afiliación de docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en su artículo 12 y 13 estableció:

“Artículo 12º.- Recursos. **El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio llevará registros por entidad territorial y establecimiento público oficial.** Al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ingresarán los siguientes recursos:

1. El 5% del sueldo básico mensual del personal docente afiliado.

2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.

3. El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente al ocho por ciento (8%) mensual, liquidado sobre factores salariales que forman parte del rubro de pago por los servicios personales de los docentes.

4 El aporte de la entidad territorial o establecimiento público oficial, según sea el caso, equivalente a una doceava anual, liquidada sobre factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.

5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidos las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.

6. Las sumas que deba recibir de las entidades territoriales o de los establecimientos públicos oficiales, según sea el caso, por concepto de la deuda resultante del estudio actuarial.

7. Los bonos pensionales, y

8. Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.

“Artículo 13º.- Giros periódicos. Las entidades territoriales y establecimientos públicos oficiales educativos girarán en forma mensual al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio los recursos determinados en los numerales 1 a 4 y 7 del artículo 12 de este Decreto. Los recursos definidos en el numeral 6 del artículo 12 de este Decreto lo serán igualmente, de acuerdo con el convenio interadministrativo suscrito entre la Nación y la respectiva entidad territorial o establecimiento público oficial.”

Las normas citadas deben estudiarse en concordancia con el artículo 5 del Decreto 3752 de 2003 por medio del cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dicho artículo describe el procedimiento que deben seguir las entidades territoriales para la afiliación de los docentes al FOMAG, iniciando con la elaboración del cálculo actuarial que determina el total del pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial con el FOMAG, este cálculo se elabora con cargo a los recursos del fondo y presenta de manera separada la deuda por concepto de cesantías y pensiones. El monto de esa deuda a pagar por vigencia una vez definido, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se comunica a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria. Esta deuda se cubre con el traslado de recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET- al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

En consecuencia, la actividad que se realiza previamente al 15 de febrero de cada vigencia **no es la consignación de cesantías, es la actividad operativa de “liquidación de estas”**, teniendo en cuenta que los recursos ya están inmersos en el fondo del Magisterio antes del 1 de febrero de cada vigencia siguiente.

Esta afirmación se puede evidenciar en los comunicados que emite la Fiduprevisora como vocera y administradora del FOMAG dirigida a los Secretarios de Educación y encargados de las oficinas de prestaciones sociales de las entidades territoriales, sobre la fecha de entrega del reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina de cada vigencia, puntualmente para el año 2021 se emitió el Comunicado 008 de fecha 11 de diciembre de 2020 en el que se fijó:

“Con el fin de dar cumplimiento al Acuerdo No. 39 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, mediante el cual se estableció el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo del Magisterio, con régimen de cesantías anual, nos permitimos realizar algunas precisiones:

1. Los reportes de cesantías de docentes ACTIVOS y RETIRADOS, deben ser liquidados por las Secretarías de Educación a través del programa HUMANO, por cuanto serán obtenidos en línea por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG directamente desde el mencionado programa. (...) Una vez culminado el proceso de liquidación de cesantías en el programa HUMANO, cada Secretaría de Educación debe enviar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG un informe consolidado con el número reportes de docentes Activos y Retirados liquidados a través del aplicativo (HUMANO) y el valor total de cesantías.
2. **La fecha de recibo de reportes de cesantías para todas las Secretarías de Educación a nivel nacional, es hasta el 05 DE FEBRERO DE 2021. Esta fecha es improrrogable y, por tanto, el no reporte oportuno de la información a esta entidad, conllevará la no inclusión en nómina de los docentes, siendo el Ente Territorial el responsable de las contingencias que se deriven en el pago de los intereses y por la mora en el pago de las prestaciones a favor de los docentes.**
3. **La Fiduciaria como vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FOMAG, programa los pagos de intereses a las cesantías con base en los reportes de cesantías allegados por la Secretaría de Educación, que en calidad de nominadora liquida las Cesantías y notifica al Educador (...)**(Subrayado y negrilla fuera de texto)

Así mismo, para la liquidación de las cesantías en la vigencia 2020, se emitió por parte la Fiduprevisora como vocera y administradora del FOMAG la programación de la liquidación de cesantías en diciembre de 2019, mediante el Comunicado 16 del 17 de diciembre de 2019 en el que se dieron los lineamientos operativos y la fecha para presentar el reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina del año 2020, en dicho comunicado se deja la siguiente fecha de entrega de la liquidación:

“2. La fecha de recibo de reportes de cesantías para todas las Secretarías de Educación a nivel nacional, es hasta el 05 DE FEBRERO DE 2020. Esta fecha es improrrogable y, por tanto, el no reporte oportuno de la información a esta entidad, conllevará la no inclusión en nómina de los docentes, siendo el Ente Territorial el responsable de las contingencias que se deriven en el pago de los intereses y por la mora en el pago de las prestaciones a favor de los docentes” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Ahora bien, aunado a lo anterior, no existe en el FOMAG cuenta individual por docente por ser un fondo común con unidad de caja, en ese sentido el trabajador debe probar que son sus cesantías individualmente hablando las que no se consignaron en tiempo.

En ese sentido, es imperativo aplicar el conjunto de normas presupuestales que rigen el FOMAG tratando de generar el símil de la “consignación” entendida como el traspaso y depósito de los recursos de cesantías por parte del empleador al trabajador por medio de una cuenta individual en un fondo de cesantías.

Por otro lado y en lo que concierne a los intereses a las cesantías de uno y otro régimen, el Órgano de Cierre de lo Contencioso Administrativo en la jurisprudencia reseñada en este escrito, indicó:

“En tercer lugar, existe una diferencia con el régimen ordinario frente a los intereses a las cesantías, ya que el numeral 2º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece a cargo del empleador la cancelación de «intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente». Por otro lado, los afiliados al FOMAG, reciben «un interés anual sobre el saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período», lo cual los beneficia y así lo consideró el legislador en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

... 63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el saldo total de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la totalidad del saldo, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989 .

64. Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, **situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o SANCIONES, lo cual, en este caso no se evidencia.**» (Negrillas fuera de texto.)

... 65. Puesto en conocimiento lo anterior, será del caso examinar por qué la Corte considera que «en consonancia con el principio de favorabilidad procede aplicar lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990», ello bajo su entender «que la Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG.», lo cual a la luz de una mirada inicial resultaría comprensible, sino fuera porque, en primer lugar, la Ley 50 de 1990 fue establecida para los trabajadores particulares y servidores públicos afiliados a las sociedades administradoras de fondos de cesantías de carácter privado, y en segundo orden, los docentes sí tienen derecho a la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías, pero con fundamento en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, tal como lo estableció el Consejo de Estado mediante Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018, en la que unificó su jurisprudencia 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.»

En consonancia con lo previamente expuesto, se aclara que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG programa el pago de intereses de conformidad con el reporte anual que remite cada Secretaría de Educación con la cuenta de nómina de cada educador, el FOMAG recibe la información de las 96 Secretarías de Educación para el pago y los que no presentan novedades son incluidos en nómina, sin embargo, si los reportes presentan novedades son devueltos a cada Secretaría de Educación, para su validación.

La base de liquidación de los intereses a las cesantías corresponde al saldo individual por docente de las cesantías existentes a 31 de diciembre del año a pagar, saldo compuesto por la suma de los reportes que remiten anualmente las Entidades

Territoriales de cada docente al cual se le restan los valores pagados como cesantías, a este saldo se le aplica el DTF certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia, cálculo descrito en el art 15 de la Ley 91 de 1989.

Para el pago de intereses a las cesantías la gestión a cargo de las Entidades Territoriales frente al reporte anual de cesantías es el siguiente:

- Identificar los educadores afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con régimen de anualidad.
- Liquidar anualmente las cesantías de los educadores afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con régimen de anualidad.
- Notificar a los educadores de los valores liquidados anualmente como cesantías, para conocimiento y para que puedan interponer los recursos en caso de no estar de acuerdo con el valor liquidado.
- Reportar anualmente, al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los valores de las cesantías causados por cada educador.
- Reportar las cuentas bancarias de los educadores afiliados al Fondo con régimen de anualidad, para el pago de intereses.
- Remitir aclaraciones a las inconsistencias informadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Ahora, respecto a la indemnización **por el pago tardío de los intereses a las cesantías** que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, mediante la cual se reconocen intereses anuales a las cesantías de los trabajadores particulares, cita:

“A partir del primero de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores conforme al Capítulo VII Título VIII, Parte 1ª. del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones concordantes, les reconocerá y pagará intereses del 12% anual sobre los saldos que en 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantía.

2º. Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron; o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.

3º. Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados. (...) (Subrayado fuera de texto)

De la norma transcrita se concluye lo siguiente:

- Esta norma es de aplicación exclusiva para trabajadores particulares y no para los docentes afiliados al FOMAG quienes tiene norma especial, y se les aplica para el pago de los intereses a las cesantías el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.
- Las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que hace Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG.
- Existe una imposibilidad operativa de que exista sanción mora por consignación tardía, si al 31 de diciembre de cada vigencia los recursos que garantizan la totalidad de cesantías de los docentes ya se encuentran girados al FOMAG.
- Los empleadores de los docentes afiliados al FOMAG son las entidades territoriales de conformidad con las normas citadas anteriormente, en ese sentido, el fondo no comparte dicha calidad debido a que solo es un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones de los docentes, siendo improcedente que se demande al fondo quien no ostenta la calidad de “empleador”, existiendo falta de legitimación en la causa por pasiva.
- Las entidades territoriales no hacen depósito de recursos entendida como la “consignación de cesantías”, únicamente desarrollan antes del 5 de febrero de la vigencia siguiente la actividad operativa de “liquidación del valor de las cesantías” debido a que los recursos ya se encuentran en el fondo.
- De aplicar a los docentes afiliados al FOMAG la Ley 52 de 1975, se desmejorarían sus condiciones respecto de la prestación “intereses a las cesantías”** debido a que las condiciones dadas por su régimen especial son más

favorables que las otorgadas para el régimen general, debido a que la liquidación de intereses para los docentes afiliados al FOMAG se realiza sobre el total del saldo acumulado de cesantías y con una tasa superior a la descrita en la norma general, que corresponde al DTF certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

7. Respecto a la posibilidad del trabajador de escoger el fondo de cesantías que en la norma en cita se describe como “que el mismo elija”, es un hecho de imposible aplicación porque todos los docentes oficiales por norma especial deben ser afiliados al FOMAG, por lo tanto, no hay escogencia de fondo por parte de los docentes.
8. Lo pretendido por el demandante es la transgresión del principio de inescindibilidad de la ley, esto es, la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que le beneficia, infracción prohibida en la ley y la jurisprudencia.

