

REPÚBLICA DE COLOMBIA


TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, dieciocho (18) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

RADICADO	17-001-23-33-000-2022-00155-00
MEDIO DE CONTROL	PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
DEMANDANTES	EDUAR OSPINA GÓMEZ
DEMANDADOS	MUNICIPIO DE CHINCHINÁ - CALDAS Y OTROS
VINCULADOS	HERNÁN MERCADO CAMELO Y CRISTHIAN ANDRÉS MERCADO OROZCO

Se pronuncia el despacho sobre la apertura de incidente de desacato en el proceso de la referencia según solicitud radicada por la parte demandante.

ANTECEDENTES

En sentencia proferida por este Tribunal el 2 de marzo de 2023 en este asunto, la Sala Primera de Decisión de esta Corporación aprobó el pacto de cumplimiento al que llegaron las partes, y, en consecuencia, se dispuso:

(...)

SEGUNDO: APROBAR el pacto de cumplimiento elaborado por las partes en la audiencia de pacto de cumplimiento celebrada los días 6 de diciembre de 2022 y 30 de enero de 2023 dentro del trámite del medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos promovido por **EDUAR OSPINA GÓMEZ** en contra del **MUNICIPIO DE CHINCHINÁ - CALDAS Y OTROS** y como vinculados **HERNÁN MERCADO CAMELO Y CRISTHIAN ANDRÉS MERCADO OROZCO**, cuyo texto es el siguiente:

La Central Hidroeléctrica de Caldas CHEC S.A E.S.P. se compromete a adelantar todos los trámites pertinentes para lograr el traslado de las torres de energía que se ubican en la corona del predio propiedad de los vinculados, para lo cual tendría como fecha máxima el 30 de abril del año en curso.

El municipio de Chinchiná se compromete, una vez la CHEC realice la reubicación de las torres de energía, para lo cual tendría como fecha máxima el 30 de abril de 2023, a realizar el perfilado del talud y los drenes horizontales en la ladera, así como realizar las campañas de socialización y sensibilización a la comunidad para un manejo adecuado del terreno, las cuales serían 3 en total que se extenderían hasta el 30 de abril de 2023 y serían llevadas a cabo por parte de la oficina de planeación y la inspección de policía. Así mismo, se compromete a que las obras que ejecutar estarían listas para el 30 de junio de 2023.

La Corporación Autónoma Regional de Caldas - Corpocaldas se compromete a brindar el apoyo técnico para supervisar que las obras a realizar en el talud ubicado en la vereda Guayabal queden bien ejecutadas, en caso de que el municipio de Chinchiná, la CHEC o la comunidad lo requirieran, para lo cual enviaría una comisión técnica. Así mismo, a brindar el asesoramiento técnico al señor vinculado, Cristhian Andrés Mercado Orozco, para determinar las obras que debe realizar en el predio de su propiedad para la recolección de aguas.

Finalmente, el señor Cristhian Andrés Mercado Orozco, vinculado, se compromete, una vez se terminaran las obras por parte del municipio de Chinchiná, a llevar a cabo las obras necesarias en su terreno para la canalización de las aguas, para lo cual contará con la asesoría de Corpocaldas, entidad que le informará sobre las adecuaciones que debe llevar a cabo para que las presupueste desde este momento hasta junio, en aras de que sean realizadas dentro de los 2 meses siguientes a la terminación de las intervenciones por parte del municipio de Chinchiná.

(...)

La parte demandante presentó escrito mediante el cual solicitó dar apertura a incidente de desacato en atención a que no se habían cumplido los compromisos que habían sido adoptados en la sentencia mencionada.

Con auto del 5 de junio de 2023, el despacho requirió al representante legal de la Central Hidroeléctrica de Caldas para que informara acerca del cumplimiento del fallo, so pena de dar inicio a incidente por desacato, recibiendo respuesta que llevó a que se emitiera auto el 11 de julio de los corrientes solicitando a la empresa de servicios públicos que presentara un informe pormenorizado que diera cuenta de la reubicación de las torres de energía, del cual se evidenció la necesidad de solicitar a la Corporación

Autónoma Regional de Caldas que realizara una visita, junto con personal de la CHEC, al predio objeto de la acción popular donde se encuentra ubicada la infraestructura de energía con la finalidad que la corporación dictaminara si el traslado de la torre realizado por la empresa de servicios públicos permitía minimizar el riesgo detectado en este proceso y, por su parte, permitía técnicamente la intervención a que se comprometió el municipio de Chinchiná.

Se recibió informe por parte de Corpocaldas que reposa en el archivo #18 del cuaderno 02Incidente, de la visita realizada al sector el 1° de agosto del año en curso. En el informe se plasmó lo siguiente:

La problemática a evaluar se encuentra ubicada sobre la ladera contigua al ingreso de la vereda Guayabal del municipio, específicamente, en las siguientes coordenadas 4.959647, -75.611589.



Figura 1. Fotografías panorámicas de la zona

Dentro del recorrido hecho en conjunto con personal de la Administración Municipal y profesionales de la empresa prestadora del servicio CHEC, se expusieron una serie de inquietudes debido a las actividades a realizar, las cuales están encaminadas a la resolución y trámite a lo dispuesto en la sentencia 032 del Tribunal Administrativo de Caldas, la cual se impone el siguiente compromiso para la empresa:

"(...) La central Hidroeléctrica de Caldas CHEC S.A E.S.P. se compromete a adelantar todos los trámites pertinentes para lograr el traslado de las torres de energía que se ubican en la corona del predio (...)"

Así las cosas, la empresa CHEC formuló un nuevo trazado para el cableado del sector con el fin de movilizar y reubicar los postes o estructuras comprometidas. El diseño muestra la ubicación

de dos postes nuevos sobre la parte alta de la ladera, los cuales serán instalados y tendrán un retiro promedio de 3.0-5.0 metros respecto a la corona del talud.

Según la consideración anterior, no existe inconveniente y desde la Corporación es viable hincar los nuevos postes en las ubicaciones presentadas en campo, toda vez que, en caso tal que la administración municipal adelante la ejecución de las obras de estabilidad recomendadas por CORPOCALDAS en el oficio No. 2020-IE-00010537, no presentaría conflicto con el retiro de los postes respecto al escarpe, ya que la geometría proyectada de los taludes por actividades como perfilados y abancalamientos, no supondrían un retiro de volumen excesivo en la masa de suelo.



Figura 2. Ubicación de los postes nuevos

Se envía copia del presente oficio a la Secretaría de Planeación del municipio, con el fin de que esta dependencia haga llegar el informe a los particulares interesado en el mismo.

Atentamente,

JHON JAIRO CHISCO LEGUIZAMON
Subdirector Infraestructura Ambiental

CONSIDERACIONES

El artículo 41 de la Ley 472 de 1998, que regula el trámite de la acción popular, establece en su tenor literal lo siguiente:

***Artículo 41. Desacato.** La persona que incumpliere una orden judicial proferida por la autoridad competente en los procesos que se adelanten por acciones populares, incurrirá en multa hasta de cincuenta (50) salarios mínimos mensuales con destino al fondo para la defensa de los derechos e intereses colectivos, conmutables en arresto hasta de seis meses, sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar.*

La sanción será impuesta por la misma autoridad que profirió la orden judicial, mediante trámite incidental y será consultada al superior jerárquico, quien decidirá en el término de tres (3) días si debe revocarse o no la sanción. La consulta se hará en el efecto devolutivo.

De la información recaudada por el despacho a raíz del requerimiento realizado previo a decidir sobre la apertura formal del incidente de desacato, y del informe presentado por Corpocaldas, se infiere que el compromiso asumido por la CHEC en la audiencia de pacto de cumplimiento, el cual quedó plasmado en la sentencia del 2 de marzo de 2023, aún no ha sido cumplido, pues en el documento elaborado por la corporación se aduce que la CHEC formuló un nuevo trazado para el cableado por el sector con el fin de mover los postes, y se procedió a consignar imágenes de cuál sería la posible ubicación de la infraestructura.

Las consideraciones que anteceden son suficientes para que el despacho abra formalmente incidente de desacato contra el señor Gerente de la Central Hidroeléctrica de Caldas S.A E.S.P., como representante legal de la persona jurídica que ha desatendido la orden contenida en la sentencia del 2 de marzo de 2023.

Así las cosas, atendiendo lo previsto en el artículo 129 del Código General del Proceso, aplicable por expresa remisión del artículo 44 de la Ley 472 de 1998, se ordenará que por la Secretaría de esta Corporación se corra traslado al señor **SANTIAGO VILLEGAS YEPES**, Gerente de la Central Hidroeléctrica de Caldas S.A E.S.P., por el término de tres (3) días, haciéndole entrega del presente auto y de todos los documentos que reposan en el archivo denominado "C02Incidente", para que presente las explicaciones pertinentes, solicite las pruebas que pretenda hacer valer, acompañe los documentos y

pruebas anticipadas que se encuentren en su poder, en caso de que no obren en el expediente.

Se advierte que solo se abre incidente de desacato contra el representante legal de la CHEC, en atención a que las actuaciones de las otras entidades dependían del traslado de las torres de energía por parte de la empresa de servicios públicos.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

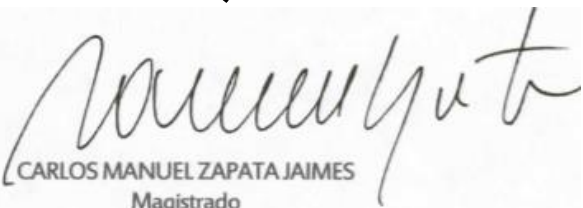
RESUELVE

PRIMERO: ABRIR FORMALMENTE INCIDENTE DE DESACATO contra el señor **SANTIAGO VILLEGAS YEPES**, gerente de la Central Hidroeléctrica de Caldas S.A E.S.P., por el incumplimiento de la sentencia dictada por este Tribunal el 2 de marzo de 2023, dentro de la acción popular de la referencia.

En consecuencia,

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE personalmente esta providencia al señor **SANTIAGO VILLEGAS YEPES**, gerente de la Central Hidroeléctrica de Caldas S.A E.S.P., haciéndole entrega del presente auto y de todos los documentos que reposan en el archivo denominado "C02Incidente", y **CÓRRASE** traslado por el término de tres (3) días para que presente las explicaciones pertinentes, solicite las pruebas que pretenda hacer valer, acompañe los documentos y pruebas anticipadas que se encuentren en su poder, en caso de que no obren en el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



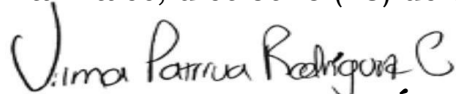
CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Maestrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO
No. 164
FECHA: 19 DE SEPTIEMBRE DE 2023

CONSTANCIA SECRETARIAL: El presente medio de control fue devuelto del H. Consejo de Estado.

Consta de 3 cuadernos.

Manizales, dieciocho (18) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)



VILMA PATRICIA RODRÍGUEZ CÁRDENAS
Secretario

Radicado: 17001-23-33-000-2016-00610-01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: José Gerardo Calderón Duque
Accionado: Nación – Ministerio de Educación Nacional y el
Departamento de Caldas

REPUBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

MAGISTRADO PONENTE: AUGUSTO MORALES VALENCIA

A.I. 405

Manizales, (18) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Estese a lo dispuesto por el H. Consejo de Estado, Sección Segunda “Subsección A”, en providencia de 01 de diciembre de 2022 (fls. 181-189 anverso del presente cuaderno), la cual CONFIRMÓ la sentencia proferida en primera instancia el 07 de mayo de 2021 por esta Corporación.

En consecuencia, una vez ejecutoriado el presente auto, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere y **ARCHÍVESE** el proceso, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE

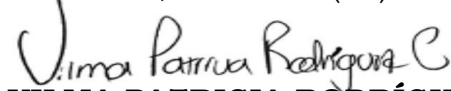


AUGUSTO MORALES VALENCIA
MAGISTRADO

CONSTANCIA SECRETARIAL: El presente medio de control fue devuelto del H. Consejo de Estado.

Consta de 3 cuadernos.

Manizales, dieciocho (18) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)



VILMA PATRICIA RODRÍGUEZ CÁRDENAS
Secretario

Radicado: 17001-23-33-000-2016-00869-00
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: Carlos Alberto Sánchez Cruz.
Accionado: Nación – Ministerio de Educación – Departamento de Caldas

REPUBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

MAGISTRADO PONENTE: AUGUSTO MORALES VALENCIA

A.I. 406

Manizales, dieciocho (18) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Estese a lo dispuesto por el H. Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección “B”, en providencia de 12 de mayo de 2022 (fls. 179-185 anverso del presente cuaderno), la cual CONFIRMÓ parcialmente la sentencia proferida en primera instancia el 05 de marzo de 2021 por esta Corporación.

En consecuencia, una vez ejecutoriado el presente auto, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere y **ARCHÍVESE** el proceso, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
MAGISTRADO

CONSTANCIA SECRETARIAL: El presente medio de control fue devuelto del H. Consejo de Estado.

Consta de 3 cuaderno.

Manizales, dieciocho (18) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)


VILMA PATRICIA RODRÍGUEZ CÁRDENAS
Secretario

Radicado: 17001-23-33-000-2016-00922-00
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: Gloria Mercedes Clavijo Torres
Accionado: Nación – Ministerio de Educación Nacional y el
Departamento de Caldas

REPUBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

MAGISTRADO PONENTE: AUGUSTO MORALES VALENCIA

A.I. 407

Manizales, dieciocho (18) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Estese a lo dispuesto por el H. Consejo de Estado, Sección Segunda “Subsección B”, en providencia de 06 de octubre de 2022 (fls. 178-183 anverso del presente cuaderno), la cual CONFIRMÓ PARCIALMENTE la sentencia proferida en primera instancia el 12 de marzo de 2021 por esta Corporación.

En consecuencia, una vez ejecutoriado el presente auto, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere y **ARCHÍVESE** el proceso, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
MAGISTRADO

CONSTANCIA SECRETARIAL: El presente medio de control fue devuelto del H. Consejo de Estado.

Consta de 3 cuadernos.

Manizales, dieciocho (18) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)


VILMA PATRICIA RODRÍGUEZ CÁRDENAS
Secretario

Radicado: 17001-23-33-000-2017-00308-02
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: Gildardo Mosquera Vargas
Accionado: Nación – Ministerio de Educación Nacional y el
Departamento de Caldas

REPUBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

MAGISTRADO PONENTE: AUGUSTO MORALES VALENCIA

A.I. 408

Manizales, dieciocho (18) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Estese a lo dispuesto por el H. Consejo de Estado, Sección Segunda “Subsección A”, en providencia de 01 de diciembre de 2022 (fls. 198-206 del presente cuaderno), la cual CONFIRMÓ la sentencia proferida en primera instancia el 01 de octubre de 2021 por esta Corporación.

En consecuencia, una vez ejecutoriado el presente auto, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere y **ARCHÍVESE** el proceso, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
MAGISTRADO

17001-23-33-000-2019-00114-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, quince (15) de SEPTIEMBRE de dos mil veintitrés (2023)

S. 167

EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, Sala 4ª de Decisión Oral, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar sentencia de primer grado dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **CARMEN EMILIA CÁRDENAS ARIZA** contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP**.

ANTECEDENTES

Pretende la parte actora, se declare la nulidad de las Resoluciones RDP 035661 del 31 de agosto y RDP 044496 del 20 de noviembre, ambas de 2018, con las cuales se negó el reconocimiento y pago de una pensión gracia a la nulidisciente, y en su lugar, se declare que tiene derecho a que la UGPP le reconozca y pague dicha prestación por haber cumplido 50 años de edad y 20 años al servicio de la educación.

A título de restablecimiento del derecho, pretende:

- Se ordene a la entidad demandada a reconocer y pagar a la señora Cárdenas Ariza la pensión gracia a partir del 7 de febrero de 2012.
- Que se condene a la entidad a pagar todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior al que adquirió el status de pensionada.

- Que se ordene el pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo del salario de conformidad con los artículos 192 y 195 del C/CA.
- Ordenar el pago de intereses moratorios a partir de la fecha de ejecutorio de la sentencia por el tiempo siguiente hasta que se cumpla en totalidad de la condena.

CAUSA PETENDI

Para fundamentar sus pretensiones, la parte actora manifestó que fue nombrada por el Departamento de Caldas en el cargo de Directora de la Escuela Rural 'El Llano' como docente nacionalizada, mediante Decreto N°0089 de 28 de febrero de 1969, y que permaneció en el cargo hasta el 25 de abril de 1971.

Así mismo, mencionó que el 7 de febrero de 1994 fue nombrada en propiedad en la Escuela Rural 'Marzala' del Municipio de Victoria (Caldas), y el pago de los salarios se efectuaron por intermedio de los FONDOS EDUCATIVOS REGIONALES - FER- de Caldas, recursos del situado fiscal asignado al Departamento de Caldas para el sector de la educación.

No obstante, mencionó que, pese a que de los nombramientos efectuados se desprende que su régimen laboral corresponde al de docente territorial nacionalizada, el DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO en las certificaciones laborales expedidas afirma que es docente nacional.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Se invocaron las leyes 4ª de 1966, 114 de 19313, 116 de 1928, 37 de 1933, 91 de 1989, 60 de 1993, 115 de 1994 y 715 de 2011. También la sentencia del Consejo de Estado de 21 de junio de 2018, radicado 3805-2014.

Como sustento de la infracción, mencionó que debe diferenciarse el docente nacional y el nacionalizado para analizar la procedencia del reconocimiento y pago de la pensión gracia, por lo que al haber prestado sus servicios la demandante a una entidad territorial debe tenerse como docente nacionalizada, pues completó el tiempo de servicios con un ente territorial. Finalmente, haciendo un recuento de las posturas adoptadas por el H. Consejo de Estado y de las normas que regulan la materia, considera que esos tiempos bajo las condiciones anteriores, son de naturaleza nacionalizada y aptos para el cómputo de servicio de la pensión gracia.

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La **UGPP** contestó la demanda de manera oportuna /fls. 87 a 104 C.1/, se opuso a la prosperidad, por considerar que la demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión gracia que reclama. Para sustentar su tesis, formuló los medios exceptivos que denominó:

- **‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO’**, en virtud de que la señora **CÁRMEN EMILIA CÁRDENAS ARIZA** ostentó la calidad de docente nacional y sus salarios fueron financiados con recursos del situado fiscal, hoy Sistema General de Participaciones, por lo que no cumple con los requisitos legales para acceder a la pensión gracia;
- **‘BUENA FE’** arguyendo que no actuó de forma arbitraria, sino por el contrario, las decisiones adoptadas lo fueron conforme a los preceptos legales que rigen la materia;
- **‘PRESCRIPCIÓN’** con base en los artículos 488 del CST y 151 del CPT; y
- **‘GENÉRICA’**, por lo que solicita se declare cualquier vicio que de oficio advierta el juez en el curso del proceso.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

- **PARTE DEMANDADA** /fls. 145 a 155 C.1/: luego de referirse a los argumentos expuestos en el escrito de contestación de la demanda, reiteró que la señora **CARMEN EMILIA CÁRDENAS ARIZA** no cuenta con los 20 años de

docencia oficial de carácter Departamental, Distrital, Municipal o Nacionalizado, en tanto no es posible computar tiempos al servicio de orden nacional ni cargos de carácter administrativo para acceder a la prestación solicitada.

- Según constancia visible a folio 56 del cuaderno principal, la **PARTE DEMANDANTE** y el **MINISTERIO PÚBLICO**, no realizaron pronunciamiento alguno en esta oportunidad procesal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

de las Resoluciones RDP 035661 del 31 de agosto y RDP 044496 del 20 de noviembre, ambos de 2018, con las cuales la entidad demandada negó el reconocimiento de la pensión gracia a la parte accionante, y en su lugar, se ordene el reconocimiento y pago de la mencionada prestación.

PROBLEMA JURÍDICO

Atendiendo a la fijación del litigio de la audiencia inicial, el problema jurídico a dilucidar es el siguiente:

- *¿Cumple la demandante con los requisitos legales para acceder al reconocimiento de pensión gracia creada con la Ley 114 de 1913, especialmente con la exigencia relativa al cumplimiento de los tiempos de servicio docente en los ámbitos territorial o nacionalizado?*

(I)

MARCO JURÍDICO DE LA PENSIÓN GRACIA

La pensión gracia tuvo su origen en la expedición de la Ley 114 de 1913 que dispuso reconocer a los maestros de escuelas primarias oficiales que hayan

servido en el magisterio por un término no inferior a veinte años, el derecho a una pensión de jubilación vitalicia (pensión gracia), previo cumplimiento de los requisitos de edad, tiempo de servicios y calidades personales previstos en el artículo 4° de la citada ley.

Posteriormente, la Ley 116 de 1928 extendió el aludido beneficio a los empleados y profesores de las Escuelas Normales y a los Inspectores de Instrucción Pública, en tanto que su artículo 6° autorizó a los docentes completar el tiempo requerido para acceder a la pensión, sumando a los servicios prestados en diversas épocas en la enseñanza primaria, como normalista, asimilando para tales efectos la inspección de instrucción pública a la enseñanza primaria.

La Ley 37 de 1933, con el artículo 3°, hizo extensivo ese beneficio de los maestros de escuela, a aquellos que hubieran completado el tiempo de servicios señalado por la ley, en establecimientos de enseñanza secundaria.

Por su parte, la Ley 91 de 1989, artículo 15, numeral 2, reiteró la vigencia del derecho a la pensión gracia sólo para los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 y siempre que reunieran la totalidad de los requisitos legales. En efecto, estableció *ad pedem litterae* el citado aparte normativo:

“Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieren desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a

cargo total o parcial de la Nación” /Líneas extra
texto/.

Se precisa indicar aquí, que la declaratoria de exequibilidad que sobre la vinculación hasta el 31 de diciembre de 1980 dispuso el precepto, en sentencia C-489 de 2000, la H. Corte Constitucional refirió que las situaciones jurídicas particulares y concretas que se hubieran consolidado antes del 29 de diciembre de 1989 (fecha de vigencia de esa regulación), quedaban a salvo de la nueva normativa al constituir derechos adquiridos que el Legislador no podía desconocer.

En cuanto al alcance del aludido precepto, el H. Consejo de Estado¹ de manera uniforme ha expuesto que,

“...La disposición transcrita se refiere de manera exclusiva a aquellos docentes departamentales o regionales y municipales que quedaron comprendidos en el mencionado proceso de nacionalización. A ellos, por haberseles sometido repentinamente a este cambio de tratamiento, se les dio la oportunidad de que se les reconociera la referida pensión, siempre que reunieran la totalidad de los requisitos y que hubiesen estado vinculados de conformidad con las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933, con el aditamento de su compatibilidad “...con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación”; hecho que modificó la ley 114 de 1913 para dichos docentes, en cuanto ésta señalaba que no podía disfrutar de la pensión gracia quien recibiera “...otra pensión o recompensa de carácter nacional”.

¹ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 29 de agosto de 1997. Exp. S-699. C.P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda. Criterio reiterado por el Alto Tribunal, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 6 de agosto de 2009, Rad. 25000-23-25-000-2006-03436-01(0019-09), Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

5. La norma pretranscrita, sin duda, regula una situación transitoria, pues su propósito, como se ve, no es otro que el de colmar las expectativas de los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 e involucrados, por su labor, en el proceso de nacionalización de la educación primaria y secundaria oficiales...”.

Vale precisar también respecto al proceso de nacionalización de la educación, que con la entrada en vigencia de la Ley 43 de 1975, la primaria y secundaria que oficialmente venían prestando los departamentos, municipios y distritos, pasó a ser un servicio público a cargo de la Nación, desarrollándose paulatinamente entre el 1° de enero de 1976 y el 31 de diciembre de 1980; este proceso de nacionalización de la educación oficial implicó que las remuneraciones salariales y prestacionales de la planta docente territorial fueran asumidas directamente por la Nación.

Posteriormente con la expedición de la Ley 60 de 1993, la cual determinó la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales, entre otras regulaciones estableció que el sector educativo estaría a cargo de cada entidad territorial para que asumiera la prestación del servicio público de educación.

(II)

EL CASO CONCRETO

En el expediente fue acreditado lo siguiente:

- La señora CARMEN EMILIA CÁRDENAS ARIZA cumplió cincuenta (50) años edad el ocho (8) de julio de 1999, pues nació el ocho (8) de julio de 1949, según se desprende de la copia de su cédula de ciudadanía visible a folio 44 del cuaderno principal.

- Según el Decreto N° 0089 expedido por el Departamento de Caldas, la docente CÁRDENAS ARIZA fue nombrada en el cargo de Directora de la Escuela

Rural 'El Llano' el 28 de febrero de 1969, tomando posesión en dicho cargo el 1° de marzo de 1969 /fls. 29 a 32, C.1/.

➤ El Certificado de Información de 1° de diciembre de 2016, da cuenta de que la demandante estuvo vinculada con el Departamento de Caldas en calidad de 'Docente Primaria', entre el 1° de marzo de 1969 y el 25 de abril de 1971 /fl. 33, C.1/.

➤ Con Decreto N° 001 de 7 de febrero de 1994 expedido por el Departamento de Caldas, la señora CARMEN EMILIA CÁRDENAS ARIZA fue nombrada en el cargo de Docente de tiempo completo en la escuela rural 'Marzala' del Municipio de Victoria (Caldas). Según consta en el expediente, tomó posesión del cargo el 14 de febrero de 1994 /fls. 34 a 37, C.1/.

➤ Milita a folio 37 del cuaderno principal, Certificado de Historia Laboral, con consecutivo N° 3611, expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el que se indica que la demandante prestó sus servicios entre el 14 de febrero de 1994 y el 7 de julio de 2014, en plaza nacional.

➤ Con certificación expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas el 13 de diciembre de 2019/fl. 13, C.4/, se hace constar lo siguiente:

“La Escuela Rural El Llano, perteneciente a la I.E San Pablo, ubicada en el municipio de Victoria - Caldas, es un establecimiento educativo de carácter oficial del orden departamental (nunca ha cambiado de orden).

La Escuela Rural Marzala, perteneciente a la I.E San Pablo, ubicada en el municipio de Victoria - Caldas, es un establecimiento educativo de carácter oficial del orden departamental (nunca ha cambiado de orden)”.

Atendiendo el recuento que precede, está suficientemente determinado que la demandante no solo cuenta con la edad exigida por el marco normativo

relacionado para hacerse acreedora al beneficio pensional perseguido, sino también que se encontraba vinculada al servicio docente en plaza nacionalizada con antelación al treinta y uno (31) de diciembre de 1980.

El *busilis* de la controversia indudablemente se entrelaza con el tipo de vinculación de la actora durante al momento de su ingreso al servicio docente, pues debe tenerse en cuenta que como se pudo apreciar en el acápite anterior, obra en el cartulario el acto de nombramiento y acta de posesión expedido por el Departamento de Caldas, y el certificado de historia laboral y, que de forma contradictoria, identifica el tipo de plaza ocupada por la demandante como nacional.

Frente a este aspecto, tal y como de forma reiterada lo ha exteriorizado el H. Consejo de Estado² y lo ha acogido este Tribunal, en aras de determinar si hay lugar a reconocer la pensión gracia, toma especial connotación el hecho que se acredite en debida forma que el interesado hubiere prestado sus servicios en entidades del orden territorial en virtud de nombramientos de autoridades del mismo orden, y en atención a lo expuesto, es por modo diáfano concluir que dicha relación legal, se predica frente a plazas nacionalizadas. Frente a éste tópico se ha pronunciado recientemente el H. Consejo de Estado³:

“...

Ahora bien, en torno a los tiempos certificados como Nacionales, el demandante considera que tal afirmación es errónea y no corresponde a la realidad, pues su vinculación es del orden territorial, toda vez que fue nombrado por el Gobernador del Departamento del Valle del Cauca.

Al respecto, es oportuno indicar que “el carácter territorial o nacional de los nombramientos docentes, no

² Al respecto ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 31 de mayo de 2012, Rad. 63001-23-31-000-2010-00047 01(2410-11). Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Bogotá D.C., veintiocho (28) de junio de dos mil doce (2012). Radicación número: 76001-23-31-000-2009-00657-01(0209-12)

lo determina la ubicación del Establecimiento Educativo en donde se presten los servicios, sino el Ente gubernativo que en efecto profiere dicho acto, lo que a su vez define la planta de personal a la que pertenecen y el presupuesto de donde proceden las pagos laborales respectivos".⁴

Entre tanto, la Ley 91 de 1989 establece claramente la clasificación entre docentes nacionales, nacionalizados y territoriales en los siguientes términos:

"Artículo 1. Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:

Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.

Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1. de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.

Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1. de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.

(...)."

De conformidad con la anterior disposición, en consonancia con los decretos de nombramiento allegados a este

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Sentencia de 28 de enero de 2010, Radicación No.: 08001-23-31-000-2004-01341-01(0232-08), Actor: Jorge Eduardo Fonseca Trillos.

proceso, se arriba a la conclusión que, tal como lo afirman el demandante y el Ministerio Público, la vinculación del señor Carlos Alberto Ramírez López es del orden territorial, pues fue nombrado por el Gobernador del Departamento del Valle del Cauca (...).

Entonces, de cara a los elementos probatorios allegados al expediente, no puede sostenerse válidamente que la vinculación del demandante corresponde a la de un docente Nacional, por cuanto, en los términos del artículo 1° de la Ley 91 de 1989, no fue nombrado por el Gobierno Nacional - Ministerio de Educación Nacional, sino por una autoridad del orden territorial, igualmente fue objeto de traslados e incorporaciones sin perder tal condición.

En consonancia con las consideraciones anteriormente expuestas, es preciso indicar que esta Corporación ha tenido oportunidad de pronunciarse en torno a los nombramientos provenientes de Gobernadores Departamentales arribando a la conclusión que los docentes vinculados de este modo eran acreedores de la pensión gracia". (...) /Resalta el Tribunal/.

De igual manera, en Sentencia de Unificación datada el 21 de junio de 2018, el supremo tribunal de lo contencioso administrativo estableció las siguientes reglas hermenéuticas (Rad. M.P. 25000-23-42-000-2013-04683-01(3805-14)CE-SUJ2-011-18, Carmelo Perdomo Cuéter).

“(...) Unifícase la jurisprudencia respecto de las controversias relacionadas con el reconocimiento de pensión gracia, en particular en lo que concierne al origen de los dineros de la entidad nominadora, en el sentido de que (i) los recursos del antiguo situado fiscal, regulados tanto en la Constitución de 1886 como en la de 1991, que transfería o cedía la Nación a las entidades territoriales para atender al

sostenimiento de los fondos educativos regionales, una vez ingresaban a los presupuestos locales, le pertenecían de forma exclusiva a los entes territoriales; (ii) la calidad de docente territorial o nacionalizado es otorgada por la ley, y no se pierde, o cambia a nacional, cuando en el acto de vinculación del docente haya intervenido el delegado permanente del Ministerio de Educación Nacional ante el respectivo fondo educativo regional o haya certificado la disponibilidad presupuestal o la vacancia definitiva del cargo; (iii) en consecuencia, lo esencialmente relevante, frente al reconocimiento de la aludida prestación, es la acreditación de la plaza a ocupar, esto es, que sea de carácter territorial o nacionalizada, pues en lo que respecta a los educadores territoriales, el pago de sus acreencias provenía directamente de las rentas endógenas de la respectiva localidad, o de las exógenas –situado fiscal– cuando se sufragaban los gastos a través de los fondos educativos regionales, y en lo que tiene que ver con los educadores nacionalizados, las erogaciones que estos generaban se enmarcan en los recursos del situado fiscal, hoy sistema general de participaciones; y (iv) para acreditar la calidad de docente territorial, se requiere copia de los actos administrativos donde conste el vínculo, en los que además se pueda establecer con suficiente claridad que la plaza a ocupar sea de aquellas que el legislador ha previsto como territoriales, o en su defecto, también se puede acreditar con la respectiva certificación de la autoridad nominadora que dé cuenta de manera inequívoca que el tipo de vinculación al cual se encuentra sometido el docente oficial es de carácter territorial”.

En este orden de ideas, en modo alguno le asiste razón a la UGPP al denegar el derecho deprecado bajo el argumento expuesto en los actos administrativos demandados, según el cual la vinculación de la accionante CARMEN EMILIA CÁRDENAS ARIZA es de carácter nacional, pues ha quedado suficientemente

ilustrado y corroborado a través de la prueba practicada dentro del proceso, que la nulidisciente fue nombrada en dicha plaza por una autoridad del orden territorial, y como ha ocurrido en casos similares, más allá de la calificación que el propio FNPSM quiso atribuir a dicha plaza docente como nacional, ninguna de las pruebas permite avalar esta conclusión.

Por lo demás, al sumarse los referidos tiempos de servicio docente prestados por la nulidisciente en plazas nacionalizadas, se tiene que la accionante acreditó 21 años 4 meses y 18 días, de lapso útil para acceder a la prestación vitalicia aquí implorada.

De igual manera, halla este Juez Plural que los veinte (20) años de servicio necesarios para acceder a la pensión gracia tuvieron lugar 19 de febrero de 2013, fecha en la que cumplió el estatus pensional, pues ya había cumplido 50 años de edad el ocho 8 de julio de 1999, amén de lo cual ante el lleno del requisito de buena conducta, hay lugar al reconocimiento de la pensión pretendida.

LIQUIDACIÓN PENSIONAL.

De conformidad con el artículo 5° del Decreto 1743 de 1966⁵, reglamentario de la Ley 4ª de 1966, la cuantía de la pensión gracia a reconocer habrá de liquidarse con el promedio del 75% de los salarios devengados durante el año anterior a la adquisición del status pensional, es decir, entre el 19 de febrero de 2012 y el 19 de febrero de 2013, entendiendo por salario⁶ la totalidad de los ingresos que

⁵ “ARTÍCULO 50. <Artículo modificado por el artículo 1 del Decreto 2025 de 1966. El nuevo texto es el siguiente:> A partir del veintitrés de abril (23) de 1966 inclusive, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o unas entidades de Derecho Público, serán liquidadas y pagadas tomando como base el setenta y cinco (75%) del promedio mensual de salarios devengados durante el último año de servicios...”

⁶ El término “salario” ha sido definido por el Diccionario de la Real Academia como el “*Estipendio o recompensa que los amos dan a los criados por razón de su servicio o trabajo. Por Ext. Estipendio con que se retribuyen servicios personales*”. A su vez el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, tomo VI de G. Cabanellas, L. Alcalá -Zamora, respecto del concepto de salario dice: “*El salario es la compensación que recibe el obrero o empleado a cambio de ceder al patrono todos sus derechos sobre el trabajo realizado. Comprende la totalidad de los beneficios que el trabajador obtiene por sus servicios u obras, no sólo la parte que recibe en metálico o especie, como retribución inmediata y directa de su labor; sino también las indemnizaciones por espera, por impedimento o interrupciones del trabajo, aportaciones patronales, por los seguros y bienestar, beneficios a los herederos y conceptos semejantes. (...)*”.

recibe el trabajador por sus servicios, ello conforme a la Ley 33 de 1985 y al Decreto 1042 de 1978, artículo 42.

EL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

En atención a lo expuesto, se ordenará a la UGPP reconocer a favor de la señora **CARMEN EMILIA CÁRDENAS ARIZA** la pensión gracia a partir del 19 de febrero de 2013, fecha en que obtuvo su status pensional, liquidándola con el 75% de todo el salario devengado durante el año en que consolidó este derecho prestacional, es decir, entre el 19 de febrero de 2012 y el 19 de febrero de 2013. Las sumas reconocidas serán reajustadas con siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Según la cual, el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

PRESCRIPCIÓN.

Se tiene que el Decreto 1848 de 1969 prescribe en su artículo 102, *ad pedem litterae*:

“1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y este decreto, prescriben en tres (3) años, contados a

partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial, formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”
/Subrayas extra texto/.

Con sustentáculo en la norma transcrita, es evidente para este órgano colegiado que en el *sub lite* se configura la prescripción, toda vez que transcurrieron más de tres (3) años desde el momento en que la actora obtuvo el status pensional (19 de febrero de 2013) hasta la fecha en que presentó la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho (13 de marzo de 2019, según acta individual reparto fl. 1, y por ende, se entiende que ha operado el fenómeno prescriptivo para las mesadas anteriores al 14 de junio de 2015, teniendo en cuenta que la solicitud de reconocimiento de la pensión se radicó ante la entidad demandada el 14 de junio de 2018 /fl. 19 C.1/.

COSTAS.

Se condenará en costas a la parte demandada en virtud de lo dispuesto en el artículo 188 del C/CA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, teniendo en cuenta que producto de la vulneración de los derechos de la parte actora se vio en la necesidad de contratar un abogado y sufragar los gastos procesales hasta su culminación.