Ahora bien, ni la ley 91 de 1989, ni el acuerdo 39 de 1998 establecen fecha para el pago de los intereses de las cesantías.

No obstante, el acuerdo 39 de 1998 establece los tiempos en que las Secretarías De Educación deben reportar las liquidaciones de intereses de cesantías del personal docente, las cuales se pagarán así:

ARTICULO 4. *El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizará el pago de los intereses en el mes de marzo, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos del Fondo a más tardar el cinco (5) de febrero de cada año, y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria en el periodo comprendido entre el seis (6) de febrero y hasta el quince (15) de marzo de cada año. En los casos en que la entidad territorial reporte la información con posterioridad a ésta fecha, la entidad fiduciaria, programará pagos posteriores, de lo cual informará al Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

Así las cosas, es dable concluir que existe una diferenciación relevante respecto a la liquidación del sistema de ley 50 de 1990, toda vez que los intereses a las cesantías que paga el FOMAG al educador son aquellos pagos programados en cuatro nóminas anuales, proyectadas a finales de los meses de marzo, mayo, agosto y diciembre, en virtud de lo dispuesto en el literal b del numeral 3 del artículo 15 de la ley 91 de 1989, reglamentado por el Acuerdo 39 de 1998 expedido por el CONSEJO DIRECTIVO DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Esta normativa implica una carga que debe asumir cada Secretaría de Educación, pues son estas quienes deben identificar qué docentes se encuentran afiliados al FOMAG y cuales tienen régimen de anualidad, para en consecuencia proceder anualmente a liquidar las cesantías y los correspondientes intereses a las cesantías, así como notificar a los educadores sobre los valores que liquidaron para que de esta forma puedan los docentes interponer los respectivos recursos.

En ese orden de ideas, se infiere que son las Secretarías de Educación las encargadas de reportar al FOMAG las liquidaciones de cesantías e intereses a las cesantías y de realizar los respectivos ajustes reportados por esta entidad frente a las liquidaciones.

Conforme a lo previamente expuesto, es evidente que son las Secretarías de Educación quienes reportan al FOMAG anualmente los valores causados para cada educador y dependiendo de la fecha en que esta liquide, limita la fecha en la que el FOMAG pague lo referente a los intereses.

➤ **LAS SENTENCIAS MENCIONADAS POR LA PARTE ACTORA NO SON APLICABLES AL CASO EN ESPECIFICO.**

Es importante que el despacho tenga en cuenta, que las sentencias que nombra la parte actora no guardan relación con los hechos enunciados en la demanda, , por ejemplo en lo que respecta a la sentencia SU098 / 18 proferida por la Corte Constitucional, dentro de los hechos se menciona que no se había AFILIADO a la docente al FOMAG, y en todo caso esta entidad subsano en el error al liquidarle el auxilio de la cesantía, con sus respectivos intereses, situación distinta a los vicisitudes imprecadas en esta demanda, este argumento fue ratificada por la Corte Constitucional en sentencia SU537/19, del 27 de noviembre de 2019 MP Carlos Bernal Pulido, veamos:

A pesar de no haber sido parte del debate procesal en sede de tutela, esta sentencia tampoco constituye un precedente aplicable al asunto sub examine respecto del cual se pueda evidenciar prima facie una amenaza de vulneración a los derechos fundamentales de los tutelantes, por cuanto: (i) la decisión es posterior a las providencias judiciales cuestionadas en sede de tutela y, (ii) no obstante la Corte se pronunció sobre la sanción moratoria por no consignación oportuna de las

cesantías prevista por la Ley 50 de 1990, artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y los Decretos 1582 de 1998 y 1252 de 2000, la ausencia de identidad fáctica también “impide aplicar el precedente al caso concreto”¹¹⁷, como pasa a explicarse:

<i>Criterios</i>	<i>Sentencia SU-098 de 2018</i>	<i>Caso sub examine</i>
Vinculación	Docente en provisionalidad.	Docentes inscritos en el escalafón docente de carrera con nombramiento en propiedad.
Vigencia del vínculo laboral	El vínculo del docente terminó, dado que se acogió a lo dispuesto en el Decreto 1278 de 2002. Por tal razón, la Secretaría de Educación de este municipio expidió la Resolución N° 4143.3.21.5447 del 22 de octubre de 2007, por la cual reconoció el pago de las prestaciones sociales definitivas e informó que el pago se realizaría en el respectivo Fondo de Cesantías.	Actualmente, los docentes se encuentran vinculados con el Departamento del Atlántico y su vínculo laboral se ha mantenido vigente sin solución de continuidad ¹¹⁸ .
Afiliación al FOMAG	El docente nunca fue afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) ni a otro fondo, por un error interno.	Los docentes sí fueron afiliados al FOMAG.
Reclamación efectiva de pago de las cesantías	Una vez culminó su relación laboral con el Municipio de Santiago de Cali, al docente le reconocieron el pago de las prestaciones sociales, entre estas, las cesantías.	Los docentes no reclamaron el pago efectivo de las cesantías de los años 2001, 2002 y 2003. No obstante, sí solicitaron el pago de la sanción moratoria por no consignación de las cesantías por dicho periodo.
Tipo de sanción moratoria reclamada	El docente solicitó el reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías, los intereses a las cesantías ni los rendimientos.	Los docentes solicitaron el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías.

La Sala declaró improcedente las acciones de tutela interpuestas en contra de las sentencias dictadas por el Consejo de Estado, en el marco de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por los tutelantes, por dos razones. De una parte, tras advertir que la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por no consignación de las cesantías en el régimen docente, dispuesta por la Ley 50 de 1990 y Ley 344 de 1996, reglamentada por el Decreto 1582 de 1998, carecía de evidente relevancia constitucional, en la medida en que la discusión planteada: (i) versaba sobre una cuestión meramente legal, con una connotación de contenido patrimonial, (ii) que no involucraba la protección de derechos fundamentales y, (iii) pretendía reabrir la controversia legal resuelta por el órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Por otra parte, constató que las irregularidades alegadas por los accionantes no tenían un efecto decisivo o determinante en las providencias cuestionadas, que conllevara la afectación de una garantía constitucional (subrayado fuera del texto original).

Dicho lo anterior es importante, entrar a revisar lo señalado en la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Rad. 08001-23-33-000-2014-00079-01, MP. Sandra Lisset Ibarra Vélez, contra la cual se interpuso la tutela señalada en línea anterior y que en resumen indicó:

Por todo lo anterior, a los educadores del sector público no les son aplicables los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990, que contemplaron el plazo para la liquidación del valor liquidado anualmente con anterioridad al 15 de febrero y la sanción moratoria para el empleador que incumpla esta obligación, pues dichas normas fueron extendidas por disposición del artículo 1 del Decreto 1582 de 1998, únicamente a «**los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías**», que como se expuso, no se equiparan a los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1990, pues su nombramiento efectuado por el representante de la entidad territorial no le otorga la calidad de ser un maestro de dicho nivel, y sus prestaciones sociales como las cesantías, son administradas por el FOMAG, cuya naturaleza jurídica es diferente a la de aquellos fondos privados creados por la Ley 50 de 1990.

Lo anterior, difiere sustancialmente del manejo de la prestación social administrada a través de los fondos privados creados a través de la Ley 50 de 1990, en cuyo artículo 99 si bien establece la obligación a 31 de diciembre de efectuar la liquidación por la anualidad o la fracción correspondiente, solo sobre esa fracción se causan a favor del trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales, y no sobre el acumulado total que por concepto de la prestación social le pertenezca al empleado, lo cual le permite a la Subsección concluir que uno y otro régimen no pueden ser equiparables en razón a sus características y beneficios disímiles para sus afiliado que se origina inclusive de la naturaleza jurídica y finalidad del legislador al crear el FOMAG como una cuenta especial para atender las prestaciones sociales de todos los docentes que prestan sus servicios al Estado, frente los fondos establecidos como instituciones financieras, cuyo objeto es administrar y manejar los recursos conformados por las cesantías de sus afiliados con una amplia gama de portafolios de inversión que se ajusta a los perfiles de riesgo de cada uno de ellos.

Así las cosas, la Sala concluye que no le es dable a la demandante recibir los beneficios de un sistema, para que con posterioridad a la obtención de aquellos pretenda la aplicación de otro régimen, so pretexto del carácter de su vinculación, máxime cuando tal como se expuso en el acápite precedente, pese a acreditarse que el decreto de nombramiento fue expedido por el alcalde (E) del municipio de Sabanalarga, ello no le otorga el carácter de territorial, y en tal virtud, no le es aplicable la Ley 50 de 1990, que por disposición del artículo 1° del Decreto 1582 de 1998 se extendió únicamente a los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, lo cual dista sustancialmente de las normas que rigen las prestaciones sociales de la actora, pues en razón a su vinculación con posterioridad al 1° de enero de 1990, se rige por las normas vigentes para los empleados del orden nacional.

Existen otras sentencias del H. Consejo de Estado que indican que a los docentes no le es aplicable la Ley 50 de 1990, por ejemplo:

- **Sentencia de 9 de julio de 2009, consejera Ponente, Bertha Lucía Ramírez de Páez. Expediente 0672-07.** No se accedió al reconocimiento de la mora en el pago de las cesantías en razón a que en el ordenamiento jurídico aplicable a los docentes no existe normativa que así lo establezca.

- **Sentencia de 19 de enero de 2015** consejero Ponente, Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Expediente 4400-13. En virtud de los principios de especialidad normativa e inescindibilidad de la ley, indicó que no resulta jurídicamente viable aplicar la sanción por mora prevista en las leyes referidas para aquellos eventos de retardo en el pago de cesantías parciales o definitivas de los docentes, cuando los términos de uno y otro régimen (el general de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 y el especial consagrado en las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005, así como en el Decreto 2831 de 2005) son diversos.