Como agencias en derecho se fija el 3% del total de las pretensiones a cargo de la parte accionante, ello de acuerdo con lo establecido en el numeral 1 del artículo 5° del Acuerdo N° PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Es por lo discurrido que el **Tribunal Administrativo de Caldas, SALA DE DECISIÓN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

DECLÁRASE la nulidad declare la nulidad de las Resoluciones RDP 035661 del 31 de agosto y RDP 044496 del 20 de noviembre, ambas de 2018, con las cuales se negó a la demandante el reconocimiento de la pensión gracia a la demandante.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho,

ORDÉNASE a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**, reconocer y pagar a la señora **CARMEN EMILIA CÁRDENAS ARIZA** la pensión gracia a partir del 19 de febrero de 2013, fecha en que obtuvo su status pensional, con efectos fiscales desde el 14 de junio de 2015 por prescripción trienal, y liquidándola con el 75% de todo el salario devengado durante el último año anterior a la adquisición del estatus.

La entidad demandada **DARÁ** cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del C/CA (ley 1437/11), **PREVINIÉNDOSE** a la parte actora de la carga prevista en el inciso 2º del precepto citado.

COSTAS a cargo de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**, las que serán liquidadas y ejecutadas conforme lo determinan el artículo 366 del C.G.P.

Las **agencias en derecho**, también a cargo de la **UGPP**, se fijan en el 3% de lo pretendido, también a cargo de la **UGPP** y a favor de la demandante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.1 del Acuerdo No. PSAA16-10554 del cinco (5) de agosto de 2016 proferido por el H. Consejo Superior de la Judicatura.

Ejecutoriada esta providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere, y **ARCHÍVESE** el proceso, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 046 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

17-001-23-33-000-2019-00376-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, quince (15) de SEPTIEMBRE de dos mil veintitrés (2023)

S. 168

EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, Sala 4ª de Decisión Oral, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **RODRIGO LÓPEZ ARANA** y la sociedad **DICONSULTORÍA S.A.** contra la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

Impetra quienes integran la parte accionante, se anulen las Resoluciones N° 85898 de 23 de noviembre de 2018, y 3008 de 11 de febrero de 2019, con las cuales les fue impuesta una sanción económica por infracción al régimen de la competencia, y, en consecuencia, se disponga el reintegro de las sumas pagadas en virtud de los actos demandados, con sus correspondientes intereses, generados entre la data de cumplimiento de dichos actos y aquella en la que se devuelvan los dineros.

CAUSA PETENDI.

- La sociedad DICONSULTORÍA S.A. formó parte del CONSORCIO DICO -IDT, que resultó adjudicatario en el Concurso de Méritos CM-AAC-002-2009, que culminó con la suscripción del Contrato N° 111 de 2009, cuyo objeto era la interventoría técnica, administrativa y financiera de la construcción del terraplén N° 8 del

Aeropuerto del Café en Palestina, Caldas. Se anota que la adjudicación de este proceso de selección se dio mediante Resolución N° 126 de 21 de octubre de 2009.

- La misma sociedad DICONSULTORÍA S.A. también integró el CONSORCIO DICO-IDT2, que fue adjudicatario del concurso de méritos para seleccionar el Interventor técnico, administrativo y financiero del terraplén N° 10 de la misma terminal aérea, dando lugar a la suscripción del Contrato N° 116 de 2009. En este caso, se indica por la parte actora, la adjudicación tuvo lugar el 30 de octubre de 2009, con la Resolución N° 128 de esa data.
- El 30 de marzo de 2012, la Delegatura para la Protección de la Competencia de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO dispuso abrir investigación a la sociedad demandante por, presuntamente, haber incurrido en las conductas descritas en los artículos 47 numeral 9 del Decreto 2153 de 1992, y 1° de la Ley 155 de 1959; así mismo, abrió investigación contra el actor RODRIGO LÓPEZ ARANA, por haber incurrido en la falta prevista en el canon 47 numeral 6 del aludido Decreto 2153/92. Lo anterior, debido a que, supuestamente, se incurrió en la conducta conocida como colusión, pues la demandada halló evidencias de reuniones sostenidas entre los participantes del concurso de méritos, en las que coordinaron la preparación de las ofertas y, por ende, la adjudicación en el proceso de selección.
- A través de los actos administrativos demandados, la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO impuso multas de \$ 306'246.864 a la sociedad DICONSULTORÍA S.A. y \$93'749.040 al señor RODRIGO LÓPEZ ARANA.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La parte nulidiscente invoca como infringidos los artículos 29 y 83 de la Constitución Política, 47 numeral 9 del Decreto 2153/92, 27 de la Ley 1340 de 2009, y 240 a 242 del Código General del Proceso, con base en los motivos de anulación que a continuación se refieren:

FALTA DE COMPETENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO POR CADUCIDAD DE LA POTESTAD SANCIONATORIA: Expone que al

momento de expedir los actos administrativos sancionatorios, la entidad accionada ya no contaba con la potestad sancionatoria por haber operado el fenómeno de la caducidad de dicha facultad desde el 6 de noviembre de 2014, fecha de ocurrencia del último acto violatorio del régimen de competencia económica. Así mismo expresa que, una vez iniciado el procedimiento sancionatorio, el acto que lo culminó no fue notificado dentro del término de 5 años contados desde el último acto objeto de reproche, como lo exige la norma. En el caso de la colusión, que fue la conducta endilgada a los accionantes, se expresa que puede consistir en un solo acto, o en conductas de tracto sucesivo, caso en el cual la caducidad se cuenta desde la última de ellas.

Tratándose de la colusión, cuando esta se concreta en actos de tracto sucesivo, el acuerdo colusorio en materia de contratación estatal se prolonga hasta la obtención del cometido, es decir, hasta la adjudicación del contrato. Así las cosas, explica que el artículo 47 numeral 9 del Decreto 2153/92 define expresamente la colusión, precisando que los comportamientos reprobables son la distribución de adjudicaciones de contratos, la distribución de concursos o la fijación de propuestas. Contrario a esta interpretación, indica, la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO ha entendido que la colusión se concreta cuando se obtiene el cometido, que es la obtención de rentas por los participantes, postura que a juicio de la parte demandante se aparta de toda lógica, pues esto llevaría a que, aun habiendo colusión, esta no pueda sancionarse si no se comprueba que existió repartición de ventajas económicas.

Pone de presente que la superintendencia incurrió en una grave contradicción, pues como fundamento de la decisión sancionatoria y de la no caducidad de su facultad punitiva, invocó sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que indica expresamente que en estos casos la colusión se concreta al momento de adjudicar el contrato, sin embargo, acogió luego conclusión contraria.

En ese orden, opina que la supuesta colusión que se le endilga en el caso concreto fue de tracto sucesivo, pero se materializó con la adjudicación del contrato que tuvo lugar el 30 de octubre de 2009, fecha a partir de la cual comenzaba a contarse el término de 5 años de caducidad de la facultad

sancionadora, interpretación que se aviene a los verbos rectores de la colusión, pues la conducta reprochada se materializa con la infracción al régimen de competencia económica, mas no con la obtención de beneficios económicos, hipótesis que la norma no consagra.

Insiste que en otros casos de colusión, la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO ha admitido que los actos constitutivos de esta conducta inician con la presentación de ofertas, y culminan con la declaratoria de desierto del proceso contractual, o con la adjudicación del contrato según sea el caso, por lo que sorprende que en el caso de marras haya contrariado su propia tesis para extender su competencia temporal de forma arbitraria hasta la liquidación del contrato, que no es un acto colusorio.

FALSA MOTIVACIÓN POR ERROR DE DERECHO, AL INTERPRETARSE INADECUADAMENTE LAS DISPOSICIONES APLICABLES CON LAS QUE SE FUNDAMENTARON LAS RESOLUCIONES 85898 DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2018 Y 3008 DE 11 DE FEBRERO DE 2019: Insistiendo la parte nulidiscente en que se dio una errada interpretación a las normas previstas en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009 y el canon 47 del Decreto 2153 de 1992, permitió que ampliara su competencia temporal de manera indebida.

Estima que la norma en mención contempla 3 supuestos; de un lado, si la colusión se presenta en licitaciones o concursos, la conducta se concreta con la presentación de la oferta que afecte el normal desarrollo del concurso, para que esta termine desierta; de otro, en caso de que el acuerdo verse sobre la adjudicación de contratos, el acto se agota con la adjudicación, pues en ese momento se presenta la distribución; y tercero, si el acuerdo colusorio es para la fijación de una propuesta, el acto se agotará con la presentación de la respectiva ofertta.

En este sentido, se insiste en que la SIC se basó en una sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a la cual le otorgó una interpretación contraria, pues esa providencia recalca que, en casos contractuales, la colusión se agota con la adjudicación del proceso contractual, momento que sirve de punto de partida para contar la caducidad de la facultad

sancionatoria; además, dice, la SIC en otros eventos ha sostenido que la colusión puede extenderse hasta la fase de ejecución del contrato, siempre que este sea cedido o exista subcontratación del contrato adjudicado, y si esto se aplica al caso concreto, los subcontratos fueron suscritos el 15 de diciembre de 2009, por lo que la potestad sancionatoria se computaría hasta el 15 de diciembre de 2014, y con ello, los actos sancionatorios se reputarían también extemporáneos.

FALSA MOTIVACIÓN POR ERROR DE HECHO, POR VULNERAR EL PRINCIPIO “VENIRE CONTRA FACTUM PROPIUM NOT VALET”, AL DESCONOCER EL ALCANCE VERDADERO DE SUS PROPIOS ACTOS: Nuevamente reitera que la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO desconoció sus propios actos y sus propias tesis en relación con la caducidad de la facultad sancionadora cuando se trata de actos de colusión de tracto sucesivo, para explicar que, en los actos demandados, la SIC indicó que las alusiones que hizo la parte actora a un pronunciamiento del Tribunal Administrativo de Cundinamarca no eran de recibo, pues este fallo no se encontraba en firme; empero, los demandantes califican como extraña esta aseveración, pues fue la propia entidad accionada quien había citado dicho pronunciamiento judicial y luego pretendió apartarse de este, evidenciando la mala fe de la SIC, pues otro pronunciamiento que sirvió de base a su tesis sí fue considerado, pese a que tampoco se halla en firme.

FALSA MOTIVACIÓN POR ERROR DE HECHO, AL NO ACREDITARSE LOS ELEMENTOS DE CONSTITUCIÓN DEL INDICIO COMO MECANISMO DE PRUEBA DE LA EXISTENCIA DEL ACUERDO COLUSORIO: Anotándose que la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO no logró demostrar la existencia del acuerdo de colusión, el que pretendió probar a través de indicios, pero realmente incurrió fue en una inferencia subjetiva que la parte actora califica como peligrosa. Considera, en este sentido, que los testimonios de JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA y EDGAR ALONSO CASTRO LIZARALDE no prueban la colusión, pues se trata de dichos inducidos y acomodados, no existen hechos probados que den cuenta de un acuerdo de colusión, ni que lleven a un convencimiento pleno de su existencia, como tampoco existió un razonamiento lógico deductivo que acredite dicha conducta; en todo caso, se refiere, no es posible que se presentara colusión toda vez que, por las características del concurso de méritos, el precio lo fijaba la propia entidad y no los concursantes;

adicionalmente, tampoco hubo afectación a la libre competencia económica ni escogencia del contratista, en un proceso al cual se presentaron 8 firmas y 2 personas naturales. Precisa, finalmente, que la SIC profirió una condena en un único texto para todos los investigados, sin individualizarla como lo exige el canon 26 de la Ley 1340 de 2009.

VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO POR FALTA DE CONGRUENCIA ENTRE LA CONDUCTA SANCIONABLE Y LA VALORACIÓN DE LA CONDUCTA DE LA SOCIEDAD DICONSULTORÍA S.A. Y EL SEÑOR RODRIGO LÓPEZ ARANA: En su sentir, la SIC incurrió en una incongruencia entre los cargos formulados y la conducta sancionable prevista en la ley. Y haciendo mención a los alcances de la legalidad y la tipicidad en materia sancionatoria, se señala que los accionantes no incurrieron en ninguna de las conductas descritas en el artículo 47 numeral 9 del Decreto 2153/92, por lo que dicha norma es de ejecución inmediata y no de tracto sucesivo, como lo entendió la SIC.

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR

La **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO** contestó la demanda de manera oportuna con el escrito de folios 418 a 427 del cuaderno principal, donde afirma que sus actuaciones han estado mediadas por el objetivo de proteger la libre competencia económica y la iniciativa privada, garantizadas en el artículo 333 de la Carta Política, y que se extienden a los procesos de contratación estatal.

Sobre la colusión, resalta que tiene varios efectos perniciosos, como impedir que los proponentes participen en procesos de selección transparentes, afectar al Estado por los costos que le implica tener proponentes faltos de idoneidad, perjudicar el mercado por la reducción de la competencia, y la posibilidad de aumento de los precios o disminución de la calidad, además de afectar a la comunidad, por la falta de eficiencia que conlleva la obtención de utilidades injustificadas que derivan los proponentes que incurren en colusión.

Recalca que los procesos sancionatorios se iniciaron a raíz de la denuncia presentada por el señor FRANCISCO MURCIA sobre posibles conductas de colusión en el marco de la adjudicación de la interventoría del AEROPUERTO DEL CAFÉ, y luego de desarrollado el proceso, esa superintendencia halló plenamente probado el acuerdo de colusión, que se extendió más allá de la etapa de ejecución de los acuerdos contractuales. En virtud de dichos acuerdos, indica, los proponentes coordinaron su comportamiento antes, durante y después de los procesos de contratación, con el propósito de resultar adjudicatarios y retribuir de forma posterior al agente que no resultara favorecido.

Sobre el cargo de anulación por haber operado la caducidad de la facultad sancionatoria, manifestó que las sentencias del Tribunal Administrativo de Cundinamarca citadas por los nulidiscientes, no pueden analizarse por fuera de contexto, ya que involucran los supuestos fácticos particulares de los casos que allí se abordaron, en la medida en que el tema puntual de análisis no era la caducidad de la facultad sancionatoria; además, se trata de procesos de primera instancia, cuyas sentencias aún no están en firme, pues fueron apeladas. En todo caso, anota que, con base en dichos pronunciamientos, es claro que hay conductas de colusión que extienden sus efectos nocivos en la fase de ejecución del contrato, por lo que solo cesan con la liquidación del contrato estatal, tal como ocurrió en el caso concreto, en el que la estrategia de los infractores de la ley resultó exitosa. Explica que el Consejo de Estado ha determinado que, en tratándose de conductas de carácter sucesivo o continuado, la caducidad de la facultad sancionatoria debe contarse desde la fecha en la que cesa la conducta y no desde su iniciación, iterando que en este caso, el comportamiento de colusión cesó con la liquidación del contrato estatal y, por ende, no hay lugar a variar la postura expuesta en los actos demandados, conforme a la cual, tratándose de conductas de tracto sucesivo, la caducidad ha de contarse desde que cesan los efectos de la conducta.

Como muestra de que los efectos de la conducta de colusión se prolongaron después de la adjudicación del contrato, trae a colación los acuerdos realizados con el señor EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRRALDE (REPRESENTANTE DE CASTRO FLÓREZ) y los CONSORCIOS PALESTINA 8 Y PALESTINA 10, que se tradujeron en pagos compensatorios de los consorcios ganadores a favor de estos últimos, lo

que se constituye en la continuación de los efectos lesivos que se extendieron desde la ejecución del acuerdo contractual. De esta manera, considera que los acuerdos colusorios abarcaron la etapa de ejecución de los contratos, por lo que solo a partir de su liquidación, ocurrida el 27 de diciembre de 2013, puede considerarse que cesó la conducta, y desde esta fecha contar el término de caducidad de la facultad sancionatoria, pues las conductas de tracto sucesivo culminan cuando cesan los efectos de la misma.

Acerca de los indicios, cuya falta de elementos alega la parte accionante, expresa que hubo suficiente prueba del acuerdo colusorio, no solo a partir de las inconsistencias halladas en algunos testimonios, sino con lo demás elementos de prueba que hay en el expediente. Aclara que los testimonios apoyan, pero no son los únicos que fundamentan la conclusión de la Superintendencia sobre la existencia del acuerdo de colusión.

Finalmente expuso, que los acuerdos colusorios no deben versar de forma exclusiva sobre el factor precio, pues como en este caso, pueden abarcar elementos como la experiencia de los competidores, en tanto que lo que la ley castiga es que 2 o más proponentes actúen de manera coordinada en procesos de contratación estatal donde deben fungir como competidores, con independencia del factor sobre el cual versen esos pactos.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO /fls. 203-205/: reprodujo de forma íntegra los argumentos planteados en el escrito de respuesta a la demanda, ratificando que no operó la caducidad de la facultad sancionatoria, porque en casos de conducta continuada como el presente, dicho término se computa desde la cesación del comportamiento, en este caso representado por la liquidación del acuerdo contractual, pues lo contrario sería desconocer que la indebida coordinación de los proponentes se prolongó en la fase de ejecución del contrato.

Aclara que dadas las particularidades de la contratación estatal, en este ámbito los proponentes compiten por el mercado, y tiene una fase activa de

presentación de propuestas y observaciones, y otra pasiva, de explotación de beneficios económicos y mantenimiento del mercado adquirido, reiterando que en el caso concreto, las conductas coordinadas entre los proponentes sancionados se prolongaron mucho tiempo después de la adjudicación, prueba de lo cual están las negociaciones que se dieron posteriormente con los consorcios y que implicaron la realización de pagos compensatorios; por ende, solo desde el 27 de diciembre de 2013, fecha de liquidación del contrato y cruce de cuentas entre la contratante y la entidad colusoria, puede contarse la caducidad de la facultad sancionatoria.

En línea con su postura de defensa, añade que la conducta sancionada no se determinó a partir de indicios, sino de un análisis integral de las pruebas que obran en el expediente administrativo, de las cuales emerge la existencia de unos acuerdos y similitudes en las ofertas que los implicados no pudieron explicar ni desestimar. En consecuencia, pide se desestime cualquier cuestionamiento efectuado a la valoración probatoria de manera aislada, pues esta debe hacerse en conjunto.

PARTE DEMANDANTE /fls. 207-219/: ratifica que, al momento de expedir los actos demandados, la entidad llamada por pasiva había perdido competencia por haber operado la caducidad de la facultad sancionatoria, y, además que, una vez iniciado el procedimiento sancionatorio, tampoco fue notificado el acto sancionador dentro de los 5 años siguientes. Estima, en armonía con la descripción típica plasmada en el Decreto 2153 de 1992, que la colusión se materializa con la distribución de la adjudicación de un contrato o un concurso, o la fijación de propuestas, y no cuando se obtiene el cometido económico o las rentas de la explotación de dicho acuerdo, como lo entiende la entidad demandada. Precisa que fue la propia entidad accionada quien acudió a un pronunciamiento del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que le brinda la razón a la tesis de los accionantes, y, por tanto, la data del cómputo de la caducidad debe darse desde la fecha de adjudicación del último de los contratos.

De igual manera, acotó, la SIC no determinó cuál de las conductas fue la tipificada al imponer la sanción, incurrió en una falsa motivación por no

acreditar los elementos de constitución del indicio como mecanismo de prueba del acuerdo colusorio, e incurrió en una falta de congruencia entre la conducta sancionable y la valoración del comportamiento reprochado a la parte accionante.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Persigue por modo quienes fungen como parte demandante, se declare la nulidad de los actos administrativos con los cuales la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO les impuso sanción de multa por la supuesta violación al régimen de competencia económica, consistente en haber incurrido en la conducta de ‘colusión’ en el marco de la adjudicación del contratista para la interventoría de la construcción del AEROPUERTO DEL CAFÉ.

PROBLEMAS JURÍDICOS

De acuerdo con los planteamientos de las partes, para esta Sala de Decisión el fondo del asunto se contrae a la dilucidación de los siguientes problemas jurídicos:

- *¿La SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO había perdido competencia para expedir los actos administrativos sancionatorios contra los demandantes, en virtud de la caducidad de la facultad sancionadora?*
- *¿Vulneró la entidad llamada por pasiva los derechos al debido proceso de la parte actora durante el trámite sancionatorio, por indebida valoración de la prueba indiciaria, así como la incongruencia entre la conducta sancionable y el comportamiento de los accionantes?*

(I)

CADUCIDAD DE LA POTESTAD SANCIONATORIA

Como se anotó, el principal punto de debate en el *sub-lite* tiene que ver con la ‘caducidad’ de la potestad sancionatoria de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO en el caso de autos, y en tal sentido, el punto de disenso entrabas partes radica en determinar, cuál es la fecha inicial del cómputo de dicho lapso. Mientras la parte accionante afirma que este plazo debe contarse desde el 30 de octubre de 2009, fecha de ‘adjudicación’ del último contrato de interventoría, la entidad enjuiciada insiste en que el punto inicial para la contabilización de la caducidad tuvo lugar el 27 de diciembre de 2013, fecha en la cual el contrato fue sometido a ‘liquidación’.

Se trata, por modo, de un punto de puro derecho, referido a la hermenéutica que debe brindarse a las normas sancionatorias, y la forma cómo debe contarse el lapso preclusivo de caducidad de dicha potestad, además, a la naturaleza de la COLUSIÓN, conducta que fue objeto de reproche, y que culminó con la decisión en contra de los accionantes.

Para ello, el Tribunal se ocupará de abordar:

(i) la naturaleza de la colusión y las modalidades de la misma, especialmente cuando se da en el marco de la contratación pública;

(ii) la caducidad de la facultad sancionatoria de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, y la forma de contar el término, según se trate de faltas instantáneas o de ejecución continuada;

iii) Finalmente, a partir de estos puntos, corresponderá a este juez colegiado dilucidar si la SIC había perdido competencia o no para castigar a los demandantes al momento de proferir los actos demandados, en virtud de la institución jurídica de la ‘caducidad’.

(I)
LA COLUSIÓN

A manera de contexto, la prohibición de las prácticas restrictivas de la libre competencia económica encuentra su fundamento en el texto del canon 333 inciso 2° de la Constitución Política, por cuyo ministerio, *“La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades”*, prerrogativa que también se halla dentro del catálogo que, a título enunciativo, contiene el artículo 88 del texto fundamental, cuya protección procede a través de las acciones populares.

En la Sentencia C-032 de 2017¹, la Corte Constitucional conceptualizó el derecho a la libre competencia económica, así como su núcleo esencial:

“...

La libertad de competencia por su parte, acontece cuando un conjunto de “empresarios o de sujetos económicos, bien se trate de personas naturales o jurídicas, dentro de un marco normativo y de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos o recursos a la conquista de un mercado de bienes y servicios en el que operan otros sujetos con intereses similares. Se trata propiamente de la libertad de concurrir al mercado ofreciendo determinados bienes y servicios, en el marco de la regulación y en la ausencia de barreras u obstáculos que impidan el despliegue de la actividad económica lícita que ha sido escogida por el participante.

5.2. La Corte ha identificado los contenidos del derecho a la libre competencia, señalando que *“La libre competencia, por su parte, consiste en la facultad que tienen todos los empresarios de orientar sus esfuerzos, factores empresariales y de producción a la conquista de*

¹ M.P. Alberto Rojas Ríos.

un mercado, en un marco de igualdad de condiciones. Según la jurisprudencia constitucional, esta libertad comprende al menos tres prerrogativas: (i) la posibilidad de concurrir al mercado, (ii) la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que se estimen oportunas, y (iii) la posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario. En este orden de ideas, esta libertad también es una garantía para los consumidores, quienes en virtud de ella pueden contratar con quien ofrezca las mejores condiciones dentro del marco de la ley y se benefician de las ventajas de la pluralidad de oferentes en términos de precio y calidad de los bienes y servicios, entre otros.²

...” /Cursivas del texto original, resaltados del Tribunal/.

Entretanto, la proscripción de comportamientos contrarios a este postulado, ya se encontraba consagrada en la normativa anterior a la carta de 1991, como lo denota el artículo 1° de la Ley 155 de 1959³, en virtud del cual:

“Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.”

PARÁGRAFO. El Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de

²Sentencia C-909 de 2012 M.P. Nilson Pinilla Pinilla, Consideración Quinta, usando como intertextos la sentencias C-197 de 2012 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, C-992 de 2006 M.P. Álvaro Tafur Galvis, C-616 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil, C-815 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil y C-389 de 2002 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

³ Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas.”

interés para la economía general”. /Destacado del Tribunal/.

Más recientemente fue expedido el Decreto 2153 de 1992⁴, que ratificó esta prohibición, pero ahondó en la descripción de los comportamientos que infringen el derecho a la libre competencia económica, y específicamente en lo que es materia de este litigio, estableciendo lo siguiente (art. 47):

“Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

...
...
...

9. Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas” /Subraya la Sala/.

De manera específica, la colusión, conducta prevista en el texto normativo parcialmente reproducido, y por la cual fueron sancionados los accionantes, también ha sido objeto de definición por la jurisprudencia del Consejo de Estado quien, en sentencia de 5 de agosto de 2021, trayendo a colación sus anteriores pronunciamientos, razonó bajo el siguiente temperamento jurídico (M.P. Hernando Sánchez Sánchez, Rad. 25000234100020130060901):

“... ”

Esta Sección de la Corporación ha definido el término colusión y las modalidades bajo las cuales puede configurarse:

“[...] a) Que el acuerdo tenga por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la

⁴ “Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones”

distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de los términos de las propuestas.⁵

Colusión, de acuerdo con su significado natural significa “Pacto ilícito en daño de un tercero”⁶, de manera que lo que se castiga es el pacto para desfavorecer a un tercero⁷

La doctrina ha señalado que de la citada norma es posible clasificar tres clases de colusión, como pasa a analizarse a continuación:

Una primera modalidad, por **distribución de adjudicación en contratos**, la cual ha sido definida así:

“[...] Esta forma de colusión tiene como sujetos las empresas interesadas en presentar propuestas, que de manera acordada acogen entre ellas el agente económico que presentará la mejor propuesta, introduciendo en cada propuesta elementos que la hacen más atractiva, lo que deja sin posibilidad de una verdadera escogencia a la empresa interesada en los servicios⁸”.

Una segunda modalidad, de **distribución de concursos**, según la cual:

“[...] Conforme a la ley de contratación administrativa, cuando el objeto del contrato consiste en estudios o trabajos técnicos o especializados, el proceso de selección se llamará concurso y se efectuará también mediante invitación pública. Así, el alcance de este supuesto hace referencia particular a

⁵ VELANDIA Mauricio, Derecho de la competencia y del consumo, competencia desleal; abuso de la posición dominante; carteles restrictivos; actos restrictivos; integraciones económicas y protección al consumidor, 2ª edición, Universidad Externado de Colombia, 2011.

⁶ Definición de la Rae: <https://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=colusi%C3%B3n>, fecha de consulta: 7 de noviembre de 2019.

⁷ VELANDIA Mauricio, Derecho de la competencia y del consumo, competencia desleal; abuso de la posición dominante; carteles restrictivos; actos restrictivos; integraciones económicas y protección al consumidor, 2ª edición, Universidad Externado de Colombia, 2011, página 157.

⁸ *Ibidem*. Página 158 y 159.

los concursos, con los mismos elementos ya mencionados en lo referente al principio de legalidad⁹”.

Finalmente, una tercera modalidad de **fijación de términos de las propuestas¹⁰**, que surge cuando:

“[...] La conducta que nos ocupa hace parte de aquellas que requieren obligatoriamente la participación de la empresa que pretende adjudicar los contratos. Lo anterior se explica si observamos el contenido del precepto fáctico, pues la conducta restrictiva debe ser desarrollada por la empresa que invita a presentar ofertas a otras. La conducta que se reprime consiste en elaborar unos pliegos que no permiten la igualdad de oportunidades para los posibles participantes, pues por medio de estos puede la licitación estar dirigida para que uno de ellos se vea favorecido. En tal instancia la empresa o la persona encargada de elaborar los pliegos acuerda con uno de los potenciales contratistas la adjudicación del contrato, diseñando en conjunto un pliego que beneficiará al partícipe del acuerdo. Además de ser restrictiva puede llegar a ser desleal”.

a) Por último, se requiere que el acuerdo afecte la libre competencia [...]”. /Resaltados del Tribunal/.

La colusión también es un comportamiento consagrado por la ley penal; al respecto, el artículo 27 de la Ley 1474 de 2011, que introdujo esta conducta en el código de los delitos y las penas, estableció en su tenor literal:

“La Ley 599 de 2000 tendrá un artículo 410A, el cual quedará así:

“El que en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y

⁹ Ibídem. Folio 159.

¹⁰ Ibídem. Folio 159.

multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para contratar con entidades estatales por ocho (8) años.

PARÁGRAFO. El que en su condición de delator o clemente mediante resolución en firme obtenga exoneración total de la multa a imponer por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en una investigación por acuerdo anticompetitivo en un proceso de contratación pública obtendrá los siguientes beneficios: reducción de la pena en una tercera parte, un 40% de la multa a imponer y una inhabilidad para contratar con entidades estatales por cinco (5) años”.

(II)

LA CADUCIDAD SANCIONADORA

Retomando el tema litis, la caducidad de la potestad sancionatoria en tratándose de prácticas restrictivas de la libre competencia, aquella está regulada en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, que prevé, *ad pedem litterae*:

“La facultad que tiene la autoridad de protección de la competencia para imponer una sanción por la violación del régimen de protección de la competencia caducará transcurridos cinco (5) años de haberse ejecutado la conducta violatoria o del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas de tracto sucesivo, sin que el acto administrativo sancionatorio haya sido notificado” /Destaca la Sala/.

Si bien el Consejo de Estado no ha aludido de manera concreta a este artículo, sí se ha referido a la caducidad de la facultad punitiva, tanto a aquella consagrada de forma genérica en la legislación de lo contencioso administrativo (arts. 52 de la Ley 1437 de 2011 y 38 del derogado Decreto 01 de 1984) como aquellas disposiciones especiales, dejando en claro que como ocurre en el caso sometido a estudio del Tribunal, no existe duda que, en tratándose de conductas continuadas, la caducidad se computa desde el último acto reprochado por la legislación.

Así lo estableció al pronunciarse sobre la caducidad de la facultad sancionatoria en el C.C.A y la Ley 30 de 1992, norma específica del sector de educación superior¹¹:

“...

Los artículos 38 del C.C.A. y 52 de la Ley 30 de 1992, coinciden en disponer que la potestad sancionatoria que ostentan las autoridades administrativas caduca al cabo de tres (3) años. Mientras el primero de los preceptos enunciados señala que su computo empieza el día que haya tenido lugar la ocurrencia de la falta, en el segundo se hace referencia a que la misma debe empezar a partir del “último acto” constitutivo de la misma. Si bien podría decirse en principio que se presenta una contradicción entre ambas disposiciones con respecto al momento a partir del cual debe comenzar el computo del término de caducidad, la Sala considera que aquella en realidad es aparente, pues mientras el artículo 38 del C.C.A. se está refiriendo a aquellos actos constitutivos de falta que se realizan y se agotan en un solo instante, el artículo 52 de la Ley 30 de 1992 está haciendo alusión a aquellos actos sancionables de ejecución continuada. **En todo caso, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido reiterativa en interpretar el artículo 38 del C.C.A. en el sentido de señalar que cuando la conducta constitutiva de la falta se desarrolla no en un único momento sino que se prolonga durante cierto período de tiempo, el término de caducidad debe contarse a partir del último acto”**
/Destacado de la Sala/.

Y en otro pronunciamiento sobre el fundamento de la caducidad de la facultad sancionatoria, expresó¹²:

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, M.P. Rafael Ostau De Lafont Pianeta, 18 de agosto de 2011, radicación número: 11001-03-24-000-2007-00013-00.

¹² Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, M.P. Enrique Gil Botero, 22 de octubre de dos mil doce (2012) Radicación número: 05001-23-24-000-1996-00680-01(20738).

“...

Al igual que los derechos reconocidos a los ciudadanos, las potestades otorgadas a la Administración no son absolutas y por lo tanto deben ser limitadas para que su ejercicio no sea arbitrario. En el ámbito sancionatorio una de las garantías más importantes reconocidas al ciudadano, es precisamente la certeza sobre el carácter temporal del uso del poder punitivo del Estado. Se trata de un presupuesto de seguridad jurídica, ya que ante la inactividad del aparato administrativo el ordenamiento jurídico prevé una consecuencia: la pérdida de competencia para imponer el castigo e incluso para adelantar el procedimiento mismo. De igual forma, no se puede concebir un poder punitivo indefinido, pues por razones de orden público e interés general, no cumple función preventiva alguna la sanción que se impone en periodos de tiempo prolongados luego de que se ha cometido la infracción, lo cual se acompasa con el carácter mínimo de intervención del ius puniendi. (...) Al igual que ocurre en materia penal, el trascurso del tiempo jurídicamente produce un efecto de estabilización de las situaciones jurídicas, razón por la cual el no ejercicio de la potestad sancionadora dentro de los límites temporales genera para el ciudadano una posición favorable porque aun cuando sea responsable por incurrir en una infracción administrativa, el legislador deshabilita a los órganos competentes, toda vez que ejercicio del ius puniendi en estas circunstancias generaría una actuación arbitraria”.

Retomando los pormenores del caso, los accionantes RODRIGO LÓPEZ ARANA y DICONULTORÍA S.A. fueron sancionados económicamente por la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO por incurrir en la conducta denominada COLUSIÓN, en el marco de la adjudicación del concurso de méritos

para la selección de la interventoría de las obras de construcción del AEROPUERTO DEL CAFÉ, en el municipio de Palestina, Departamento de Caldas.

Conforme se anticipaba por esta Sala al iniciar este apartado, el disenso procesal gravita de manera específica en torno a dos tesis sobre el momento a partir del cual debe contarse la caducidad de la facultad sancionatoria en el caso concreto, ante lo cual, a esta altura del discurso judicial, esta Sala se indaga:

¿En el caso concreto, la caducidad de la facultad sancionatoria de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO debe contarse desde el 30 de octubre de 2009, data de la adjudicación del último proceso contractual, o desde el 27 de diciembre de 2013, cuando el contrato fue liquidado?

Para desatar este planteamiento y determinar cuál de las dos posturas debe acogerse, resulta menester tener en cuenta las circunstancias del caso concreto, pues como se advirtió en precedencia, existen diversas modalidades de colusión que adquieren ribetes particulares en cada proceso contractual. En el sub-lite, es fundamental tomar en consideración que, de acuerdo con lo probado en sede administrativa, la conducta colusoria no solo implicó la adjudicación del proceso contractual de la interventoría, sino la posterior remuneración o materialización de los beneficios económicos entre los agentes colusorios comprometidos.

Así se determinó y se concluyó por la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO en la investigación /fls. 233-234/:

‘(...) Sobre las contrataciones posteriores relacionadas con el concurso de méritos CM-AAC-001-2009, se resalta lo siguiente:

El 3 de diciembre de 2009 (es decir, casi dos meses después de que las adjudicaciones tuvieran lugar), JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA (representante legal de los consorcios DICO IDT y DICO IDT 2) celebró un contrato de prestación de servicios con EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE (representante legal de CASTRO FLÓREZ y de los consorcios PALESTINA 8 y PALESTINA 10) para que este último prestara

los servicios de codirector en la interventoría técnica, administrativa y financiera para la construcción del terraplén No. 8 de AEROCAFÉ. La remuneración mensual pactada como contraprestación fue de \$3.000.000100

El mismo 3 de diciembre de 2009, JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA (representante legal de los consorcios DICO IDT y DICO IDT 2) -arrendatario-, celebró con CASTRO FLÓREZ (empresa representada por EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE) -arrendador-, un contrato de arrendamiento sobre la oficina ubicada en la Calle 68 No. 28-29 de Manizales 101 Vale la pena resaltar que la dirección de la oficina objeto del contrato es la misma que fue informada por los consorcios PALESTINA 8 y PALESTINA 10 en los concursos de méritos CM- AAC-001-2009 y CM-AAC-002-2009102

Igualmente, el 3 de diciembre de 2009, JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA (representante legal de los consorcios DICO IDT y DICO IDT 2)-arrendatario-, celebró un contrato de arrendamiento de un vehículo automotor con CASTRO FLÓREZ (empresa representada por EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE) -arrendador-, cuyo valor mensual fue de \$3 600.000103 Este valor resulta relevante ya que es idéntico al informado por DICO IDT en la propuesta económica presentada en el concurso CM-AAC-001-2009.