- **Sentencia del 19 de octubre de 2017 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda, subsección “A”.** Consejero ponente, William Hernández Gómez de la Sección Segunda del Consejo de Estado que también sostuvo que el personal docente incorporado o vinculado a las plantas de personal del servicio educativo departamental o municipal se les aplica el régimen prestacional y salarial de los empleados públicos del orden nacional y no se les extiende el régimen de la sanción moratoria del auxilio de cesantías contemplado en la Ley 50 de 1990.

- **Sentencia del 12 de abril de 2018 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda, subsección “B”.** Consejera ponente, Sandra Lisset Ibarra Vélez, en la cual la Sección Segunda reafirmó que la figura de la sanción moratoria derivada del auxilio de cesantías solamente se predica de los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 y que se afiliaran a los fondos privados administradores de cesantías.

En la Sentencia del 14 de junio de 2018 (08001-23-33-000-2013-00831-01(3583-15)[97], la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado negó el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por no consignación de cesantías, debido a que el demandante en su calidad de docente vinculado al sector oficial a partir de 1999, no era beneficiario del sistema anualizado que regula a los servidores públicos del nivel territorial, pues en materia prestacional el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 estableció respecto de los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1990, la aplicación de las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional.

El fallo estableció que el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 no procede en favor del demandante, pues dicha penalidad solo fue extendida a los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 y afiliados a fondos privados de cesantías por disposición expresa del artículo 1º del Decreto 1582 de 1998, requisitos que no cumplía el docente, **por no reunir la condición de ser empleado público del orden territorial y tampoco estar afiliado a un fondo privado administrador de cesantías de aquellos creados por la Ley 50 de 1990, toda vez que precisamente la finalidad del Legislador fue la creación del FOMAG para atender las prestaciones sociales de los maestros del sector oficial, cuyos recursos provienen por disposición legal de la Nación.**

En tal sentido, consideró que las nuevas vinculaciones de los docentes con el Estado a partir del 1º de enero de 1990, conllevan a que por disposición legal sean beneficiarios del régimen prestacional vigente para los empleados públicos del orden nacional, aun cuando el nombramiento sea efectuado por la máxima autoridad administrativa de la correspondiente entidad territorial, como consecuencia del proceso de descentralización de la educación.

Y teniendo en cuenta lo anterior se tiene, que en sentencia de unificación posterior, esto es, la sentencia SU-573 de 2019, la Corte Constitucional declara que, en el debate que se pueda suscitar en punto de la consignación extemporánea de cesantías y sus intereses para el caso de los docentes del FOMAG, se configura la denominada “Ausencia de relevancia constitucional”. Advierte el alto tribunal que esta tipología de controversias no trasciende del ámbito meramente legal, precisando lo siguiente:

“En consecuencia, cualquier pago adicional que no corresponda a la finalidad misma de las cesantías, sino a una penalidad para el empleador que no las consigna al fondo o las paga al trabajador en los términos solicitados, es un reconocimiento de fuente legal con carácter netamente patrimonial, que no amerita la intervención del juez de tutela. Además, según se deriva de los antecedentes de los casos acumulados, no es prima facie admisible considerar que la falta de reconocimiento de aquella pretensión económica pueda comprometer su mínimo vital, en la medida en que los tres accionantes mantienen vigente su vínculo laboral con el Departamento del Atlántico –como se refiere, igualmente, en el apartado que sigue–.”

La providencia que se cita, además, ahonda en otros aspectos fundamentales que brindan los elementos para desatar la controversia que se plantea en el presente medio de control, tal es el caso de la preservación del principio de inescindibilidad de la norma, respecto al cual, tomando los argumentos del Consejo de Estado, se señala lo siguiente.

“Por otra parte, es preciso destacar que la presunta inaplicación del principio de favorabilidad laboral –artículo 53 de la Constitución–, argumento empleado para sustentar el defecto por desconocimiento del precedente, es una cuestión que ya fue debatida en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho promovidos por los tutelantes, habida cuenta de que estos alegaron como concepto de violación: el desconocimiento de los artículos 13 y 53 de la Constitución¹. En relación con dicho planteamiento, el Consejo de Estado indicó que, por tratarse de un régimen de liquidación diferente, no era dable a los docentes “recibir los beneficios de un sistema para que con posterioridad a la obtención de aquellos pretenda la

¹ Fl. 519 del expediente del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Ángel María Mendoza Muñoz.

aplicación de otro régimen, so pretexto del carácter de su vinculación”², pues “favorecerse de las ventajas de uno y otro [...] desconocería el principio de inescindibilidad de la ley laboral”.

Con base en lo anterior, aunado que no se trata de la discusión de un derecho fundamental que por ende debe ventilarse ante la jurisdicción contenciosa, encontramos que, adicionalmente, es contrario a derecho que los docentes reciban beneficios de un sistema y, a la vez, se pretenda acceder a los favorecimientos de otro sistema.

Con base a los elementos ampliamente analizados, principalmente lo relativo a la imposibilidad física y jurídica de efectuar consignaciones de cesantías en cuentas individuales de los docentes del FOMAG, procedemos a abordar los problemas jurídicos planteados en la demanda, con la intención de que, muy respetuosamente, el operador judicial de esta causa los considere dentro de su decisión.

➤ PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD DE LA NORMA

Cabe resaltar el salvamento de voto del Magistrado Carlos Bernal Pulido señalado en la misma sentencia SU098/18 que indicó:

3. La extensión de la sanción moratoria por la no consignación de cesantías a los docentes del sector oficial con fundamento en la aplicación del principio de favorabilidad laboral desconoce que “debe respetarse el principio de la inescindibilidad o conglomerado, es decir, la norma escogida no solamente se utiliza íntegramente, sino como un todo, como un cuerpo o conjunto normativo”. Este es un presupuesto necesario para que proceda la protección de los derechos de los trabajadores en virtud del principio de favorabilidad, dispuesto en el artículo 53 constitucional, tal como lo ha considerado la jurisprudencia constitucional.

Es por lo anterior que, mediante el empleo del principio de favorabilidad para proteger la situación del accionante, la Sala está creando una lex tertia al desconocer que el régimen especial de cesantías de docentes es una norma del empleo público –derecho laboral administrativo–, mientras que la Ley 50 de 1990 fue creada para regular las cesantías de trabajadores del sector particular –derecho laboral individual.

Frente a lo anterior, no es posible acceder a las pretensiones de la demanda puesto que vulneraría dicho principio, y no se puede aplicar apartados de la norma que benefician a un conglomerado, la norma o se aplica íntegramente o no se aplica, pero no se puede dar discrecionalmente.

Al darle aplicación a Ley 50 /90 sobre los docentes, se estaría perdiendo el objetivo por el cual se creó el FOMAG, pues si se va a dar aplicación a la norma general, la norma especial pierde su rumbo, no sería lógico que los docentes siguieran perteneciendo a un régimen exceptuado que goza de distintos beneficios comparados con la normativa general.

IV. CASO CONCRETO

Descendiendo al caso concreto podemos observar lo siguiente:

El demandante se encuentra afiliado al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por tanto el régimen legal aplicable no es otro que el dispuesto en la Ley 91 de 1989, por consiguiente, resulta claro que **NO LE SON APLICABLES** las disposiciones contenidas en la ley 50 de 1990, pues como se esbozó en precedencia, este es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

De otro lado, resulta imperioso resaltar que según se desprende del certificado de extracto de intereses a las cesantías, la anualidad 2020 fue pagada al docente dentro de los tiempos señalados en el artículo 4 del Acuerdo 39 de 1998 expedido por el CONSEJO DIRECTIVO DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

² Fls. 581 a 591 del expediente del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por María del Socorro Sinning de la Rosa y fls. 590 a 601 del expediente del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Ángel María Mendoza Muñoz.

Conforme a lo previamente expuesto, es claro que NO le asiste derecho al demandante al pago de la Indemnización moratoria por consignación extemporánea de las cesantías, así como TAMPOCO al pago de Indemnización Moratoria por consignación extemporánea de intereses a las cesantías, ya que es claro que las disposiciones de la ley 50 de 1990 no son aplicables a los docentes afiliados al FOMAG, y en cualquier caso al efectuar el estudio conforme a lo contemplado en la ley 91 de 1989, se deduce que el pago se efectuó conforme a lo señalado en la ley.

V. EXCEPCIONES

Acorde con la argumentación que muy respetuosamente se presentó al señor(a) juez(a) en precedencia, se procede, en los términos establecidos la Ley 1437 de 2011, artículo 175, numeral 3, y el parágrafo 2 ibídem, modificado por el artículo 38 de la Ley 2080 de 2021, el cual señala que las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 y 102 del Código General del Proceso, se procede a formular las siguientes excepciones previas.

1) Ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales:

Examinada la demanda presentada ante su despacho, se observa que desde la referencia se anuncia que el medio de control incoado es el de nulidad y restablecimiento del derecho de un acto ficto o presunto proferido por la administración. Es así como la demanda trae como referencia lo siguiente:

“REFERENCIA: Demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho – de Carácter Laboral – INDEMNIZACIÓN LEY 50/1990. Acto ficto” (subrayado fuera del texto original).”

Por su parte, las pretensiones especifican, sin asomo de duda, el objeto de la acción judicial, lo cual textualmente se plasmó en los siguientes términos:

“1. Declarar la nulidad del acto administrativo ficto configurado el día 13 DE DICIEMBRE DE 2021, frente a la petición presentada ante la Secretaría de Educación de Bogotá, el día 13 DE SEPTIEMBRE DE 2021”

Es claro entonces que el demandante persigue que el juez(a) de la presente causa declare la nulidad del acto administrativo ficto o presunto configurado por la presunta no contestación de una solicitud de reconocimiento indemnizatorio presentada el día 13 de septiembre de 2021 ante el ente territorial.

Ahora bien, de acuerdo con las gestiones adelantadas por este ministerio para estructurar la presente contestación, se tiene que el ente territorial acusado y la Fiduprevisora S.A., en su calidad de vocera y administradora del FOMAG, dieron contestación a las comunicaciones remitidas por parte del apoderado de la entidad demandante, y la misma se encuentra en el libelo demandatorio.

Lo anterior, da cuenta de la inexistencia del acto administrativo ficto o presunto demandado en el presente proceso, si se tiene en cuenta que por voluntad expresa del artículo 83 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), el silencio administrativo se configura cuando *“Transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que es negativa”*.

Por su parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado, en pronunciamientos como la sentencia de fecha 15 de septiembre de 2011, proferida en el marco del radicado No. 50001-23-31-000-2005-40528-01 (0097-10), con extrema precisión aclara las consecuencias para aquellas acciones judiciales en las que se desvirtúa la ausencia de respuesta por parte de la administración, la cual no es otra que la declaratoria de ineptitud de la demanda, como a continuación se transcribe.

“En primer lugar, se advierte que el acto ficto demandado es inexistente, toda vez, que dicho fenómeno procedimental se configura al tenor de lo dispuesto en el artículo 40 del C.C.A., cuando transcurridos tres meses luego de elevada una solicitud en interés particular, la Administración no ha notificado decisión alguna al respecto. En el caso objeto de análisis, la Entidad demandada mediante Oficio del día 2 de agosto de 2005 dio respuesta negativa a la solicitud elevada el día 1° del mismo

mes y año, hecho que a todas luces demuestra que no se configuró tal ficción jurídica, ni mucho menos predica la existencia de un acto de insubsistencia o de desvinculación implícito o tácito.

Por consiguiente, se configura una ineptitud sustancial de la demanda.” (negrillas fuera del texto original).

En el presente asunto, se configuran entonces todos los elementos para predicar que nos vemos frente a la ineptitud sustancial de la demanda. No obstante, advierte este ministerio que, en caso de que el juez(a) lo considere pertinente, se ordene la práctica de pruebas respectivas, lo cual se solicitará en el respectivo acápite de pruebas.

➤ FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA.

La calidad de “empleador de los docentes”, que la ostenta la entidad territorial que tiene la obligación de realizar la actividad operativa de liquidación de las cesantías no de consignación, esta actividad operativa debe examinarse a la luz de las normas sobre la administración del personal docente que inicia desde la Ley 29 de 1989 que realiza la desconcentración administrativa territorial, entregando a las entidades territoriales las funciones de administración del personal docente, dentro de las que se encontrarían su nombramiento, remoción, traslado, y control, posteriormente en el mismo sentido se emite la Ley 60 de 1993 derogada y reemplazada por la Ley 715 de 2001, el Decreto 1075 de 2015 modificado por el Decreto 1272 de 2018 y el Decreto 3752 de 2003 que fijan el papel de nominador y administrador de los docentes en todas las entidades territoriales siendo estas las que ostentan la calidad de empleador.

Aunado a lo anterior y como último antecedente normativo que le otorga a las entidades territoriales la obligación operativa de liquidar las cesantías se encuentra el art. 57 de la Ley 1955 de 2019 que indica: “Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. (...)” Cabe destacar que la calidad de empleador no se comparte de ninguna forma con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG, que como se citó en párrafos precedentes es una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos son manejados por una entidad fiduciaria, y está a cargo del pago de las prestaciones sociales de los docentes oficiales.

➤ INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO.

Lo que persigue el demandante como reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990 artículo 99, es completamente improcedente debido no solo a que no es posible la generación de esta mora, debido al descuento mensual de los recursos de las entidades territoriales con destino al FOMAG y que corresponden al valor de las prestaciones de los docentes incluidas las cesantías sin que exista “consignación” por parte del empleador “entidad territorial”, por el contrario la obligación de los empleadores en este sentido es realizar la actividad operativa de “liquidación del valor de las cesantías” que ya se encuentran en las reservas del FOMAG.

Así las cosas, el demandante, se encuentra afiliado al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por tanto el régimen legal aplicable no es otro que el dispuesto en la Ley 91 de 1989, por consiguiente, resulta claro que **NO LE SON APLICABLES** las disposiciones contenidas en la ley 50 de 1990, pues como se esbozó en precedencia, este es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Por lo anterior, salta a la vista una única conclusión, la cual se encuentra acorde el criterio hermenéutico consignado en la sentencia SU-098 de 2018, y es que en el presente asunto no se configura la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, como tampoco se podrá configurar esta sanción para los docentes que se encuentren bajo los mismos supuestos de hecho aquí expresados.

Lo que se solicita en la presente demanda es un hecho de imposible cumplimiento, ya que como reiteradamente se señala en el texto del líbelo, se pretende que las cesantías de los docentes sean consignadas en una cuenta individual del docente en el FOMAG, siendo que la misma legislación previó un sistema distinto para este esquema en donde es inadmisibles la administración a través de cuentas individuales. Para que esto sea posible se requeriría que el legislador desmonte el

compendio de normas bajo la cual se erige la estructura del FOMAG y en su lugar disponga otro modelo que derogue el que actualmente se encuentra vigente. Así mismo, yerra el demandante cuando señala que esta obligación inicia con la entrada en vigencia de la Ley 1955 de 2019, artículo 57, siendo que esta norma jamás hace referencia a la constitución de cuentas individuales; por el contrario, ratifica el principio de unidad de caja para el pago de las prestaciones económicas de los docentes y la prestación de los servicios médico-asistenciales.

Esto conlleva a que inequívocamente nos veamos frente a la “inexistencia de la obligación”, la cual respetuosamente solicitamos sea declarado como probado bajo la suficiencia argumentativa, con soporte legal y jurisprudencial, que aquí se ha consignado.

➤ PRESCRIPCIÓN

Sobre este particular es menester traer a colación la línea sobre la materia impuesta por la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-022-2020 del 6 de agosto de 2020 que fijó las siguientes reglas jurisprudenciales:

i) El momento a partir del cual se contabiliza el término de la prescripción de la sanción moratoria de las cesantías anualizadas prevista en la Ley 50 de 1990, es desde su causación y exigibilidad, es decir, el 15 de febrero de la anualidad siguiente, por ende, la reclamación administrativa deberá presentarse dentro de los tres años siguientes, so pena de configurarse la prescripción extintiva.

ii) En el evento en que se acumulen anualidades sucesivas de mora en la consignación de cesantías anualizadas, el término prescriptivo de la sanción prevista en la Ley 50 de 1990 deberá contabilizarse de manera independiente por cada año, de tal modo que el empleado dispone de 3 años contados a partir del 15 de febrero del año siguiente a su causación para reclamar la sanción moratoria por la anualidad correspondiente, so pena de su extinción. Indica que para la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 por la no consignación de cesantías anualizadas, estas se hacen exigibles a partir del día siguiente a aquel en que vence el plazo consagrado en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por ende, desde el 15 de febrero de la anualidad siguiente, el empleado dispone de tres años para reclamar ante la administración el reconocimiento de la penalidad, so pena de verse afectado por el medio extintivo de la prescripción.

➤ CADUCIDAD

De acuerdo a esta excepción, de acuerdo al artículo 136 No. 2³, se debe contabilizar el término de cuatro (4) meses para interponer acción de nulidad y restablecimiento del derecho pretendido en la presente, a partir del acto expreso que negó el reconocimiento de la sanción, por lo que se solicita respetuosamente realizar el estudio correspondiente a efectos de que posiblemente se haya configurado la presente excepción.

➤ PROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS EN CONTRA DEL DEMANDANTE

Respecto de las pretensiones del demandante, se resalta que el Ministerio de Educación Nacional ha atendido más de 45.000 solicitudes de conciliación extrajudicial en donde, bajo los mismos supuestos de hecho y de derecho, se pretende la indemnización que nos trae a esta demanda y de la que ampliamente se ha expuesto su improcedencia. Por tanto, con fundamento en lo establecido en el artículo 188, adicionado por el artículo 47, inciso 2, de la Ley 2080 de 2021, el cual señala “En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas **cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal**” (negritas fuera del texto original), se solicita respetuosamente que se condene en costas a la parte demandante y a favor de los demandados.

³ “**ARTÍCULO 136. Modificado por el art. 23, Decreto Nacional 2304 de 1989, Modificado por el art. 44, Ley 446 de 1998** Caducidad de las acciones. 2. La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso. Sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe.”

➤ **EXCEPCIÓN GENÉRICA.**

En virtud del alcance del principio de búsqueda de la verdad formal en materia de excepciones, frente a los poderes oficiosos del juez es necesario afirmar que lo fundamental no es la relación del hecho que configuran una determinada excepción, sino la prueba de estos, por ende, si el juez encuentra probados los hechos que lo constituyen deberá reconocerla oficiosamente.

Por lo anterior, solicito al señor juez ordenar de oficio la práctica de las pruebas pertinentes, así como declarar oficiosamente, las excepciones que aparezcan probadas de conformidad con el ordenamiento procesal.

V. CONDENA EN COSTAS

Respecto de las pretensiones del demandante, se resalta que el Ministerio de Educación Nacional ha atendido más de 45.000 solicitudes de conciliación extrajudicial en donde, bajo los mismos supuestos de hecho y de derecho, se pretende la indemnización que nos trae a esta demanda y de la que ampliamente se ha expuesto su improcedencia. Por tanto, con fundamento en lo establecido en el artículo 188, adicionado por el artículo 47, inciso 2, de la Ley 2080 de 2021, el cual señala “En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal” (negritas fuera del texto original), se solicita respetuosamente que se condene en costas a la parte demandante y a favor de los demandados.

VI. PRUEBAS

Solicitamos se tengan como pruebas las aportadas en debido tiempo al plenario, las siguientes:

- Comunicado 008 del 11 de diciembre de 2020 emitido por la Fiduprevisora dirigido a las entidades territoriales, para la entrega del reporte de liquidación de las cesantías para pago de intereses en la primera nomina año 2021.
- Comunicado 16 del 17 de diciembre de 2019 dirigido a las entidades territoriales, sobre las fechas de entrega del reporte de liquidación de las cesantías para pago de intereses primera nomina año 2020.
- Acuerdo 39 de 1998 emitido por el Consejo Directivo FOMAG para reporte de las Secretarías De Educación De Los Intereses Moratorios.