Así mismo, el 3 de diciembre de 2009, JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA (representante legal de los consorcios DICO IDT y DICO IDT 2)-arrendatario-, celebró un contrato de alquiler de equipo de laboratorio con CASTRO FLÓREZ (empresa representada por EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE) -arrendador-, por un precio total de \$56'500.000104, Este valor también resulta llamativo ya que corresponde exactamente con el costo directo global relativo al rubro "[E]quipos de laboratorio" informado en la propuesta económica de DICO IDT.

Sobre las contrataciones posteriores relacionadas con el concurso de méritos CM-AAC-002-2009, se resalta lo siguiente:

El 15 de diciembre de 2009, se celebró un contrato de arrendamiento de vehículo automotor entre JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA (representante legal de los consorcios DICO IDT y DICO IDT 2)-arrendatario-y CASTRO FLÓREZ (empresa representada por EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE)-arrendador-, el cual sería utilizado en la ejecución de la interventoría técnica del terraplén No. 10. Se resalta que el valor mensual pactado fue de 3'400.000105, el cual es idéntico al informado en la propuesta económica presentada por DICO IDT 2 en el concurso de méritos CM-AAC-002-2009 respecto del rubro "vehículo"- "valor unitario"100

El mismo 15 de diciembre de 2009, JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA (representante legal de los consorcios DICO IDT y

DICO IDT 2)-arrendatario-celebró un contrato de arrendamiento de un equipo de laboratorio con CASTRO FLÓREZ (empresa representada por EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE) -arrendador-, por un valor de \$30'000.000107, para ser utilizado en la ejecución de la interventoría del terraplén No. 10. Se resalta en este punto que el valor de ese contrato es idéntico al costo total por "[e]quipo de laboratorio" establecido en la oferta económica de DICO IDT 2 presentada al concurso de méritos CM-AAC-002-200910

A partir de las similitudes entre los precios de los contratos celebrados posteriormente y los valores dispuestos en las ofertas económicas de los consorcios, y teniendo en cuenta además las coincidencias en las fechas de firma de tales contratos posteriores, el Despacho concluye que efectivamente se estructuró e implementó una estrategia de colaboración, que abarcó las fases previas, concomitantes y posteriores de la adjudicación de los concursos de méritos adelantados por AEROCAFÉ, y que buscó no solo que cualquiera de los agentes coludidos tuvieran éxito, sino también que pudiera retribuirse efectivamente la colaboración de aquel que no resultara ganador en los correspondientes procesos de selección".
/Destacados del Tribunal/.

Al momento de abordar la descripción típica de la COLUSIÓN, así como la forma de efectuar el cómputo de la caducidad de la facultad sancionatoria, esta Sala ya anticipaba que dada su naturaleza, los acuerdos colusorios son de auténtico comportamiento continuado o de tracto sucesivo, pues implican una multiplicidad de actos dirigidos a la afectación del derecho a la libre competencia económica, a partir de la actuación de los agentes económicos quienes, debiendo fungir como competidores en el marco de la contratación pública, se desligan de este carácter para actuar de manera coordinada y contraria a derecho, en perjuicio del aludido bien constitucional. Luego, es diáfano que al ser un comportamiento que no se agota en un único momento, la caducidad de la facultad sancionatoria en materia de colusión se cuenta desde el último acto contrario a las normas de la libre competencia en el mercado.

Partiendo de lo expuesto hasta este punto, no puede entenderse que el acuerdo colusorio en casos como el presente, haya cesado con la adjudicación del proceso de selección de uno de los ofertantes como pretenden prohijarlo quienes integran la parte nulidisciente, pues ello implicaría desconocer que dichas prácticas se prolongan también durante la fase de ejecución contractual,

a través de las subcontrataciones y remuneraciones posteriores que efectúan quienes participaron en la conducta anticompetitiva, como en efecto lo constató en el sub exámine la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, según la cita del apartado investigativo que acaba de realizarse.

De acuerdo con la conceptualización del derecho constitucional a la libre competencia económica incluida al inicio de este segmento de la providencia, uno de sus elementos básicos es la posibilidad que tiene el consumidor final del bien o servicio, de beneficiarse de la competencia por determinado mercado, en este caso, el Estado como contratante es quien puede derivar provecho en materia de calidad de los bienes o servicios ofertados cuando quienes se postulan para contratar lo hacen acudiendo a una dinámica competitiva, que se ve claramente desdibujada o frustrada por la colusión.

Por ende, mal haría en entenderse que el último de los actos colusorios es la adjudicación del proceso contractual, o en otras palabras, que en ese momento cesa la colusión, pues la afectación del postulado de la libre competencia económica se mantiene, como en este caso, durante toda la ejecución del contrato, en la cual el Estado se ve privado de contar con mejores condiciones económicas y de calidad del bien o servicio seleccionado, y paralelamente, el contratista infractor de la ley se beneficia del desarrollo contractual, como también lo hacen los demás concursantes que no fueron seleccionados, pues obtienen la remuneración pactada en el escenario de la colusión, beneficios que desde luego son posteriores a la adjudicación, tal como se demostró en la investigación administrativa.

En este estado de la argumentación, tampoco se ajustaría a la sana lógica concluir que la caducidad de la potestad sancionatoria deba contarse desde la suscripción de los contratos entre los miembros del acuerdo colusorio, que como se advirtió, ocurrió apenas meses después de adjudicarse los contratos de interventoría de las obras de construcción de la terminal aérea. En contraposición, valga afirmar que, si bien dichos acuerdos igualmente se suscribieron en 2009, se materializaron durante toda la fase de ejecución de la interventoría, pues fue allí precisamente donde de acuerdo con las conclusiones de los investigadores, los concursantes incursos en la colusión fueron

subcontratados como codirectores de la interventoría, o como arrendadores de vehículos y oficinas para la firma que resultó adjudicataria.

Visto este contexto, el Tribunal comparte la postura de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, quien, atendiendo a la naturaleza de la colusión, y que esta se proyectó durante todo el desarrollo de los contratos de interventoría, tomó como extremo inicial de cómputo de la caducidad de la facultad sancionatoria el 27 de diciembre de 2013, fecha de liquidación de los contratos de interventoría, por lo que el término de 5 años previsto en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, vencía el 27 de diciembre de 2018.

Retomando en este momento los dictados del mandato 27 de la Ley 1340 de 2009 *ejusdem*, con el fin de recordar hasta dónde se extiende o va el término de caducidad de cinco (5) años allí previsto, se tiene como extremo final el 27 de diciembre de 2018, y que dentro de ese lapso no se haya noticiado el acto sancionatorio.

Sin hesitación alguna el acto administrativo sancionatorio, que es el mismo acto definitivo de la actuación disciplinaria adelantada contra los demandantes, es la Resolución N° 85898 emitida el 23 de noviembre de 2018, es decir, lo fue antes de ese 27 de diciembre de ese mismo año que es el extremo final de caducidad, y en cuyo lapso se ha debido también noticiar dicha resolución; y aunque da cuenta el expediente que a pesar de haberse ordenado con el acto sanción la ‘notificación personal’ de dicha actuación, y anunciarse que contra la misma procedía el recurso de reposición “dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación (art. 9°), no hay constancias de ello en el cartulario; sin embargo por la fecha de presentación del recurso horizontal (20 de diciembre de 2018, V. fl 256 supra cdno 1A), se desprende o colige, igualmente sin duda alguna, que la notificación fue realizada así mismo, con anterioridad a aquel 27 de diciembre de tal anualidad, vuelve y se itera, extremo final del término de caducidad, lo que refuerza que la providencia administrativa enjuiciada fue notificada en oportunidad legal, lo que descarta, igualmente se repite, la ocurrencia de la caducidad de la potestad sancionadora.

Mutatis mutandis; la colusión, que se patentiza o materializa con la adjudicación de la licitación, continúa permeando el proceso contractual (delito continuado) hasta que se realiza su liquidación, que es el momento a partir del cual debe tenerse como la cesación de los efectos del acto contrario a los fines de la sana competencia, y donde se rompe todo nexo o vínculo negocial entre los infractores y la administración contratante. Es más, con este criterio se busca proteger o garantizar claros principios de la contratación y de la función administrativa, entre ellos la moralidad, la transparencia y la buena fe, entre otros (arts. 86 y 209 constitucionales; 23 y siguientes de la Ley 80 de 1993), y sin que sea dable por lo mismo entender, para este caso concreto, que los efectos del acto colusivo culminaron con la adjudicación mencionada, pues la causa remota de aquel es la intención o acuerdo para coludir, y adjudicado y suscrito el contrato allí se materializa, pero sus efectos se extienden inexorablemente durante la ejecución de esta, afectándolo en su contenido; es más, tal situación podría parangonarse con un vicio de nulidad, que el mismo no cesa con la adjudicación sino que se mantiene durante la vigencia del contrato si no es saneable.

Por lo anterior, los cargos de anulación relacionados con la caducidad de la potestad sancionatoria no serán acogidos por esta Sala Plural.

LOS OTROS MOTIVOS DE NULIDAD

Aunque el grueso de argumentos de la parte actora gira en torno a la caducidad de la potestad sancionatoria de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, tema ya abordado por este juez plural en el apartado que antecede, resulta menester que, a título de complemento, se refiera el Tribunal a los otros planteamientos esbozados de forma secundaria por los accionantes en el escrito introductor.

En primer término, la parte actora esgrime que los actos demandados también son nulos por cuanto en ellos, la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO citó como parte de sus fundamentos una sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la cual se plantea que el momento a partir del cual debe comenzar a contarse la caducidad de la facultad sancionatoria es el de la adjudicación del procedimiento de selección del contratista, tesis que

le daría sustento a la postura de los demandantes sobre la ocurrencia de la caducidad en el sub lite, y que fue desconocida por la superintendencia, pese a citar dicha providencia en la parte motiva de los actos sometidos a juicio de legalidad.

Sobre el particular, baste con indicar, que si bien en los actos demandados, así como en el informe presentado por la Delegatura para la Protección de la Competencia de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO se aprecia la mención de dicho pronunciamiento judicial /fls. 165-167, 234/, su texto completo se desconoce, en la medida en que no fue aportado, por lo que no puede determinarse en esta instancia judicial el alcance de los hechos abordados en esa oportunidad y, principalmente, si el fundamento fáctico en uno y otro caso guardan realmente tal similitud, que se impusiera la aplicación de idéntica regla de derecho, como lo pretende la parte actora.

Además de ello, no ha de perderse de vista que aun cuando este tipo de pronunciamientos ostentan importancia como guía de las autoridades administrativas, no se trata de una sentencia proferida por el Consejo de Estado en sede de unificación, a partir de la cual pueda predicarse la existencia un criterio interpretativo obligatorio para dichas autoridades, en los términos del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, y por ende, la sola existencia de una sentencia de un tribunal seccional en un caso presuntamente similar no puede erigirse por sí sola como sustento válido y suficiente de respaldo a la tesis de la accionante, como tampoco como motivo de nulidad de los actos demandados.

A modo de complemento, tampoco es cierto que a partir de la postura asumida por la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO sobre el cómputo de la caducidad de su potestad sancionatoria, esa entidad haya desconocido su propia interpretación, pues en sus conceptos, la demandada ha reconocido que una de las posibilidades de ocurrencia de la colusión, radica en que esta se extiende hasta la fase de ejecución del contrato, tal como lo sostuvo a lo largo de la actuación administrativa que culminó con los actos demandados.

Como muestra de ello, así lo expresó en concepto de 27 de septiembre de 2017, que puede consultarse en el sitio web de la entidad¹³:

“...

Así las cosas, las conductas colusorias pueden darse (i) durante la etapa de elaboración de los pliegos de condiciones cuando existe intercambio de información entre los funcionarios de la entidad y los futuros proponentes; (ii) durante la presentación de ofertas, presentando ofertas que no tienen posibilidad de obtener adjudicación, acordando la abstención de uno o más competidores o el retiro de las ofertas, acordando turnos para ganar o repartiéndose el mercado o las zonas geográficas; y (iii) **durante la ejecución del contrato, recurriendo a técnicas como la subcontratación, para vincular a los demás postulantes que no fueron escogidos** o la utilización de la figura de la cesión del contrato, por ejemplo.

Luego, la configuración de la conducta descrita puede presentarse cuando exista un acuerdo, contrato, convenio, concertación o práctica concertada, que tenga por objeto la colusión en las licitaciones o concursos, o que tenga como efecto la distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas, que puede probarse por cualquier medio de prueba señalado en la Ley” /Resalta el Tribunal/.

Otro de los raciocinios en los que los accionantes fundamentan sus pretensiones de anulación de la sanción económica que les fue impuesta, radica en que la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO no acreditó los elementos de la prueba indiciaria con base en los cuales sancionó a los investigados, incurriendo en una falsa motivación por error de hecho. De este modo, los accionantes acusan la interpretación de la superintendencia de subjetiva, y sobre los testimonios de los señores JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA y EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE, afirman, *‘se trata de prescripciones inducidas y acomodadas a los supuestos hechos de existencia de colusión’ /fl. 32/, que, a su juicio, tampoco ostentan el mérito que demuestre la conducta objeto de sanción.*

Para la Sala, este punto cae en el vacío por 2 razones. Primera, por cuanto se limita a introducir calificativos a los dichos de los testigos cuya declaración se

¹³ <https://www.sic.gov.co/boletin-juridico-octubre-2017/que-es-la-colusion>

recaudó en sede administrativa, sin que se acredite que, efectivamente, sus aseveraciones fueron inducidas o acomodadas como se afirma en la demanda, o se ofrezcan elementos de juicio concretos que permitan dilucidar que la hermenéutica que les brindó la entidad demandada fue caprichosa, arbitraria o desprovista de cualquier lógica o razonabilidad. En segundo término, tal como lo anotara la superintendencia en su escrito de contestación, no es jurídicamente válido cuestionar la legalidad de un acto administrativo sancionatorio a partir de las críticas a un medio de prueba de manera aislada, más aún cuando las decisiones sancionatorias no se fundamentaron exclusivamente en indicios, por el contrario, se basaron en documentos y testimonios de los implicados en el acuerdo colusorio, por lo que el análisis de la existencia de la conducta y su responsabilidad, atienden al estudio integral de los medios de convicción recaudados, y no a un instrumento de acreditación de que de forma insular pretende reprocharse en sede judicial con base en simples afirmaciones.

Lo propio ha de concluirse de la supuesta vulneración al debido proceso por la supuesta incongruencia entre la imputación y la valoración de las pruebas, respecto a la cual la parte actora, luego de citar las normas que fundamentaron la sanción, precisa que dichas disposiciones no consagran los pagos de tracto sucesivo como conducta sancionable, aseveración que también se halla desprovista de un sustento suficiente, pues lo que fue materia de investigación y posterior multa fueron los acuerdos de colusión en el marco de los procesos de selección de los interventores de varios terraplenes del proyecto AEROCAFÉ, conductas que sí se hallan consagradas en el artículo 47 numeral 9 del Decreto 2153 de 1992 como sancionables, según se desprende de la conceptualización efectuada por la Sala en el anterior problema jurídico.

De esta forma, no puede confundirse el comportamiento sancionado por la ley, en este caso la colusión, con su carácter de conducta continuada o de tracto sucesivo, para sostener que no se encuentra tipificada en la norma como comportamiento contrario a la libre competencia económica, interpretación que a todas luces resulta descartada ante la diáfana redacción del tipo sancionatorio.

Finalmente, tampoco encuentra la Sala que la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO haya desatendido el mandato previsto en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por no individualizar la conducta de cada uno de los investigados, afirmación que nuevamente contrasta con el contenido de las declaraciones administrativas demandadas, en las que en el caso de los demandantes, existe un apartado en el que la entidad accionada analiza de forma individual el comportamiento de RODRIGO LÓPEZ ARANA /v. numeral 8.1.2.2, fl. 243/, y de DICONSULTORÍA /v. numeral 8.2.1.1, fl. 245/ que mereció la imposición de la sanción.

Por ende, al igual que ocurre con las supuestas infracciones al debido proceso, esta aseveración no pasa de ser un reproche sin sustento probatorio.

En conclusión, al hallar imprósperos los argumentos planteados por los nulidiscuentes, se denegarán sus pretensiones.

COSTAS

Se condenará en costas a los demandantes en virtud de lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, adicionado por el canon 47 de la Ley 2080 de 2021.

Como agencias en derecho se fija el 3% del total de las pretensiones, a cargo de la parte demandante, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1 del artículo 5 del Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Es por lo discurrido que el **Tribunal Administrativo de Caldas, SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por **autoridad de la ley**,

FALLA

NIÉGANSE las pretensiones de la parte demandante dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor

RODRIGO LÓPEZ ARANA y la sociedad DICONSULTORÍA S.A. contra la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO.

COSTAS a cargo de la **parte demandante**, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código General del Proceso.

FÍJASE como agencias en derecho el 3% del total de las pretensiones, también a cargo de la parte demandante, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1 del artículo 5 del Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 046 de 2023



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

Aclara el voto



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA PRIMERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**

Manizales, catorce (14) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

RADICADO	17-001-33-33-004-2016-00069-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	MARTHA LUCY CASTAÑO RAMÍREZ
ACCIONADO	MUNICIPIO DE NEIRA – CALDAS

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y demandada contra el fallo que accedió parcialmente a pretensiones, proferido por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales el día 30 de julio de 2021.

PRETENSIONES

1. Solicita que se declare la nulidad del oficio nro. ALC-275 del 3 de septiembre de 2015, por medio del cual se resolvió de manera negativa una petición elevada por la accionante mediante memorial radicado con el nro. 1680 el 28 de julio de 2015.
2. Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho:
 - a. Se reajusten, homologuen, nivelen y paguen los salarios de la actora, quien estaba en carrera administrativa en el nivel técnico, al de secretaria de Educación municipal de acuerdo a la escala salarial establecida, desde el 15 de septiembre de 2003 al 26 de enero de 2004, y del 16 de enero de 2006 al 4 de julio de 2012.
 - b. Se reajusten, homologuen, nivelen y paguen todas las prestaciones sociales a que tiene derecho la actora, esto es, primas legales y extralegales, de alimentación, de servicios, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones y demás, por haber ocupado el cargo de secretaria de Educación desde el 15 de septiembre de 2003 al 26 de enero de 2004, y del 16 de enero de 2006 al 4 de julio de 2012.

- c. Que se pague la sanción moratoria consagrada en la Ley 244 de 1995 por el no pago oportuno de las cesantías por haber ocupado el cargo de secretaria de Educación desde el 15 de septiembre de 2003 al 26 de enero de 2004, y del 16 de enero de 2006 al 4 de julio de 2012.
 - d. Se reconozca y pague la sanción moratoria regulada en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, o subsidiariamente los intereses moratorios de que trata el artículo 1617 del CC.
 - e. Se reconozca y pague al sistema de seguridad social los excedentes de los aportes a que esté obligada la administración a favor de Colpensiones, por los periodos comprendidos entre el 15 de septiembre de 2003 al 26 de enero de 2004, y del 16 de enero de 2006 al 4 de julio de 2012.
3. Condenar al municipio de Neira a que dé cumplimiento al fallo en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.
 4. Se condene en costas a la parte demandada.

HECHOS

- La señora Martha Lucy Castaño Ramírez fue vinculada a la administración municipal de Neira, Caldas, en carrera administrativa el 4 de febrero de 1985 en el cargo de docente; posteriormente fue nombrada en el cargo de directora de Centro código 230 grado 10, empleo que fue suprimido mediante Decreto 025 del 5 de junio de 2001.
- Mediante escrito del 7 de junio de 2001 la accionante optó por formar parte de la nueva planta de cargos del municipio, y fue posesionada mediante acta nro. 031 del 16 de junio de 2001, e incorporada a la planta administrativa en el cargo de técnico, nombrada mediante Decreto 026 del 15 de junio de 2001, con un salario inferior al que devengaba como directora de Centro.
- La accionante fue encargada de las funciones de secretaria de despacho de Educación, Salud, Cultura y Deportes en varias ocasiones: del 15 de septiembre de 2003 al 26 de enero de 2004; del 16 de enero de 2006 hasta que se produjera el nombramiento en propiedad de la persona que entrara a cubrir la vacante del cargo.

- La vacante del cargo de secretaria de Educación se mantuvo desde la fecha en que fue encargada hasta el 4 de julio de 2012, cuando la actora renunció.
- La accionante siempre devengó el salario como técnico, cuando debió haber recibido el salario y demás prestaciones como secretaria de despacho.
- Mediante escrito presentado el 3 de julio de 2015 solicitó el pago de las diferencias salariales entre el cargo de técnico y el de secretaria de Educación, con el consecuente reajuste de todas las prestaciones sociales y aporte a pensión, lo cual fue negado con oficio ALC-275 del 3 de septiembre de 2015.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Artículos 122, 125 y 150 numeral 19 literales e y f , 286, 287, 313 numerales 6 y 7, 315-7 del Decreto 2400 de 1968; Decreto 1950 de 1973; Decreto 1042 de 1978; Decreto 1045 de 1978; Ley 4 de 1992 artículo 3; Ley 617 de 2000; Ley 715 de 2001; Decreto 785 de 2005; Decreto 2539 de 2005; Decreto 1919 de 2002; Decreto 0840 de 2012; sentencias T-105 de 2002; T-347 de 2002; T-1280 de 2005; C-510 de 1999; C-1064 de 2001; C-681 de 2005; C-880 de 2003; C-1017 de 2003; C-306 de 2004; C-314 de 2004; C-911 de 2012.

Afirmó que en Colombia los empleos están clasificados dentro de un sistema racional y ordenado de administración de personal, de manera que para obtener la condición de empleado público es necesario que se profiera un acto administrativo que ordene la respectiva designación y que se tome posesión del empleo, debiendo existir además disponibilidad presupuestal para atender el servicio.

De igual manera, que a cada cargo le corresponde una determinada asignación salarial; y que todos los empleos tienen establecidas unas funciones previstas en la ley, razón por la cual no pueden ser determinadas discrecionalmente por un funcionario público.

Que en el caso de la accionante ocupó el cargo de secretaria de Educación municipal entre el 15 de septiembre de 2003 al 26 de enero de 2004, y del 16 de enero de 2006 al 4 de julio de 2012; y con soporte en la figura del encargo, indicó que los empleados pueden asumir de manera parcial o total las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales fueron nombrados, por ausencia temporal o definitiva del titular por un periodo de tiempo, lo cual no implica una forma de provisión de empleos.

Hizo alusión al principio de la realidad sobre las formalidades en el desempeño de cargos públicos, conforme al artículo 53 de la Constitución Política y a jurisprudencia del Consejo de Estado, para explicar que este caso se refiere al pago de las diferencias salariales y prestacionales por el desempeño de las funciones de un cargo de superior categoría, evento en el cual es completamente aplicable el principio mencionado, ya que debe protegerse al trabajador cuando la administración se beneficia de una labor simplemente encomendando funciones al empleado nombrado y posesionado en un nivel de inferior jerarquía; protección que procede bajo la primacía de la realidad frente a las formas, en conjunción con el principio a trabajo igual salario igual.

Añadió que el derecho a la igualdad salarial se deriva del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, destacando que la existencia de una diferencia salarial entre dos trabajadores que, en principio, se encuentran en similares condiciones, debe fundarse en una justificación objetiva y razonable, so pena de vulnerar un derecho fundamental.

Hizo énfasis en que mientras la señora Castaño Ramírez ocupó el cargo de secretaria de Educación se le pagó el salario de técnico, cuando en realidad debió devengar el de un secretario de despacho, y con base en ese ingreso se le debieron liquidar todas sus prestaciones sociales, de conformidad con lo establecido en la ley, lo que significa que se le adeuda el excedente de los salarios y prestaciones sociales entre lo que percibió y lo que debió recibir.

Destacó además que se le causó un daño al no habersele realizado los aportes a la seguridad social, lo que significa que la cuantía de su pensión es demasiado baja en proporción con lo que debería haber devengado; sumado a que la actora tendría derecho a que se le revise y reajuste el valor de su prestación periódica para que se le tengan en cuenta los factores salariales que constituyen salario en la cuantía que debió percibir como secretaria de despacho.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La demanda se contestó de manera extemporánea.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 30 de julio de 2021, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, tras plantearse

como problema jurídico determinar si tenía derecho la demandante al reconocimiento y pago de la nivelación salarial y prestacional del cargo de técnico código 314 grado 10, en el cual estaba nombrada, al cargo de secretaria de Educación municipal, que presuntamente desempeñaba.

En primer momento, estudió el principio de primacía de la realidad sobre las formas en materia laboral, la figura del encargo en el empleo público, y jurisprudencia atinente a la declaratoria de existencia de un contrato realidad.

Seguidamente, relacionó el material probatorio, que incluyó prueba documental y testimonial, para concluir, en un primer momento, que efectivamente la demandante desempeñó el cargo de secretaria de Educación en el periodo comprendido entre el 16 de enero de 2006 al 4 de julio de 2012; y en relación con los elementos de prestación personal, subordinación y remuneración, exigidos por la jurisprudencia para la configuración del contrato realidad, resaltó que en este caso quedaban subsumidos en el estudio de las situaciones de hecho que daban lugar a que la realidad se impusiera sobre la designación nominal del cargo, toda vez que en cumplimiento de la relación legal y reglamentaria que ya ataba a la accionante a la prestación personal del servicio de manera subordinada y recibiendo como contraprestación una remuneración, esos elementos no requerían mayor comprobación, pues se trataba más bien de identificar si las funciones desempeñadas correspondían al cargo que reclamaba.

En relación con el periodo del 15 de septiembre de 2003 al 26 de enero de 2004 indicó que no existía una actuación que pudiera dar cuenta de la situación administrativa de encargo, u otra documentación de la que se desprendiera el desempeño como secretaria de Educación para esas fechas.

De acuerdo con lo anterior, y con fundamento en los elementos de juicio allegados y apreciados, en conjunto con las reglas de la sana crítica, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda reconociendo el contrato realidad por el tiempo comprendido entre el 16 de enero de 2006 y el 3 de julio de 2012, al concluir que la accionante desempeñó el cargo de secretaria de Educación en encargo en el municipio de Neira, situación administrativa que, pese a las previsiones normativas en torno a la necesidad de mantener esta figura de manera temporal hasta que se provea el cargo de manera definitiva, se mantuvo por más de 6 años, tiempo durante el cual la administración municipal además de abstenerse de nombrar una persona soslayó la obligación de remunerar la labor y las funciones que en realidad desempeñaba la señora demandante, pues siguió reconociéndole su

remuneración con fundamento en el nombramiento formal que le había realizado como técnico.

Con base en lo anterior, aseguró que la administración encubrió la verdadera relación legal y reglamentaria que se estableció durante el periodo de tiempo señalado, beneficiándose ilegalmente de tal omisión, lo que imponía restablecer los derechos de la accionante, pues como reiteradamente lo ha dicho la jurisprudencia de las Altas Cortes, dada la particular desigualdad de las partes que conforman la relación laboral, debe prevalecer la realidad sobre las formalidades que, en virtud de esa condición de subordinación, el trabajador o empleado se haya visto en la obligación de aceptar.

En cuanto a la prescripción indicó que mediante petición radicada el 3 de julio de 2015 se solicitó el reconocimiento y pago del reajuste salarial y prestacional, situación que denotaba que entre la culminación de la relación laboral (año 2012), y la reclamación administrativa, no transcurrieron más de 3 años, pues fue precisamente un día antes de la fecha en que se cumplía el término cuando la accionante realizó la respectiva reclamación, de modo que no operó la prescripción de los ajustes a los salarios y a las prestaciones sociales económicas dejadas de percibir en el período señalado.

En cuanto a los aportes a pensión, ordenó a la entidad accionada examinar, durante el tiempo comprendido entre el 16 de enero de 2006 y el 3 de julio de 2012, el ingreso base de cotización pensional con respecto del cual le realizó los aportes al Fondo de Pensiones correspondiente, y si existía diferencia entre los aportes realizados y los que se debieron efectuar como secretaria de despacho, debía cotizar la suma faltante por concepto de aportes, sin perjuicio de que pudiera descontar de los pagos que realizara a la accionante el porcentaje que le correspondía aportar como empleada.

En cuanto a la sanción moratoria por el no pago de las cesantías no accedió a la misma, al explicar que con el pronunciamiento judicial se declaraba el derecho de la demandante al reajuste, por lo que no podía concluirse automáticamente que la sanción por mora se había configurado, en tanto no se daban las situaciones fácticas que la acreditaran.

Se plasmó en la parte resolutive:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad parcial del Oficio No. ALC-275 del 03 de septiembre de 2015 proferido por el Municipio de Neira -Caldas, por las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR que entre la señora MARTHA LUCYCASTAÑO RAMÍREZ y el MUNICIPIO DE NEIRA-CALDAS existió una relación laboral en el cargo de Secretaria de Educación entre el 16 de enero de 2006 y el 03 de julio de 2012.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho,

TERCERO: CONDENAR al MUNICIPIO DE NEIRA-CALDAS a reconocer, liquidar y pagar a la demandante los emolumentos que se mencionan a continuación: (i) La diferencia, con respecto al cargo en el cual se encontraba nombrada en propiedad, esto es, Técnico de Educación Código 314 Grado 10, por todos los conceptos constitutivos de salario, prestaciones, primas y bonificaciones que legalmente se pagan a quienes se desempeñan en el cargo de Secretario de Despacho en el Municipio de Neira-Caldas, por el periodo comprendido entre el 16 de enero de 2006 y el 03 de julio de 2012, reconocimiento que igualmente deberá reflejarse en la liquidación de las cesantías.

(ii) Examinar, durante el tiempo comprendido entre el 16 de enero de 2006 y el 03 de julio de 2012, el Ingreso Base de Cotización pensional con respecto del cual le realizó los aportes al Fondo de Pensiones correspondiente, y si existe diferencia entre los aportes realizados y los que se debieron efectuar como Secretaria de Despacho, deberá cotizar la suma faltante por concepto de aportes, sin perjuicio de que pueda descontar de los pagos que realizará a la accionante el porcentaje que le correspondía aportar como empleada.

CUARTO: DECLARAR que los ajustes realizados en los aportes para pensión en el período comprendido entre el 16 de enero de 2006 y el 03 de julio de 2012, se le deberán computar para efectos pensionales a la señora Martha Lucy Castaño Ramírez.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: Se condena en costas a cargo del Municipio de Neira-Caldas y en favor de la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se harán conforme al Código General del Proceso

RECURSO DE APELACIÓN

Parte demandante: la parte actora apeló la sentencia mediante memorial que reposa en el archivo #15 del expediente de primera instancia, únicamente en torno a la negativa del pago de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995.

Afirmó que si se analiza la condición de la demandante, ella se desvinculó por completo de la administración desde el 4 de julio de 2012, por lo que en su liquidación tenían que incorporarle la totalidad de los derechos prestacionales, entre ellos, el auxilio de cesantía;

y para poder obtener la aceptación de la renuncia era menester que se profiriera el acto administrativo correspondiente que ordenara el pago de los créditos laborales, de donde se deduce que no le fue pagada en debida forma la liquidación que le correspondía, máxime cuando está probado que la actora ejerció el cargo de secretaria de Educación y se le desconocieron los derechos económicos que le asistían, convirtiéndose esto en un acto de mala fe que atentaba contra lo dispuesto por la Ley 244 de 1995, debiéndose imponer la sanción prevista en el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.

Parte demandada: apeló la sentencia mediante memorial que reposa en el #16 del expediente de primera instancia.

Aseveró que en este caso se realizó una indebida valoración probatoria por parte del juez, ya que el material probatorio solo permitía constatar las funciones desempeñadas por la actora en los años 2006 a 2009, destacando que las labores llevadas a cabo por la demandante no permiten determinar que fueron asignadas a la secretaria de Educación, Salud, Cultura y Deporte, lo que denota que no se realizó esfuerzo por demostrar los supuestos de hecho que permitirían aplicar el principio de la realidad sobre las formas.

Añadió que, si no es posible comprobar que entre la accionada y la demandante existió una verdadera relación laboral, las pretensiones condenatorias no son procedentes, lo cual es así porque: i) no pueden determinarse los extremos laborales para efectos de emitir una sentencia condenatoria; y ii) resulta imposible realizar un examen sobre la prescripción de los derechos que se solicitan.

Señaló que además se realizó una errada interpretación de la jurisprudencia en el caso concreto, especialmente porque no obra en el expediente prueba alguna que permita realizar un paralelo entre las funciones asignadas al cargo de auxiliar administrativa y el de secretario de despacho; y lo que sí se puede advertir, es que la señora Martha Lucy Castaño Ramírez no pudo constatar que efectivamente llevó a cabo labores que no eran propias de su cargo.

En cuanto a la prescripción de los derechos, sostuvo que debe ser valorada en el caso concreto desde el postulado que frena el ejercicio ilimitado de los mismos, y que por ello la postura desarrollada por la Corte Suprema de Justicia es la más adecuada y garante del derecho fundamental al debido proceso.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Dentro del término establecido en el numeral 4 del artículo 247 del CPACA, solo la parte demandada presentó memorial pronunciándose sobre el recurso de apelación insistiendo en los argumentos expuestos a lo largo del proceso.

CONSIDERACIONES

La Sala no observa irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí actuado, y procederá en consecuencia a fallar de fondo el proceso.

Teniendo en cuenta que, ambas partes apelaron, concede al Tribunal la libertad de examinar el caso en su completitud.

Problema jurídico:

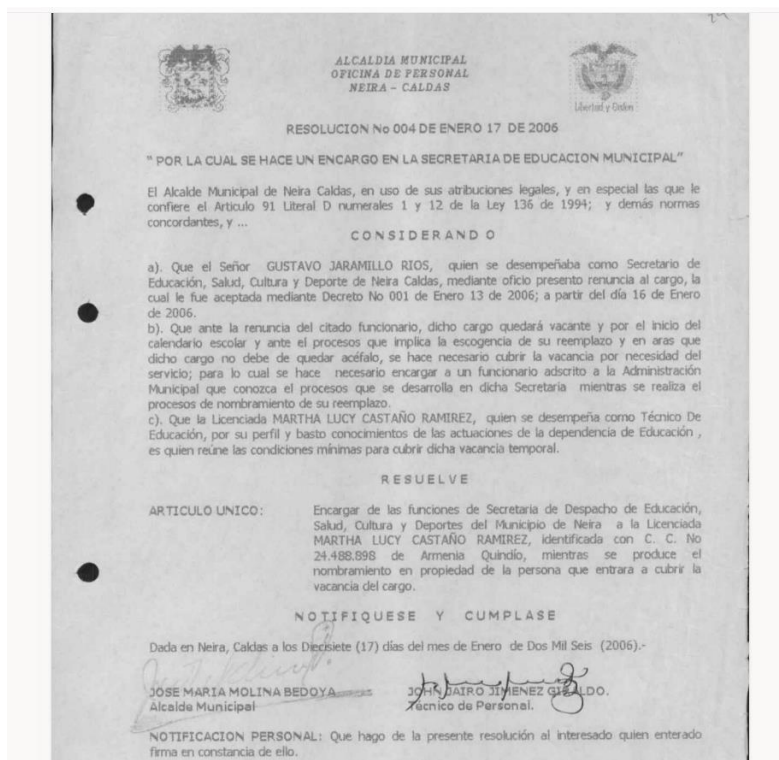
En atención a los argumentos expuestos en el recurso de apelación, se plantearán los siguientes interrogantes para ser absueltos por este Tribunal:

- 1. Por el hecho de que la actora ocupando cargo de planta en el municipio de Neira, Caldas, fue encargada de la secretaría de Educación de ese municipio más allá de lo que las normas permiten en la situación administrativa de encargo, ¿Le asiste derecho a que en el período subsiguiente se le reconozcan y paguen las diferencias salariales entre el cargo que ocupaba en planta y la de los emolumentos de un secretario de despacho del municipio de Neira?**
2. ¿Se configuró la prescripción de los derechos reclamados por la demandante?
3. ¿Es procedente reconocer la sanción moratoria consagrada en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 cuando se ordena un reajuste de cesantías?

Lo probado

- A través del Decreto 026 del 15 de junio de 2001 se incorporaron unos ex empleados a la nueva planta de cargos de la administración municipal de Neira, entre ellos, la señora Martha Lucy Castaño Ramírez en el cargo de técnico, código 401, grado 07.

- Con acta nro. 031 del 16 de junio de 2001 la señora Castaño Ramírez tomó posesión del cargo de técnico, para el cual fue nombrada mediante Decreto 026 del 15 de junio de 2001.
- Reposo acta nro. 019 del 24 de enero de 2004, mediante la cual la accionante tomó posesión del cargo de técnico código 401, grado 06.
- Con la Resolución nro. 004 del 17 de enero de 2006 se encargó a la señora Martha Lucy Castaño Ramírez del empleo de secretaria de despacho de Educación, Salud, Cultura y Deporte del municipio de Neira.