Muy respetuosamente se solicita al señor juez se sirva decretar las siguientes pruebas documentales:

- Requerir al ente territorial a efectos de que aporte las pruebas documentales que permitan evidenciar el trámite realizado respecto de la solicitud radicada por la demandante.
- Requerir oficio el por el cual se indica que el ente territorial remitió, con destino a Fiduprevisora S.A., un grupo de solicitudes de personal docente relacionadas la sanción moratoria e intereses a las cesantías, entre otros, el caso del demandante.
- Requerir Oficio, mediante el cual Fiduprevisora S.A. dio respuesta a la solicitud de indemnización moratoria por la no consignación en término de las cesantías correspondientes al año 2020 e indemnización con consignación inoportuna de los intereses a las cesantías por el mismo periodo.
- Que el demandante pruebe que son sus cesantías anualizadas las que no hicieron parte de los recursos trasladados por las diferentes fuentes al FOMAG para las cesantías del año 2020

VIII. PETICIONES

PRIMERO: Oficiar a la Fiduciaria la Previsora S.A., para que allegué el Certificado de disponibilidad presupuestal del rubro dispuesto para el pago de las cesantías, el cual demuestra que el dinero de las cesantías de los docentes para la vigencia 2020 ya se encontraba disponible en el FOMAG.

VIII. PRUEBAS OFICIOSAS

Solicito respetuosamente su señoría que haciendo uso de las facultades oficiosas, se sirva oficiar a la Secretaría de Educación, a fin de que llegue al plenario Copia Íntegra del expediente administrativo contentivo de todas las actuaciones realizadas por el demandante, en especial, lo relacionado con la fecha en que remitió la información al MEN- FOMAG para el pago de sus cesantías e intereses a las cesantías.

IX. ANEXOS

- Poder conferido a mi favor, junto con la representación Legal.

III. NOTIFICACIONES

- EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL las recibirá por intermedio de la Señora Ministra de Educación, en la Calle 43 # 57-14, Centro Administrativo Nacional (CAN), Bogotá D.C., y/o en el correo o dirección electrónica, exclusivamente para notificaciones judiciales: notificacionesjudiciales@minieducacion.gov.co.
- EL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y LA FIDUPREVIORA en la secretaria de su despacho o en la Calle 72 N° 10 – 03 piso 4, y/o en los correo electrónicos procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co, notjudicial@fiduprevisora.com.co.
- Y La suscrita apoderada, las recibirá en la secretaria de su despacho o en la Calle 72 N° 10 – 03 piso 4, y/o en el correo electrónico t_jkramirez@fiduprevisora.com.co.

Del señor Juez.



JENNY KATHERINE RAMÍREZ RUBIO

C.C 1.030.570.557 de Bogotá

T.P 310.344 del C.S.J.

Unidad Especial de Defensa Judicial FOMAG - Vicepresidencia Jurídica

Calle 72 No. 10-03

Bogotá, Colombia

"Defensoría del Consumidor Financiero: Dr. JOSÉ FEDERICO USTÁRIZ GÓNZALEZ, Carrera 11 A No 96-51 - Oficina 203, Edificio Oficity en la ciudad de Bogotá D.C. PBX 6108161 / 6108164, Fax: Ext. 500. E-mail: defensoriafiduprevisora@ustarizabogados.com de 8:00 am - 6:00 pm, lunes a viernes en jornada continua".

Las funciones del Defensor del Consumidor son: Dar trámite a las quejas contra las entidades vigiladas en forma objetiva y gratuita. Ser vocero de los consumidores financieros ante la institución. Usted puede formular sus quejas contra la entidad con destino al Defensor del Consumidor en cualquiera agencia, sucursal, oficina de corresponsalia u oficina de atención al público de la entidad, asimismo tiene la posibilidad de dirigirse al Defensor con el ánimo de que éste formule recomendaciones y propuestas en aquellos aspectos que puedan favorecer las buenas relaciones entre la Fiduciaria y sus Consumidores. Para la presentación de quejas ante el Defensor del Consumidor no se exige ninguna formalidad, se sugiere que la misma contenga como mínimo los siguientes datos del reclamante: 1. Nombres y apellidos completos 2. Identificación 3. Domicilio (dirección y ciudad) 4. Descripción de los hechos y/o derechos que considere que le han sido vulnerados. De igual forma puede hacer uso del App "Defensoría del Consumidor Financiero" disponible para su descarga desde cualquier smartphone, por Play Store o por App Store.

Bogotá D.C Calle 72 No. 10-03 | PBX (+57 1) 594 5111

Barranquilla (+57 5) 356 2733 | Bucaramanga (+57 7) 696 0546

Cali (+57 2) 348 2409 | Cartagena (+57 5) 660 1798 | Ibagué (+57 8) 259 6345

Manizales (+57 6) 885 8015 | Medellín (+57 4) 581 9988 | Montería (+57 4) 789 0739

Pereira (+57 6) 345 5466 | Popayán (+57 2) 832 0909

Riohacha (+57 5) 729 2466 | Villavicencio (+57 8) 664 5448

Fiduprevisora S.A. NIT 860.525.148-5
Solicitudes: 018000 919015
servicioalcliente@fiduprevisora.com.co
www.fiduprevisora.com.co



DEAJALO23-1174

Bogotá D. C., 14 de febrero de 2023

Doctor

Juez/Conjuez

Juzgado 017 Administrativo del Circuito de Bogotá D.C.

Sección Segunda

correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

carocardenask@yahoo.com;

ropinova@hotmail.com; verticalsolucionesj@gmail.com

E.S.D.

Referencia: Expediente: **110013335017202200224-00**

Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: **FABIO GERMAN PAZ FRANCO**

Demandado: NACIÓN – RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL

Jhon F. Cortés Salazar, identificado civil y profesionalmente como aparece al pie de mi firma, en mi condición de apoderado de la NACIÓN - RAMA JUDICIAL en el proceso de la referencia, de conformidad con el poder conferido por el director Administrativo de la División de Procesos de la Unidad de Asistencia Legal de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, conforme la Resolución 0045 del 16 de enero de 2023, en función de la representación judicial y extrajudicial que le fue delegada por el Director Ejecutivo de Administración Judicial mediante Resolución 5393 del 16 de agosto de 2017, de manera respetuosa me permito presentar, dentro del término legal establecido, **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**, bajo los argumentos que se pasan a exponer:

I. A LAS PRETENSIONES

Me opongo a todas las declaraciones y condenas solicitadas en el libelo de la demanda, y solicito se absuelva de las mismas a la Entidad que represento, declarando probadas las excepciones que se proponen en el acápite correspondiente.

II. A LOS HECHOS

En relación con los hechos, la entidad demandada únicamente acepta los relativos a los cargos desempeñados por la parte actora en la Rama Judicial, así como los extremos temporales que se encuentren debidamente soportados documentalmente.

Así mismo, se aceptan los relacionados con la presentación de la petición en sede administrativa y la expedición del acto que hoy emerge como acusado.

Frente a los demás hechos presentados en la demanda, es pertinente advertir al Despacho que se tratan de enunciaciones normativas, jurisprudenciales y apreciaciones subjetivas de la parte actora.

III. RAZONES DE LA DEFENSA

1. RESUMEN DEL CASO

En la demanda el apoderado de la parte actora solicita se ordene a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial al reconocimiento reliquidación y pago de manera retroactiva, indexada y con los respectivos intereses moratorios y sanciones por la mora en el pago, desde el 23 de octubre de 2016 hasta que se haga el reajuste y en adelante, en virtud de la de la Bonificación por recreación, como también el carácter eminente salarial del mencionado emolumento.

2. FUNDAMENTO LEGAL

2.1. Del régimen de los acogidos y no acogidos – Decreto 51 y 57 de 1993

Posteriormente, en desarrollo de la Ley 4ª de 1992, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 51 de 1993 *“Por el cual se dictan unas disposiciones en materia salarial y prestacional de la rama judicial, del Ministerio Público, de la justicia penal militar y se dictan otras disposiciones”*; y el Decreto 57 de 7 de enero de 1993, *“Por el cual se dictan normas sobre el régimen salarial y prestacional para los servidores públicos de la rama judicial y de la justicia penal militar y se dictan otras disposiciones”*.

A través del primer estatuto, esto es, el **Decreto 51 de 1993**, mantuvo vigente el **régimen ordinario**, conocido como aquel régimen salarial y prestacional de la Rama Judicial que cobijó a todos los servidores hasta el año 1992, según el cual, la asignación mensual para los empleos de la Rama Judicial, se establece conforme a los grados del cargo que se ostente y según lo indicado en la escala de remuneración que se fije anualmente, ello en concordancia con el Decreto 903 de 1992.

Por su parte, el **Decreto 57 de 1993**, previó a partir del 1º de enero de 1993, la existencia de un nuevo **régimen salarial y prestacional especial** para los servidores de la Rama Judicial, de aplicación obligatoria para quienes se vinculen con posterioridad a la entrada en vigencia de dicho precepto; pero optativa para quienes ya venían vinculados a la entidad, en respeto de los derechos adquiridos. En efecto, el artículo 1º del mentado estatuto dispone:

*“...ARTICULO 1o. El régimen salarial y prestacional establecido en el presente Decreto **será de obligatorio cumplimiento para quienes se vinculen al servicio con posterioridad a la vigencia del mismo** y no se tendrá en cuenta para la determinación de la remuneración de otros funcionarios de cualquiera de las ramas del Poder Público, organismos o instituciones del Sector Público.*

*ARTICULO 2o. Los servidores públicos vinculados a la Rama Judicial y a la Justicia Penal Militar podrán **optar por una sola vez, antes del 28 de febrero de 1993, por el régimen salarial y prestacional establecido en el presente Decreto. Los servidores públicos que no opten por el régimen aquí establecido continuarán rigiéndose por lo dispuesto en las normas legales vigentes a la fecha.***
(...)

*ARTICULO 12. Los servidores públicos vinculados a la Rama Judicial y a la Justicia Penal Militar que tomen la opción establecida en este Decreto o **se vinculen por primera vez**, no tendrán derecho a las primas de antigüedad, ascensional, de capacitación y cualquier otra sobre remuneración. Las primas de servicios, vacaciones, navidad y las demás prestaciones sociales diferentes a las primas aquí mencionadas y a las cesantías se registrarán por las disposiciones legales vigentes.*

Las cesantías se registrarán por las normas establecidas en el Decreto extraordinario 3118 de 1968 y las normas que lo modifiquen, adicionen o reglamenten, con excepción del pago, el cual se registrará por lo dispuesto en el artículo 7o de la Ley 33 de 1985.