- La constancia laboral expedida por el subsecretario General y Administrativo, consigna que el cargo ocupado actualmente por la señora Martha Lucy Castaño Ramírez es el de secretaria de Educación municipal (E), código 020, grado 18, devengando una asignación salarial de \$783.360. La constancia tiene fecha del 2 de noviembre de 2006.
- Reposan Oficios del 20 de diciembre de 2006, 18 de diciembre de 2006, 12 de diciembre de 2006, 27 de abril de 2007, 16 de abril de 2007, 27 de junio de 2008, 24 de julio de 2008, 12 de mayo de 2009, 6 de enero de 2009, 13 de septiembre de 2003, 4 de abril de 2007, 29 de marzo de 2007, 13 de septiembre de 2007, 11 de julio de 2007, 24 de mayo de 2007, 25 de mayo de 2007, 10 de octubre de 2007, 10 de octubre de 2007, 28 de septiembre de 2007, 19 de abril de 2007, 11 de mayo de 2007, 29 de junio de 2007, 5 de julio de 2007, 31 de agosto de 2007, 14 de septiembre de 2007, 18 de septiembre de 2007,

17 de noviembre de 2007, 28 de julio de 2006, 14 de julio de 2006, 23 de noviembre de 2006, 21 de noviembre de 2006, 12 de febrero de 2009, 3 de febrero de 2009; algunos de los cuales aparecen firmados por la demandante en calidad de secretaria de Educación, y otros dirigidos a ella en esa misma condición.

- Providencia expedida por la secretaria General y Administrativa de Neira el 27 de febrero de 2014, por medio de la cual decide abstenerse de proferir pliego de cargos en contra de la señora Martha Lucy Castaño Ramírez, por hechos acaecidos en el año 2010, en los cuales actuó en su condición de secretaria de Educación.

- Decreto nro. 041 de 2012, por medio del cual se aceptó la renuncia a partir del 4 de julio de 2012 a la señora demandante en el cargo de técnico, código 314, grado 10.

- Resolución nro. 128 del 9 de agosto de 2012, a través de la cual se reconoció, liquidó y ordenó el pago de unas cesantías definitivas a la señora Martha Lucy Castaño Ramírez. En este acto administrativo se consignó que el salario para calcular las mismas era de \$1.073.544.


- Según certificación expedida por el jefe de la oficina de talento humano de la alcaldía municipal de Neira, los salarios de secretarios de despacho entre los años 2003 a 2012 fueron los siguientes:

CERTIFICA:

Que los salarios de los Secretarios de Despacho para los años comprendidos entre el 2.003 y 2.012 son los relacionados a continuación:

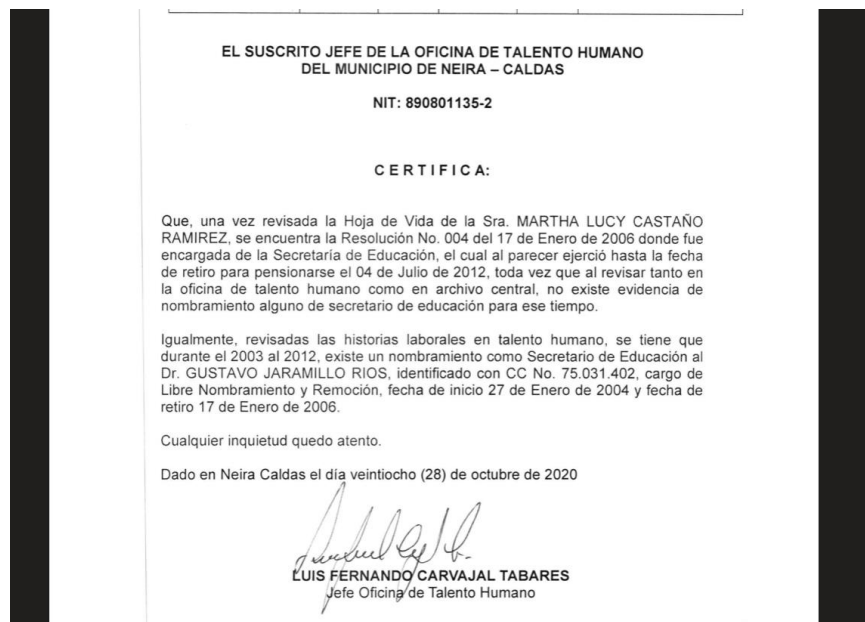
AÑO	VALOR
2003	\$1.061.700
2004	\$1.170.660
2005	\$1.373.400
2006	\$1.468.800
2007	\$1.561.320
2008	\$1.608.159
2009	\$1.731.500
2010	\$1.766.134
2011	\$1.836.779
2012	\$1.943.312

Esta certificación se expide a solicitud del interesado a los veintín (21) días del mes de Agosto de 2019.


HILDA MARÍA NIETO GARCÍA
 Jefe Oficina de Talento Humano

- Derecho de petición presentado el 3 de julio de 2015 por la accionante mediante el cual solicitó, en síntesis, se reajustaran, homologaran y pagaran los salarios y prestaciones sociales durante el tiempo comprendido entre el 15 de septiembre de 2003 al 26 de enero de 2004, y del 16 de enero de 2006 al 4 de julio de 2012, cuando la actora estuvo encargada de las funciones de secretaria de Educación, y se reconocieran las sanciones moratorias consagradas en la Ley 244 de 1995 y el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

- Mediante oficio ACL-275 del 03 de septiembre de 2015, suscrito por la alcaldesa municipal de Neira, se negó la reclamación administrativa.
- Se aportó certificación suscrita por el jefe de la oficina de Talento Humano del municipio de Neira, como respuesta a prueba de oficio decretada por el juzgado, mediante la cual dejó constancia de lo siguiente:



- En el presente proceso, a petición de la parte actora, se recibieron los testimonios de los señores Rodrigo Montoya Barahona, Paula Vanessa Gómez Salazar, Yuri Juliana Narváz Gaviria Héctor Jairo Muñoz Quintero y Hernán Felipe Herrera Martínez, quienes, en resumen, informaron que conocieron a la demandante desempeñando las funciones de secretaria de Educación del municipio de Neira.

En relación con estas declaraciones, se advierte, especialmente que, los señores Héctor Jairo Muñoz Quintero y Hernán Felipe Herrera Martínez tuvieron relación directa con la accionante: el primero, porque celebró contratos de transporte escolar con el municipio de Neira, aseverando que se entendía directamente con la actora para esos efectos al ser la encargada del tema por su condición de secretaria de Educación, situación que aduce ocurrió más o menos entre los años 2006 a 2016. Y el segundo, porque fue contratista del municipio como instructor de gimnasia y coordinador de deportes entre los años 2005 a 2006, y 2008 a 2012, tiempo en el cual la actora ejerció como interventora de los contratos en su condición de secretaria de Educación.

El señor Rodrigo Montoya Barahona por ser obrero del municipio de Neira indicó que entre los años 2008 a 2010 conoció a la actora como secretaria de Educación. Que la señora Paula Vanessa Gómez Salazar en el año 2009 realizó una práctica durante 6 meses en la secretaría de Educación, informando que la actora era la secretaria de despacho. Y la señora Yury Juliana García Molina entre los años 2008 y 2009 supo que la actora era la secretaria de Educación porque a raíz de un convenio que celebró el municipio de Neira con la Universidad Minuto de Dios, les dieron espacio en la secretaría de Educación para desarrollar sus labores.

Solución al problema jurídico

Por el hecho de que la actora ocupando cargo de planta en el municipio de Neira, Caldas, fue encargada de la secretaría de Educación de ese municipio, más allá de lo que las normas permiten en la situación administrativa de encargo ¿Le asiste derecho a que en el período subsiguiente se le reconozcan y paguen las diferencias salariales entre el cargo que ocupaba en planta y la de los emolumentos de un secretario de despacho del municipio de Neira?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que, por haber demostrado la actora que cumplió las funciones de secretaria de Educación, más allá de lo permitido conforme a la ley en encargo de esa secretaría y demostrar que entre los años 2006 a 2012, ejerció las funciones de Secretaría, sin que se reconociera el salario correspondiente a este cargo; en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formas, y de remuneración vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, tiene derecho a que se le reconozca la diferencia salarial entre el cargo de técnico y secretaria de despacho, con el consecuente reajuste de sus prestaciones sociales y aportes a pensión.

En relación con la sentencia de primera instancia, es necesario advertir que aunque en ella el problema jurídico se centró en determinar si la demandante tenía derecho al reconocimiento y pago de la nivelación salarial y prestacional del cargo de técnico 314 grado 10, en el cual estaba nombrada, al cargo de secretaria de Educación, que presuntamente desempeñaba, el análisis jurídico, aunque tuvo en cuenta el principio de primacía de realidad sobre las formas, se enfocó en analizar la existencia de un contrato realidad entre las partes, el cual incluso fue declarado por la *A quo*, tal como quedó consignado en la parte resolutive, numeral dos, de la siguiente manera: *“declarar que entre la señora Martha Lucy Castaño Ramírez y el Municipio de Neira-Caldas existió una relación laboral en el cargo de Secretaria de Educación entre el 16 de enero de 2006 y el 03 de julio*

de 2012”.

Para arribar a esa conclusión, se esgrimió que la administración encubrió una verdadera relación legal y reglamentaria que se estableció durante el periodo de tiempo señalado, lo cual generó que se beneficiara ilegalmente; situación que imponía restablecer los derechos de la accionante al primar la realidad sobre las formalidades establecidas entre las partes, que, en virtud de esa condición de subordinación, el trabajador o empleado se vio en la obligación de aceptar.

El municipio de Neira expuso, en síntesis, en su recurso de apelación, que se realizó una indebida valoración de las pruebas, ya que de estas no se podían inferir que la accionante desempeñó las funciones de secretaria de Educación, Salud, Cultura y Deporte del ente territorial, resaltando que en este caso no se acreditaban todos los supuestos de la relación laboral.

Sobre el anterior contexto debe advertir la Sala que, la parte demandante planteó como pretensiones que se reajustaran, homologaran, nivelaran y pagaran los salarios de la actora que estaba en carrera administrativa en el nivel técnico al de secretaria de Educación municipal, de acuerdo a la escala salarial establecida; así como el reajuste de las prestaciones sociales, los aportes a pensión, y se reconocieran las sanciones a que hubiera lugar por el no pago en tiempo de algunas acreencias. Ello denota que nunca se solicitó la declaratoria de un contrato realidad entre las partes.

Pero adicional a lo anterior, no debe perderse de vista que, la demandante se encontraba nombrada y posesionada en un cargo perteneciente a la planta de personal de la alcaldía de Neira, técnico, código 401, grado 07, empleo por el cual optó luego de llevarse a cabo una reestructuración a la planta de personal, según lo acredita el Decreto 026 del 15 de junio de 2001, y el acta de posesión que data del 16 de junio de 2001.

Lo expuesto permite afirmar que, entre las partes ya existía una relación de carácter legal y reglamentario, es decir, existía de por medio, una forma de vinculación establecida en la ley para proveer cargos dentro de la administración, y por ello no se encuentra acertado el haber analizado si se configuraba una relación laboral encubierta porque la misma ya existía; e incluso, ese nombramiento realizado en carrera administrativa, de conformidad con la ley, fue el que le dio derecho a que se le encargara para desempeñar funciones de secretaria de Educación, Salud, Cultura y Deportes del municipio de Neira, cargo que

además también hace parte de la planta de personal de la entidad, según lo establecido en el Decreto 025 de 2001.

Así las cosas, la Sala se aparta del análisis que en torno al tema del contrato realidad realizó el juzgado de primera instancia, aunque sí se comparte el acudir al principio de la realidad sobre las formas para revisar un caso como el de la referencia, en el cual se afirma que aunque la accionante desempeñó las funciones de secretaria de Educación entre los años 2006 a 2012 siempre recibió la remuneración del empleo en el cual estaba nombrada y posesionada, técnico, lo cual a juicio de la parte actora denota una violación de las normas que consagran la estructura de los empleos públicos y su forma de remuneración, constituyéndose además en un abuso por parte de la administración de las atribuciones que por ley tiene asignadas, y una violación del derecho a la igualdad en relación con los empleados que al desempeñar las mismas funciones recibieron una retribución mayor.

En sentencia C-593 de 2014, la Corte Constitucional realizó una disquisición sobre la protección al trabajo, y señaló, entre otros aspectos, que el trabajo es un principio fundante de nuestro Estado Constitucional de Derecho y debe ser especialmente protegido:

La protección constitucional del trabajo, que involucra el ejercicio de la actividad productiva tanto del empresario como la del trabajador o del servidor público, no está circunscrita exclusivamente al derecho a acceder a un empleo sino que, por el contrario, es más amplia e incluye, entre otras, la facultad subjetiva para trabajar en condiciones dignas, para ejercer una labor conforme a los principios mínimos que rigen las relaciones laborales y a obtener la contraprestación acorde con la cantidad y calidad de la labor desempeñada. Desde el Preámbulo de la Constitución, se enuncia como uno de los objetivos de la expedición de la Constitución de 1991, el asegurar a las personas la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz. Es decir, el trabajo es un principio fundante del Estado Social de Derecho. Es por ello que desde las primeras decisiones de la Corte Constitucional se ha considerado que "Cuando el Constituyente de 1991 decidió garantizar un orden político, económico y social justo e hizo del trabajo requisito indispensable del Estado, quiso significar con ello que la materia laboral, en sus diversas manifestaciones, no puede estar ausente en la construcción de la nueva legalidad". Lo anterior implica entonces que dentro de la nueva concepción del Estado como Social de Derecho, debe entenderse la consagración constitucional del trabajo no sólo como factor básico de la organización social sino como principio axiológico de la Carta. El artículo 25 de la Constitución Política dispone que "El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas."

También varias de sus disposiciones de la Constitución reflejan una protección reforzada al trabajo. Así el artículo 26 regula, entre otros temas, la libertad de escogencia de la profesión u oficio productivo; el artículo 39 autoriza expresamente a los trabajadores y a los empleadores a constituir sindicatos y asociaciones para defender sus intereses; el artículo 40, numeral 7º establece como un derecho ciudadano el de acceder a los cargos públicos; los artículos 48 y 49 de la Carta establecen los derechos a la seguridad social en pensiones y en salud, entre otros, de los trabajadores dependientes e independientes; el artículo 53 regula los principios mínimos fundamentales de la relación laboral; el artículo 54 establece la obligación del Estado de propiciar la ubicación laboral a las personas en edad de trabajar y de garantizar a las personas discapacitadas el derecho al trabajo acorde con sus condiciones de salud; los artículos 55 y 56 consagran los derechos a la negociación colectiva y a la huelga; el artículo 60 otorga el derecho a los trabajadores de acceso privilegiado a la propiedad accionaria; el artículo 64 regula el deber del Estado de promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra y la efectividad de varios derechos de los campesinos y los trabajadores agrarios; el artículo 77 que garantiza la estabilidad y los derechos de los trabajadores del sector de la televisión pública; los artículos 122 a 125 señalan derechos y deberes de los trabajadores al servicio del Estado; el artículo 215 impone como límite a los poderes gubernamentales previstos en los "estados de excepción", los derechos de los trabajadores, pues establece que "el Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo"; el artículo 334 superior establece como uno de los fines de la intervención del Estado en la economía, el de "dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos" y el artículo 336 de la Constitución también señala como restricción al legislador en caso de consagración de monopolios, el respeto por los derechos adquiridos de los trabajadores.

[...]

La jurisprudencia constitucional ha considerado que la naturaleza jurídica del trabajo cuenta con una triple dimensión. En palabras de la Corporación la "lectura del preámbulo y del artículo 1º superior muestra que el trabajo es valor fundante del Estado Social de Derecho, porque es concebido como una directriz que debe orientar tanto las políticas públicas de pleno empleo como las medidas legislativas para impulsar las condiciones dignas y justas en el ejercicio de la profesión u oficio. En segundo lugar, el trabajo es un principio rector del ordenamiento jurídico que informa la estructura Social de nuestro Estado y que, al mismo tiempo, limita la libertad de configuración normativa del legislador porque impone un conjunto de reglas mínimas laborales que deben ser respetadas por la ley en todas las circunstancias (artículo 53 superior). Y, en tercer lugar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25 de la Carta, el trabajo es un derecho y un deber social que goza, de una parte, de un núcleo de protección subjetiva e

inmediata que le otorga carácter de fundamental y, de otra, de contenidos de desarrollo progresivo como derecho económico y social.

Por su parte, el artículo 53 de la Constitución Política consagra el principio de primacía de realidad sobre las formas; una remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; y la protección de los derechos laborales de la siguiente manera:

ARTICULO 53. *El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.*

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores (Subrayado fuera de texto).

El Consejo de Estado se ha referido al principio de primacía de realidad sobre las formas y remuneración proporcional a la calidad y cantidad de trabajo de así¹:

3.3.2. Principios constitucionales de primacía de la realidad sobre las formalidades y de remuneración proporcional a la calidad y cantidad de trabajo.

52. El artículo 53² de la Constitución Política, contiene los principios señalados se encuentran establecido como una especial

¹ Consejo de Estado - Sección Segunda - Subsección A, once (11) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)- radicado 50001-23-33-000-2013-00345-01(2420-17)

² «El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

protección del trabajo, siendo el primero de ellos, al que se acude para resarcir los perjuicios ocasionados por la Administración a personas que, a pesar de haber sido vinculadas a la misma, bajo la modalidad contractual de prestación de servicios, acrediten los elementos que configuran una verdadera relación laboral³.

53. Ahora bien, aun cuando el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades ha sido aplicado en reiteradas oportunidades ante la comprobación de lo que se ha denominado contrato realidad, su ámbito de protección no se limita a dichas situaciones, por lo que corresponde al juez analizar las circunstancias planteadas en aras de determinar si se puede, en virtud de la aplicación del mismo, proteger los derechos de aquel que ha desempeñado funciones con anuencia y consentimiento de la Administración.

54. Es así como esta Corporación⁴ ha señalado, para el caso de quienes se denominan funcionarios de hecho, que una irregularidad en la designación no puede ir en detrimento de las condiciones mínimas fijadas para el servidor público, al existir postulados de rango constitucional que garantizan la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, la remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la calidad y cantidad de trabajo, que se traduce en los principios «a trabajo igual salario igual» e irrenunciabilidad de los beneficios establecidos -artículos 25 y 53 de la Constitución Política- y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966,⁵ en cuanto consagra que «Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas».