A los servidores públicos que tomen esta opción se les liquidarán las cesantías causadas con base en la nueva remuneración, si tuvieran derecho a ellas y en adelante su liquidación y pago se hará en los mismos términos establecidos en el Decreto extraordinario 3118 de 1968 y en la Ley 33 de 1985 (...)."
(Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Así las cosas, por disposición del Gobierno Nacional, a partir del 1º de enero de 1993, coexisten dos regímenes salariales y prestacionales en la Rama Judicial, el primero: correspondiente al ORDINARIO o al de los NO ACOGIDOS, aplicable a los servidores judiciales que venían vinculados con anterioridad a la fecha en mención y que optaron por continuar siendo beneficiarios de las disposiciones anteriores (conservaron el régimen anterior); y, el segundo: un régimen ESPECIAL o de los ACOGIDOS, que corresponde al de los empleados y funcionarios que estando vinculados a la entidad antes de la entrada en rigor del Decreto 57 de 1993, decidieron quedar bajo el amparo de las nuevas disposiciones salariales o que se vincularon a la Rama Judicial con posterioridad al 1º de enero de 1993.

De manera que **desde el año 1993 coexisten** en la Entidad dos ordenamientos en materia de salarios y prestaciones sociales de sus servidores, claramente definidos en los decretos que desde esa época ha expedido anualmente el Ejecutivo, para fijar la política correspondiente, en disposiciones legales independientes y con destinación específica para cada régimen en particular

Igualmente, vale la pena destacar que, según las referidas disposiciones, así como de las normas consagradas en los decretos que se citan a continuación, **la remuneración** de los servidores judiciales de uno y otro régimen se conforma por diversos emolumentos salariales, no salariales y prestacionales, como se observa en el siguiente cuadro, en el que se reseña, groso modo, el marco legal aplicable a los servidores judiciales, según el régimen al que pertenezcan:

	REGIMEN ORDINARIO (NO ACOGIDOS – DEC. 51/1993)	REGIMEN ESPECIAL (ACOGIDOS – DEC. 57/1993)
1.	ASIGNACIÓN BÁSICA MENSUAL. Expresamente fijada por el Gobierno Nacional en los Decretos anuales de salarios del régimen ordinario.	ASIGNACIÓN BÁSICA MENSUAL. Fijada por el Gobierno Nacional en los Decretos anuales de salarios del régimen especial como remuneración mensual (Ver art. 3º)
2.	GASTOS DE REPRESENTACIÓN.	GASTOS DE REPRESENTACIÓN.
3.	PRIMA DE ANTIGÜEDAD. Creada por el Decreto 903 de 1969 para todos los servidores de la Rama Judicial, excepto para los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y Consejeros de Estado. Inicialmente se reconocía el 2% de la asignación básica mensual por cada año continuo de servicio. Posteriormente el Decreto 1231 de 1973 en su artículo	

	estableció que dicha prima se incrementa en un porcentaje del 10% por cada dos años continuo de servicio. La citada prima no podrá exceder del 96% (Art. 7° y 9° Decreto 306 de 1983.	No tienen derecho (Art. 12 Dct. 57/1993)
4.	2.5%. Por disposición consagrada en el artículo 17 del Decreto 57 de 1993, quienes no optaron por el nuevo régimen salarial tienen derecho a un incremento adicional equivalente al 2.5% de la asignación básica mensual que tenían a 31 de diciembre de 1992, incrementado anualmente en el mismo porcentaje autorizado por el Gobierno Nacional.	No tiene derecho (Art. 12 Dct. 57/1993)
5.	PRIMA ESPECIAL SIN CARÁCTER SALARIAL. Tienen derecho a percibirla a partir del 1° de enero de 1993 los Magistrados de Tribunal de todo orden y los Jueces de la República, en el equivalente al treinta por ciento (30%) del salario básico mensual, de conformidad con lo señalado en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992.	PRIMA ESPECIAL SIN CARÁCTER SALARIAL. Tienen derecho a percibirla a partir del 1° de enero de 1993 los Magistrados de Tribunal de todo orden y los Jueces de la República, y para estos se considera como prima especial, sin carácter salarial, el 30% de la asignación básica de su respectivo cargo.
6.	BONIFICACIÓN POR COMPENSACIÓN. Creada por el Decreto 610 de 1998, modificado por el Decreto 1102 de 2012, para Magistrados de Tribunal y demás cargos equivalentes.	BONIFICACIÓN POR COMPENSACIÓN. Creada por el Decreto 610 de 1998, modificado por el Decreto 1102 de 2012, para Magistrados de Tribunal y demás cargos equivalentes.
7.	BONIFICACIÓN POR ACTIVIDAD JUDICIAL. Creada por el Decreto 3131 de 2005 para los Jueces de la República.	BONIFICACIÓN POR ACTIVIDAD JUDICIAL. Creada por el Decreto 3131 de 2005 para los Jueces de la República.
8.	BONIFICACIÓN JUDICIAL. Creada por el Decreto 383 de 2013 para Jueces y empleados.	BONIFICACIÓN JUDICIAL. Creada por el Decreto 383 de 2013 para Jueces y empleados
9.	PRIMA DE CAPACITACIÓN. Puede ascender hasta el 10% de la asignación básica mensual calificada por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Se reconoce en razón de estudios de postgrado, obras de investigación científica publicadas o por el ejercicio de la docencia universitaria, todo en materia relacionada con el cargo y especialidad.	No tiene derecho (Art. 12 Dct. 57/1993)
10.	PRIMA ASCENSIONAL. Su porcentaje máximo es hasta el 5% de la remuneración básica mensual, discernida por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.	No tiene derecho (Art. 12 Dct. 57/1993)
11.	SOBREREMUNERACIÓN DEL 8% DE LA ASIGNACIÓN BÁSICA MENSUAL. Por cada mes completo de servicios, para servidores que de ordinario laboran en los Departamentos creados por el artículo 309 de la Constitución.	No tiene derecho (Art. 12 Dct. 57/1993)
12.	CESANTIAS. Retroactivas.	CESANTIAS. Anualizadas o congeladas.

De lo expuesto se evidencia que si bien hay concordancia en algunos de los estipendios percibidos en uno y otro ordenamiento, lo cierto es que cada régimen tiene su propio marco rector, el cual en virtud de los principios de favorabilidad y de inescindibilidad de las

leyes debe ser aplicado en su integridad, sin que sea posible tomar partes de uno y otro ordenamiento o descomponer las normas para acoger de ellas sus aspectos más favorables.

Bajo las anteriores consideraciones, y atendiendo a los supuestos fácticos demostrados en el *sub lite*, se establece con claridad que la parte actora pertenece al régimen aplicable al personal ACOGIDO.

2.2. De la Bonificación especial de recreación a favor de los servidores judiciales pertenecientes al régimen acogido

Como primera medida es pertinente referirnos al Decreto 717 de 1978¹, que en materia de vacaciones le es aplicable a los funcionarios y servidores/empleados de la Rama Jurisdiccional, *“por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de cargos para los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, se fija la escala de remuneración correspondiente a dichos cargos, y se dictan otras disposiciones”*.

Ahora bien, en conexidad a lo referente a las vacaciones, es pertinente referirnos a la norma objeto del litigio en lo que corresponde al Decreto 451 del 23 de febrero de 1984, en el cual se *dictaron unas disposiciones en materia salarial para el personal que presta servicios en los Ministerios, departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Unidades Administrativas del orden nacional, el cual en su artículo 3 expresó:*

ARTÍCULO 3º. *Los empleados que adquieran el derecho a las vacaciones e inicien el disfrute de las mismas, dentro del año civil de su causación tendrán derecho a una bonificación especial de recreación en cuantía equivalente a dos (2) días de la asignación básica mensual que les corresponda en el momento de causarlas.*

El valor de la bonificación no se tendrá en cuenta para, la liquidación de las prestaciones sociales y se pagará dentro de los cinco (5) días hábiles anteriores a la fecha señalada para la iniciación del disfrute de las vacaciones.

Mientras se crea en el presupuesto de las entidades el respectivo rubro presupuestal, podrá diferirse la fecha señalada para el pago de la bonificación.

Por lo anterior, se observa que el Decreto 717 de 1978, la cual es aplicable a los servidores/empleados de la Rama Jurisdiccional, no consagra el reconocimiento de la bonificación especial por recreación, que en aplicación al Decreto 451 de 1984, lo sujeta a los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, Establecimientos Público y Unidades Administrativas de orden Nacional.

Ahora bien, el artículo 3 del Decreto 81 de 1990, indica:

¹ El decreto 1660 de 1978, reglamentó parcialmente el Decreto 717 de 1978, en especificar a que sujetos le es aplicable esta última normativa.

*Artículo 3o. Los empleados actualmente vinculados o que posteriormente se vinculen a la Planta de Personal de la Dirección Nacional y Oficinas Seccionales de la Carrera Judicial que no continúen disfrutando de las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación de la Rama Jurisdiccional, **tendrán derecho al reconocimiento y pago si fuere el caso de los incrementos por antigüedad, de la bonificación por servicios prestados, de la bonificación especial de recreación y dotación de calzado y vestido de labor,** de conformidad con las disposiciones permanentes que para el efecto rigen a los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional comprendidos por el sistema general de nomenclatura, clasificación y remuneración de cargos. (Negrilla y subrayado aparte)*

Por lo mencionado, la Dirección Nacional y Oficinas Seccionales de la Carrera Judicial fueron creadas por el Decreto 052 de 1987, dependencias que inicialmente comenzaron a funcionar con los servidores públicos que venían cumpliendo la función pagadora de administración de los recursos de funcionamiento y de inversión de la Rama Judicial, tanto en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Ministerio de Justicia, cargos que posteriormente fueron suprimidos de las plantas de las citadas carteras e incorporados a las plantas de personal de la Rama Judicial. Esta incorporación les dio el derecho de continuar con las mismas prerrogativas salariales y laborales que disfrutaban en aquellos organismos en los cuales prestaban sus servicios.

En virtud de las mencionadas disposiciones, como de lo estipulado en el Decreto 57 de 1993 y demás normas concordantes, los cargos adscritos a los despachos y **dependencias que integran la parte administrativa de la Rama Judicial, entre los que también se integran los de los Directores Administrativos de la DEAJ, Director Seccional de Administración Judicial y Directores de Unidad, como cargos todos nominados**, regulados por estas normas, no son beneficiarios de la liquidación, reconocimiento y pago de la Bonificación especial por recreación, pues bajo el marco legal que la rige nunca se hizo extensivo a estos cargos de la Rama Judicial en el caso que nos ocupa.

Es más, el numeral 2.8.1. de la Cartilla Laboral para la Rama Judicial, enuncia los conceptos prestacionales de la administración y describe que los empleados, **con excepción del Director Ejecutivo de Administración Judicial, Directores Seccionales, Directores de Unidad y Administrativos**, tienen derecho a una bonificación equivalente a dos (2) días de la asignación básica mensual que les corresponda en el momento de iniciar el disfrute de sus vacaciones; es decir, que **el cargo ocupado por la parte demandante como Director de Infraestructura física - División de Estructuración de Proyectos de Infraestructura, pertenece al de DIRECTOR ADMINISTRATIVO**, cargo que se encuentra como excepción para el reconocimiento de la Bonificación especial de recreación y que de acuerdo a su caracterización en sus funciones, conforme el **ACUERDO PCSJA21-11844 del 06 de septiembre de 2021²**, es un cargo nominador, del cual, como se expresó en líneas atrás, tampoco es susceptible para este emolumento.

Ahora bien, el Decreto 404 de febrero de 8 de 2006, reza:

² Por medio del cual se modifica el Acuerdo PCSJA20-11700 del 23 de diciembre de 2020, el cual adopta el Manual Único de Funciones de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

ARTÍCULO 1º. *Los empleados públicos y trabajadores oficiales vinculados a las entidades públicas del orden nacional y territorial, que se retiren del servicio sin haber cumplido el año de labor, tendrán derecho a que se les reconozca en dinero y en forma proporcional al tiempo efectivamente laborado las vacaciones, la prima de vacaciones y la bonificación por recreación.*

Frente a la mencionada normativa, se observa que la norma está dirigida específicamente a los empleados públicos y trabajadores oficiales vinculadas a las entidades públicas del orden nacional y territorial; por lo tanto, se reitera, que como excepción se encuentra el **Director Ejecutivo de Administración Judicial, Directores Seccionales, Directores de Unidad y Directores Administrativos.**

IV. EXCEPCIONES

Presento como excepciones, las siguientes:

1. AUSENCIA DE CAUSA PRETENDI

El honorable Consejo de Estado de la Sala Contenciosa Administrativa, en sentencia 05001-23-31-000-1995-00575-01(24677) del C.P. Enrique Gil Botero, expresó:

“La legitimación en la causa por activa supone la verificación de que quien demanda tenga la titularidad para reclamar el interés jurídico que se debate en el proceso y, por lo tanto, sin importar si son o no procedentes las pretensiones elevadas –lo que supondrá efectuar un análisis de fondo de la controversia a la luz del derecho sustancial– si sea el llamado a discutir su procedencia dentro del trámite judicial.”

Por los mandatos anteriormente expuestos, en lo que se relaciona a la Bonificación especial por recreación, al actor no le asiste causa para reclamar por vía judicial las declaraciones planteadas en el libelo introductorio, ya que el mencionado emolumento objeto de la litis es una excepción, conforme lo indica la cartilla laboral para la Rama Judicial, para el cargo que ocupa el aquí demandante como **DIRECTOR ADMINISTRATIVO.**

La Dirección Ejecutiva de Administración Judicial se encuentra ceñida al ordenamiento jurídico y viene dando estricto cumplimiento a las normas que rigen al interior del Régimen Salarial y prestacional de los servidores públicos, con el único propósito de generar certeza y seguridad jurídica dentro del sistema normativo, por tanto, no es posible producir efectos jurídicos de carácter particular contrariando disposiciones vigentes que regulan la materia objeto de controversia.

2. INTEGRACIÓN DE LITIS CONSORCIO NECESARIO

El Artículo 61 del C.G.P. determina:

“... Litisconsorcio necesario e integración del contradictorio. Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá

formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.

En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante dicho término.

Si alguno de los convocados solicita pruebas en el escrito de intervención, el juez resolverá sobre ellas y si las decreta fijará audiencia para practicarlas.

Los recursos y en general las actuaciones de cada litisconsorte favorecerán a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio solo tendrán eficacia si emanan de todos.

Cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su vinculación acompañando la prueba de dicho litisconsorcio.”

Concordante con lo anterior, es necesario anotar, que **en materia de competencia**, conforme está consagrado en el artículo 150, numeral 19, literales E) y F) de la Constitución Política, le corresponde al Congreso de la República fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública y regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales.

En ejercicio de dicha facultad el Legislativo expidió la Ley 4ª del 18 de mayo de 1992, mediante la cual autoriza al Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, entre estos los de la Rama Judicial.

De manera que es en virtud de lo establecido en la citada Ley, que la potestad para fijar los estipendios salariales y prestacionales de los servidores públicos radica única y exclusivamente en el Gobierno Nacional, es decir que es éste, basado en la Constitución y la Ley, es quien determina dichas asignaciones, sin que la Rama Judicial tome parte funcional en este proceso y sobre cuya expedición no tiene injerencia la Rama Judicial del Poder Público - Consejo Superior de la Judicatura, pues solo cumple sobre estos actos administrativos una vez expedidos por la autoridad competente, una función ejecutora, de acatamiento y de aplicación frente a los servidores judiciales destinatarios de los pagos de salarios y prestaciones sociales en los términos y valores establecidos de manera anual en cada tabla de salarios. Por lo dicho se estima que la defensa de legalidad de estos actos hoy demandados está en cabeza del ejecutivo.

Adicional a lo anterior, cabe destacar que a pesar de que no se demandan los Decretos que regularon la Bonificación especial de recreación y que de plano el Conjuetz podría negar la vinculación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y las demás entidades mencionadas, debido a que los actos sobre los cuales se va a ejercer control de legalidad fueron expedidos por la Dirección Ejecutiva o Dirección Seccional de Administración Judicial, **en caso de una eventual condena**, se debe tener en cuenta la imposibilidad material de la Nación – Rama Judicial de reconocer los derechos ahora reclamados, como se indicó en el anterior numeral, pues debe considerarse que en atención a lo dispuesto por el artículo 71 del Decreto 111 de 1996, compilatorio del artículo 86 de la Ley 38 de 1989, ninguna autoridad podrá contraer obligaciones atribuibles al presupuesto de gasto sobre apropiaciones inexistentes, lo que significa que en el caso de acceder a las

pretensiones de la demanda si está vinculada la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de paso se daría la orden a dicha cartera para que se hiciera la apropiación a favor de la Rama Judicial y así pagar la condena correspondiente sin que a futuro se puedan iniciar procesos ejecutivos por la falta de pago debido a que dicho Ministerio no hace el giro de los dineros suficientes para el rubro de sentencias y de gastos de personal.

Adicionalmente, resulta necesario tener en cuenta el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Nariño – Sala de Conjuces, Exp. 2016-00375, Dte: Leonel Díaz Mora, en audiencia inicial celebrada el 27 de julio de 2018, en el cual aceptó el llamamiento en garantía de la Nación – Presidencia de la República, Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Administrativo de la Función Pública, bajo el argumento que estas entidades podrían eventualmente verse perjudicadas o beneficiadas con la decisión que se tomara en el caso correspondiente a las reclamaciones salariales allí pretendidas.

Así las cosas, nótese señor Conjuéz la necesidad de vincular a las entidades solicitadas.

Por ende, de manera cordial, le solicito a su señoría se sirva llamar como LITIS CONSORTE NECESARIO a la NACIÓN - PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA, representada por el Dr. GUSTAVO PETRO URREGO, a la NACIÓN - MINISTRO DE HACIENDA, representada por el doctor JOSÉ ANTONIO OCAMPO y al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, representado por el doctor CÉSAR AUGUSTO MANRIQUE SOACHA, director.

- 3. INNOMINADA:** Prevista en el inciso segundo del artículo 187 del C.P.A.C.A., esto es, *“sobre cualquiera otra que el fallador encuentra probada”*.

V. PRUEBAS

I. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

Comendidamente solicito al Honorable Conjuéz, decretar las pruebas de oficio que considere pertinentes y útiles en el proceso y tener en cuenta los antecedentes administrativos adjuntos con el escrito demandatorio, que son: copia del derecho de petición, el acto administrativo enjuiciado, la constancia que incluye los tiempos de servicios de la parte demandante; razón por la cual, considero no es necesario allegarlos nuevamente, sin que se imponga sanción alguna, toda vez que lo que se pretende a través de lo allí dispuesto es la incorporación del expediente administrativo a fin de que el Juez de conocimiento, pueda examinar la génesis de la actuación administrativa impugnada. Así mismo, se tenga en cuenta las siguientes pruebas:

(i) DOCUMENTAL

- 1. Constancia de cargos desempeñados de la parte demandante de fecha 09 de febrero de 2023.**

VI. PETICIONES

Se declare la prosperidad de las excepciones de mérito planteadas y en consecuencia se nieguen las pretensiones de la demanda, por las razones de hecho y de derecho expuestas en este escrito.

VII. ANEXOS:

Me permito anexar los documentos relacionados en los acápites de pruebas y de antecedentes administrativos, así como los siguientes:

1. Poder otorgado por el Director Administrativo de la División de Procesos encargado de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.
2. Resolución No. 5393 de 16 de agosto de 2017, por la cual se delega la función de representación judicial y extrajudicial de la Nación Rama Judicial.
3. Resolución 0045 del 16 de enero de 2023, por la cual se efectúa el encargo de director administrativo de la División de Procesos al dr. Cesar Augusto Mejía Ramírez.
4. Certificado de tiempo de servicios actualizado de la parte actora.

VIII. NOTIFICACIONES

1. Las recibiré en la Unidad de Asistencia Legal de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, Calle 72 No.7-96, piso 8, Tel 5553939 Ext. 1078, e-mails: jcortess@deaj.ramajudicial.gov.co deajnotif@deaj.ramajudicial.gov.co
2. Al Litis consorcio necesario, NACIÓN - PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA en la CARRERA 7 No. 6 – 54 de Bogotá, notificacionesjudiciales@presidencia.gov.co
3. Al Litis consorcio necesario, NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA, en la carrera 8 No. 6 – 64 de Bogotá, notificacionesjudiciales@minhacienda.gov.co
4. Al Litis consorcio necesario, DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, en la Carrera 6 # 12-62 en Bogotá, notificacionesjudiciales@mininterior.gov.co

Del honorable Juez/Conjuez,

JHON F. CORTÉS SALAZAR

C.C. 80.013.362 de Bogotá

T.P. 305.261 del Consejo Superior de la Judicatura

Abogado División Procesos – Unidad de Asistencia Legal
Dirección Ejecutiva de Administración Judicial
JFCS

Diciembre 2022

Señores

JUZGADO 017 - ORAL ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.

E. S. D.

REFERENCIA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ASUNTO: CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

DEMANDANTE: ALFONSO ALBERTO AGREDA ARCOS

DEMANDADO: COLPENSIONES

RADICACIÓN: 11001333501720220025300

RICHARD GUILLERMO SALCEDO BUENO, identificado como aparece al pie de mi correspondiente firma y actuando en mi condición de apoderado judicial SUSTITUTO de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -, según poder a mi conferido, por medio del presente escrito doy contestación a la demanda propuesta dentro del proceso de la referencia de la siguiente manera:

**NATURALEZA JURÍDICA DE LA ENTIDAD DEMANDADA, REPRESENTACIÓN LEGAL,
Y DOMICILIO**

La Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES es una Empresa Industrial y Comercial del Estado de orden nacional, organizada como entidad financiera de carácter especial, vinculada al Ministerio de Trabajo, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida. La representación legal la ejerce el Doctor JUAN MIGUEL VILLA LORA. El domicilio principal es la ciudad de Bogotá D.C., en la carrera 10 No. 72-33 Torre B piso 11.

A LOS HECHOS

AL PRIMERO: Es cierto, la calidad de pensionado del demandante, según se puede apreciar del contenido de la resolución No. GNR 223851 del 17 de junio de 2014 proferida por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, conforme a los términos establecidos en el citado acto administrativo, reconociendo una mesada pensional de \$1.419.638 para año 2014.

AL SEGUNDO: Es cierto, al demandante le fue reliquidada su pensión de vejez, según se puede apreciar del contenido de la resolución No. GNR 342497 del 30 de septiembre de 2014 proferida por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, conforme a los términos establecidos en el citado acto administrativo, reconociendo una mesada pensional de \$1.488.274 efectiva a partir del 01 de septiembre de 2014.

AL TERCERO: Es cierto, al demandante no le ha sido reconocida la mesada adicional de junio de cada anualidad, por cuanto no cumple con los requisitos de Ley para ser beneficiario, razón por la cual es procedente la negativa por parte de la entidad que represento.

AL CUARTO Y QUINTO: Son ciertos, el demandante presenta reclamación ante mi representada el día 06 de mayo de 2022, solicitando el reconocimiento y pago de la mesada 14, a su vez mi representada por medio del oficio No. BZ2022_5885434 del 07 de mayo de 2022, decide comunicar la negativa de la solicitud reconocimiento y pago de la mesada adicional de junio de cada anualidad al demandante, sin embargo lo hace con fundamento en que el demandante adquiere su status pensional, es decir cumple con los requisitos para obtener su pensión en el año 2014, tal como se desprende de los actos administrativos de reconocimiento de la pensión, no obstante su mesada pensional para dicha anualidad supera el monto de los 3 salarios mínimos mensuales legales vigentes, razón por la cual no es procedente el pago de una mesada adicional de junio.

AL SEXTO: No es un hecho, es una apreciación subjetiva y normativa del apoderado judicial del demandante.

AL SEPTIMO: Es cierto, conforme a las documentales obrantes en el expediente.

A LAS PRETENSIONES

En nombre de mi representada la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, me opongo a todas y cada una de las pretensiones de la demanda por consideradas infundadas, toda vez que no es procedente el reconocimiento y pago de la mesada adicional de junio de cada anualidad, debido a que se estableció por parte de mi representada que para el año 2014, fecha de reconocimiento de su pensión de vejez, su mesada pensional supera los 3 salarios mínimos mensuales legales vigentes, por todo lo anterior no es procedente el reconocimiento y pago de la mesada adicional de junio denominada mesada 14, así como tampoco el pago de intereses moratorios, indexación y costas del proceso.

De igual manera me opongo a cualquier otra condena resultante conforme a las facultades ultra y extra petita otorgadas al juez laboral, en razón a que mi defendida NO debe ningún emolumento al demandante en razón a sus mesadas pensionales.

Por último, me pongo al pago de las costas y agencias en derecho, en razón a que mi representada reconoció en sede administrativa los derechos que le asistían al demandante por lo cual no debemos pagar dicho concepto en el presente asunto.

FUNDAMENTOS Y RAZONES DE DERECHO PARA LA DEFENSA

En el caso objeto de estudio, el demandante adquirió su status pensional, es decir cumplió con los requisitos para obtener su pensión en el año 2014, tal y como se desprende de los actos administrativos por medio de los cuales le fue reconocida su pensión de vejez, no obstante es de advertir que el valor reconocido al demandante en su mesada pensional para dicha anualidad supera los 3 salarios mínimos mensuales legales vigentes para ese año, razón por la cual no le asiste derecho a gozar de la mesada 14, si no que por el contrario tiene derecho a gozar de trece mesadas al año.

Todo con fundamento a lo establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005 publicado el 25 de Julio de esa anualidad, por medio del cual el Congreso de la Republica adicionó el artículo 48 de la Constitución Política con los siguientes apartes: "Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento". "Parágrafo transitorio 6°. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8° del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año". De conformidad con lo dispuesto por el artículo 48 del texto constitucional las personas que causaron el derecho pensional con posterioridad al 31 de Julio de 2011 únicamente tienen derecho a disfrutar de trece (13) mesadas pensionales al año. Así mismo, con fundamento en los apartes de la Constitución Política anteriormente citados, las personas que cumplieron el estatus entre 25 de julio de 2005 y el 31 de julio de 2011 y habían generado para esa fecha un quantum pensional superior a los tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, solamente tenían derecho a devengar trece (13) mesadas anuales, sin que sea viable reevaluar la situación en los años venideros. Con ocasión a lo resuelto por el Tribunal de Arbitramento de la ciudad de Bogotá D.C., de fecha 09 noviembre de 2017, sobre Laudo en derecho entre el Consorcio FOPEP y el Ministerio del Trabajo y las posturas fijadas en el Comité Intersectorial de Prima Media con Prestación Definida, fueron determinantes para hacer revisión por parte de esta Administradora respecto a los requisitos establecidos en el Acto Legislativo 01 de 2005. Ahora bien, frente a la presente petición, se considera importante señalar que Colpensiones pagará la mesada (14) únicamente, a los pensionados y beneficiarios que les asiste el derecho, conforme a lo establecido por el [Acto Legislativo 01 de 2005], por el cual se tiene que: Aquellas personas que cumplieron el estatus entre 25 de julio de 2005 y el 31 de julio de 2011 y perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, lo cual en adelante se señala como "Status Pensional". Aquellas personas que cumpliendo con el estatus entre 25 de julio de 2005 y el 31 de julio de 2011, generaron para esa fecha una mesada inicial superior a los tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, solamente tendrán derecho a devengar trece (13) mesadas anuales, sin que sea viable reevaluar la situación en los años venideros. Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del Acto Legislativo 01, es decir, a partir del 25 de julio de 2005, no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. De acuerdo a lo anterior, cabe indicar que aquellas personas que su status pensional se encuentre enmarcado entre el 25 de julio de 2005 y el 31 de julio de 2011, se debe tener

en cuenta únicamente el valor de la mesada en la fecha de adquisición; por lo tanto, el pago de la mesada 14, será para quienes a la fecha de haber adquirido el derecho de obtener su pensión, es decir por haber cumplido con los requisitos exigidos para tal reconocimiento (edad y semanas cotizadas), tuvieron una mesada inferior o igual a tres (3) salarios mínimos legales vigentes.

Por lo anteriormente expuesto, me opongo a la acción instaurada y solicito respetuosamente a su Señoría que no se acepte alguna de las pretensiones, declaraciones y condenas incoadas por la parte demandante, pues no existe fundamento legal para aceptarlas. En consecuencia solicito comedidamente se ABSUELVA a mi representada de los cargos formulados en su contra y se condene en costas a la parte actora.

EXCEPCIONES

PRESCRIPCIÓN: SIN IMPLICAR CONFESIÓN O RECONOCIMIENTO DE DERECHO ALGUNO, de conformidad con lo establecido en los artículos 488 del C.S. T. y 151 del C.P. L. las acciones que emanan de las leyes sociales prescriben en 3 años, contados a partir de que se haga efectiva la obligación. De acuerdo con la normatividad señalada el término de prescripción es de 3 años contados a partir de la exigencia del derecho, y solo se puede interrumpir por una sola vez mediante la presentación de la reclamación administrativa, después de dicha reclamación, principia a contarse nuevamente el mismo término de prescripción, y si éste llegare a exceder los 3 años previstos en la Ley, será la presentación de la demanda el punto que marque la contabilización del término y el reconocimiento del derecho.

INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION Y COBRO DE LO NO DEBIDO: Propongo esta excepción en virtud que el demandante a través de apoderado pretende el reconocimiento y cobro de dineros que por derecho no le corresponden, ya que no hay lugar al reconocimiento y pago de la mesada 14 por no cumplir los requisitos establecidos en las leyes vigentes y COLPENSIONES al momento de realizar un reconocimiento lo tiene que hacer con fundamento en la normatividad vigente para tal fin.

PRUEBAS

Le solicito comedidamente se decreten, practiquen y tengan como pruebas las siguientes:

DOCUMENTALES:

- Las aportadas con la demanda siempre que le sean favorables a mi representada.

NOTIFICACIONES

- La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES se le puede notificar en las siguientes direcciones: Carrera 10 No. 72-33 Torre B Piso 10 Bogotá D.C.
- Las más las recibiré en la secretaría de Despacho o en la calle 90 No. 12-28 piso 2 centro de negocios – Bogotá D.C.o en el correo electrónico: utabacopaniaguab1@gmail.com

Del señor Juez

Atentamente,



RICHARD GUILLERMO SALCEDO BUENO

C.C. N° 1.1112.627.522 de La Unión, Valle.

T.P. N° 290.752 del C.S. de la J.