55. Este caso, se refiere al reajuste pensional derivado de las diferencias salariales y prestacionales por el desempeño de funciones de un cargo de superior categoría, evento en el cual es completamente aplicable el principio en mención, como lo ha indicado la Sección Segunda, Subsección A, radicado 73001-23-31-000-2005-00035-01 (1590-09)⁶, pues como se ha dicho, la Administración, para cumplir los cometidos estatales, puede como regla general, adscribirle funciones al empleado público, éstas deben estar acordes con su perfil y labor que desarrolla, y éste debe acatarlas; empero, en todo caso, debe protegerse al trabajador cuando la Administración se beneficia de una labor, simplemente encomendando funciones al empleado nombrado y

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; [...] ; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; [...]» (negrilla de la Sala).

³ Subordinación, prestación personal del servicio y remuneración como contraprestación a la misma.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección "A", consejero ponente: Luís Rafael Vergara Quintero, Bogotá, D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil nueve (2009), Radicación número: 25000-23-25-000-2004-03773-01(689-06).

⁵ Que entró en vigor el 3 de enero de 1976, aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1.968 y ratificado el 29 de octubre de 1969

⁶ Con ponencia del consejero dr. Gustavo Gómez Aranguren.

*posesionado en un nivel de inferior jerarquía, protección que procede **bajo la primacía de la realidad frente a las formas en conjunción con el principio de «a trabajo igual salario igual»** tal como lo estimó la Subsección B, en sentencia de 22 de octubre de 2009, dentro del proceso radicado 730012331000200201248 01 (2512-2005) con ponencia de la consejera dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.*

56. Este segundo principio se deriva del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política y señalado de manera expresa en el artículo 143 del C.S.T., aunque para el caso de las relaciones de derecho privado encierra implicaciones diferentes⁷.

57. Así, una de las consecuencias de la especial protección que el Estado debe brindar al trabajo, es la exigencia legal y judicial del respeto por la dignidad y la justicia en la relación laboral (C.P. art. 25); directamente ligada con lo anterior se encuentra la obligación de proporcionar una remuneración acorde con las condiciones reales del trabajo (C.P. art. 53), puesto que el salario es «la causa o el motivo, desde el punto de vista de quien se emplea, para establecer la vinculación laboral»⁸.

58. Es de anotar que la Corte Constitucional ha precisado que «la existencia de una diferenciación salarial entre dos trabajadores que, en principio se encuentran en similares condiciones, debe fundarse en una justificación objetiva y razonable, so pena de vulnerar el derecho fundamental de todos los trabajadores a ser tratados con igual consideración y respeto por el empleador (CP art. 13)»⁹ y además «que la justificación del trato diferenciado no puede radicarse en argumentos meramente formales, como la denominación del empleo o la pertenencia a regímenes aparentemente diferentes»¹⁰.

59. Así mismo, el citado principio exige que la remuneración asignada responda a criterios objetivos y razonables, que a su vez sean dependientes de la cantidad y calidad de trabajo, al igual que de los requisitos de capacitación exigidos y otros factores que compartan esa naturaleza objetiva. La Corte Constitucional¹¹ ha definido este principio al señalar:

«[...] del carácter fundamental del derecho al trabajo y de la especial protección ordenada al Estado por este precepto constitucional, se desprende la exigencia legal y judicial del respeto por la dignidad y la justicia en la relación laboral. Estrechamente relacionado con lo anterior se encuentra la obligación a cargo del patrono de proporcionar una remuneración acorde con las condiciones reales del trabajo (Art. 53 C. P.), puesto que el salario es “la causa o el motivo, desde el punto de vista de quien se emplea, para establecer la vinculación laboral”.

⁷ Corte Constitucional. M.P. Jaime Córdoba Triviño T- 335/00.

⁸ Corte Constitucional. M.P. Jaime Córdoba Triviño T- 103/02.

⁹ Sentencia T- 335 de 2000 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁰ Idem.

¹¹ Corte Constitucional, sentencia T-545A de 2007.

Desde esta perspectiva, si bien cierto que la determinación del salario es una decisión bilateral entre el empleador y el trabajador, no puede estar sujeta a consideraciones caprichosas que desconozcan la especial protección constitucional, pues como ha sostenido la Corte Constitucional "el patrono no puede fijar de manera arbitraria los salarios de sus empleados". De ahí pues que la igualdad de trato en la relación laboral no sólo deriva de una regla elemental de justicia en los estados democráticos sino de la esencia de la garantía superior al trabajo, ya sea que éste se preste ante entidades públicas o privadas . [...] Por lo tanto no toda desigualdad o diferencia de trato en materia salarial constituye una vulneración de la Constitución, pues se sigue aquí la regla general la cual señala que un trato diferente sólo se convierte en discriminatorio (y en esa medida en constitucionalmente prohibido) cuando no obedece a causas objetivas y razonables, mientras que el trato desigual es conforme a la Carta cuando la razón de la diferencia se fundamenta en criterios válidos constitucionalmente. En consecuencia no toda diferencia salarial entre trabajadores que desempeñan el mismo cargo vulnera el principio "a trabajo igual salario igual", como quiera que es posible encontrar razones objetivas que autorizan el trato diferente.»

60. Esta Corporación se ha pronunciado en situaciones como las citadas donde la administración se ha beneficiado de la mayor labor desplegada por sus empleados pero con responsabilidades de un cargo superior, sin que medie un nombramiento o situación administrativa, evento que si bien constituye una situación atípica, no debe desconocerse cuando ha sido demostrada probatoriamente, comoquiera que el ordenamiento constitucional exige la protección jurídica correspondiente a favor del empleado, en aplicación de los principios de la realidad frente a las formas, la remuneración proporcional a la cantidad y calidad del trabajo y además, el derecho a la igualdad (artículo 13 del C.P.), la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales (artículo 53 ib.).

Descendiendo al fondo del asunto, se encuentra que los artículos 122, 123 y 125 de la Constitución Política determinan lo siguiente:

ARTICULO 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.*

(...)

ARTICULO 123. *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 aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

(...)

ARTICULO 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 retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

PARÁGRAFO. *<Parágrafo adicionado por el artículo 6 del Acto Legislativo 1 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido.*

PARÁGRAFO TRANSITORIO. *<Parágrafo INEXEQUIBLE>*

La Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, consagra frente al encargo:

ARTÍCULO 24. *Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente. El término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses.*

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal de la entidad, siempre y cuando reúna las condiciones y requisitos previstos en la norma. De no acreditarlos, se deberá encargar al empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente.

Los empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño. En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

[...]

ARTÍCULO 27. CARRERA ADMINISTRATIVA. *La carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.*

El artículo 24 fue modificado por el artículo 1º de la Ley 1960 de 2019, norma que en su párrafo estableció que lo dispuesto en esa disposición se aplicará para los encargos que fueran otorgados con posterioridad a la vigencia de esa norma; pero el encargo en este caso data del año 2006, por lo que no se le aplicaría la modificación sino la norma original de la Ley 909 de 2004, que ya fue transcrita.

Es de resaltar que una de las causales por las cuales un empleo se encuentra vacante de manera definitiva, es por renuncia legalmente aceptada.

Ahora, el Decreto 1950 de 1973, que fue derogado por el Decreto 1083 de 2015, aplicable para la época de los hechos, consagraba lo siguiente en relación con el encargo:

ARTÍCULO 34.- Derogado por el Decreto 1083 de 2015. *Hay encargo cuando se designa temporalmente a un empleado para asumir, total o parcialmente, las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo. Ver: Artículo 23 Decreto Nacional 2400 de 1968 y Decreto Nacional 325 de 1954. Sobre el encargo en comisión de un funcionario.*

ARTÍCULO 35.- Derogado por el Decreto 1083 de 2015. Cuando se trata de vacancia temporal, el encargado de otro empleo solo podrá desempeñarlo durante el término de esta, y en el caso de definitiva hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva. Al vencimiento del encargo, quien lo venía ejerciendo cesará automáticamente en el desempeño de las funciones de éste y recuperará la plenitud de las del empleo del cual es titular, si no lo estaba desempeñando simultáneamente. Ver: Artículo 23 Decreto Nacional 2400 de 1968

[...]

ARTÍCULO 37.- Derogado por el Decreto 1083 de 2015. El empleado encargado tendrá derecho al sueldo de ingreso señalado para el empleo que desempeña temporalmente, siempre que no deba ser percibido por su titular. (Ver Decreto Nacional 325 de 1954).

Al descender al caso concreto, se encuentra que mediante Decreto 025 del 5 de junio de 2001 se cambiaron de denominación unas dependencias, se suprimieron unos cargos y se adoptó una nueva planta de personal en la alcaldía de Neira; plasmándose en el artículo primero que se cambiaban de denominación a las siguientes dependencias, secretaría de Educación por Secretaría de Salud y Educación; así mismo, se consignó que con la nueva estructura orgánica y funcional no se cambiaba la estructura organizacional de la administración municipal.

El 17 de enero de 2006, mediante Resolución 004, se encargó a la demandante de las funciones de secretaria de despacho de Educación, Salud, Cultura y Deportes del municipio de Neira, indicando que ello acaecería mientras se producía el nombramiento en propiedad de la persona que entraba a cubrir la vacante. Lo que originó este encargo fue la renuncia presentada por parte de la persona que desempeñaba el cargo de secretario de Educación, señor Gustavo Jaramillo Ríos.

Al revisar la constancia que fue enviada por el jefe de la oficina de talento humano de la alcaldía de Neira, Caldas, en respuesta a prueba de oficio decretada por el juez de primera instancia, relacionada con “indicar hasta qué fecha duró el encargo como secretaria de Educación, Salud, Cultura y Deporte del Municipio de Neira de la señora Martha Lucy Castaño Ramírez (...), efectuado mediante Resolución No. 004 de enero 17 de 2006”, e “informar el nombre completo, documento de identidad, tipo de nombramiento y periodo en ejercicio del cargo, de las personas que hayan ocupado el cargo de Secretario de Educación, Salud, Cultura y Deporte del Municipio de Neira en el periodo comprendido entre el 15 de septiembre de 2003 y el 4 de julio de 2012”; en ella claramente se plasmó que revisada la hoja de vida de la demandante reposaba la Resolución nro. 004 de enero de 2006, y que en virtud de esta, donde

fue encargada la demandante de secretaria de Educación, al parecer ejerció el cargo hasta la fecha de su retiro, ya que al revisar tanto la oficina de talento humano como el archivo central no existía evidencia de nombramiento alguno de secretario de Educación para ese tiempo.

Así mismo que, revisadas las historias laborales, durante el periodo 2003-2012 existía el nombramiento como secretario de Educación del señor Gustavo Jaramillo Ríos desde el 27 de enero de 2004 al 17 de enero de 2006. Se recuerda que por la renuncia de esta persona se encargó a la actora en el año 2006 del empleo de secretaria de Educación.

De conformidad con las normas reproducidas, se permite que, para los empleos de libre nombramiento y remoción, cuando se presenta la vacancia temporal o definitiva, el cargo pueda ser provisto a través de la figura del encargo con empleados de carrera; y que en caso de vacancia definitiva el encargo solo será hasta por 3 meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

Ello significa que la disposición es clara en establecer el término máximo que puede durar el encargo cuando se trate de una vacancia definitiva, que fue la que se presentó en la secretaría de Educación del municipio de Neira, de lo cual se infiere que el encargo de la accionante solo podía extenderse hasta el 17 de abril de 2006.

Sin embargo, según la misma constancia que expide el municipio, entre los años 2006 a 2012 nunca se nombró secretario de Educación, añadiendo que fue la demandante quien, al parecer, ejerció este empleo hasta el momento de su retiro.

Denota lo expuesto que, se presentó una situación irregular y *sui generis* en relación con la forma en que la demandante desempeñó las funciones de secretaria de Educación, pues de acuerdo al acto administrativo de encargo expedido, y por disposición legal, el plazo para desarrollar las funciones finiquitaba al cumplirse los 3 meses que establece la norma, sin que se haya emitido otro acto administrativo mediante el cual se le nombrara en el cargo de secretaria, o se designara a otra persona, sin embargo, la actora continuó desempeñando el empleo, ya que el mismo municipio acepta que nunca se realizó un nombramiento, de lo cual concluye que hasta el momento del retiro del servicio la accionante actuó como secretaria de Educación, situación que se respalda con lo dicho por los testigos y el material documental. Ello permite inferir que entre el 17 de enero de 2006 al 3 de julio de 2012 la demandante, a pesar de estar nombrada y posesionada en el cargo de técnico, ejerció las funciones de secretaria de Educación, por lo que se comparte la decisión del *A quo* en torno a este tema para declarar la nulidad del acto administrativo, pero por las razones expuestas en líneas

anteriores, lo que lleva a modificar parcialmente la sentencia, específicamente el ordinal segundo, para suprimir de él, la declaratoria de la relación laboral entre las partes, por lo ya explicado, y declarar únicamente que la demandante desempeñó las funciones de secretaria de Educación del municipio de Neira.

Se advierte también que el fallo debe ser modificado en sus ordinales tercero y cuarto, en relación con los extremos temporales en los cuales ocurrió lo anterior, pues el acto administrativo de encargo no data del 16 de enero de 2006 sino del 17 de enero de 2006.

En relación con la remuneración que percibía la señora Castaño Ramírez, al revisar la constancia expedida por el subsecretario general y administrativo del municipio de Neira, la cual data de noviembre de 2006 y en la que se indicó que la accionante desempeñaba para esa data el cargo de secretaria de Educación, se informó que su asignación salarial era de \$783.360, cuando según otra certificación expedida por el jefe de talento humano de la alcaldía de Neira en el año 2019, para el año 2006 un secretario de despacho tenía asignado un salario de \$1.468.800.

Lo anterior se complementa cuando al revisar el acto administrativo que liquidó las cesantías definitivas y las prestaciones sociales a la accionante al momento de su retiro del servicio, Resolución 128 de agosto de 2012, se encuentra que, el salario base para calcular las mismas fue de \$1.073.544; cuando según la misma constancia expedida por el jefe de talento humano para el año 2012 un secretario de despacho devengaba un salario de \$1.943.312.

Se advierte en este punto que la demandada no aportó una prueba que acredite que a la actora se le canceló un salario diferente al de técnico entre los años 2006 a 2012, lo cual es lógico porque sus argumentos de defensa giran en torno a que ella no ejerció las funciones de secretaria de Educación.

Así las cosas, en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formas, y de remuneración vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, al estar acreditado que la actora desempeñó las funciones de secretaria de Educación entre 17 de enero de 2006 a 4 de julio de 2012 pero devengando el salario de técnico, tiene derecho, como se declaró en la sentencia de primera instancia a las diferencias en emolumentos de todo orden que no estén prescritas.

Segundo problema jurídico

¿Se configuró la prescripción de los derechos reclamados por la demandante?

Tesis: la Sala defenderá la tesis que hay prescripción parcial de los derechos, pues conforme a la jurisprudencia en casos de diferencias salariales por encargo, cada vez que se causaba el derecho a un emolumento era exigible en forma independiente, por lo que el escrito solo interrumpe los salarios y prestaciones sociales de los tres años anteriores a la presentación del escrito por parte de la actora.

La prescripción de los derechos laborales en el sector público está regulada en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, que prevé el término de 3 años, a partir del momento en que la obligación se hace exigible, así:

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.

La disposición anterior fue reglamentada en el Decreto 1848 de 4 de noviembre de 1969, por medio del cual se dispuso la integración de la Seguridad Social entre el sector privado y público, señalando:

Artículo 102. PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES.

1. Las acciones que emanen 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 sólo por un lapso igual.

Por otra parte, en fallo del 3 de octubre de 2022, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A" con ponencia del Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, expediente Radicación: 20001-23-39-000-2016-00152-02 (5826-2018), en un caso de analogía cerrada, esto es, un caso en que se solicitó el pago de las diferencias salariales, por ocupar en mayor tiempo un encargo del autorizado por la ley, reconoció el derecho al pago de las diferencias salariales, pero advierte que las mismas se deben reconocer conforme a la prescripción de derechos laborales expuesto en las normas anteriores, y que por lo mismo

se entienden prescritos los derechos laborales causados en las fechas anteriores a los tres años del escrito que interrumpe la prescripción. en ese caso señaló al respecto:

No obstante, debe revisarse la procedencia de la declaratoria de la prescripción del derecho a las diferencias salariales de conformidad con la facultad que tiene el Juez de decretarla de oficio en la sentencia de conformidad con el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

Esta Corporación ha sostenido que el lapso que debe transcurrir para que se extinga el derecho en materia laboral es de tres años contados a partir de la exigibilidad de la obligación en virtud del artículo 102 del Decreto 1848 de 1969. En el caso sub examine la exigibilidad del derecho se da a partir del 24 de noviembre de 2010, fecha en la que el Rector instruye a la demandante para que coordine las funciones del Consultorio Jurídico. De acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso la señora IGLESIAS MARTÍNEZ el 25 mayo de 2015 solicita al Rector de la UPC se le reconozcan los derechos laborales derivados del "encargo" interrumpiendo la prescripción, razón por la cual las diferencias salariales causadas con anterioridad al 25 de mayo de 2012 se encuentran prescritas.

La tesis ha sido reiterada en la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de la Sección Segunda, pero Subsección "B" consejera Ponente la Dra. Sandra Lisset Ibarra del 25 de agosto de 2022. Radicado: 25000-23-42-000-2013-01319-01 (2828-2018), se señaló:

64. Ahora bien, tal como se verifica en la petición presentada por la demandante ante la ESE Hospital Simón Bolívar relativa al reconocimiento de la diferencia salarial pretendida (fl.3 a 23) la cual dio origen al acto administrativo demandado que resolvió negativamente dicha solicitud, es dable asegurar que la señora Gladys Jeanet Rincón Cajicá solo reclamó el derecho en mención hasta el 25 de octubre de 2012 (más de 3 años después del 23 de diciembre de 2005) y demandó el 10 de abril de 2013 (fl. 62), por lo que los valores adeudados por ese concepto anteriores al 25 de octubre de 2009, efectivamente adolecen de prescripción.

65. Bajo ese entendido, a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la ESE Hospital Simón Bolívar – III Nivel, reconocer y pagar a favor de la actora las diferencias que resulten entre el valor por concepto de salario que percibe un profesional universitario del área de la salud, código 237, o su plaza equivalente en la escala remunerativa al interior de dicha entidad, o bien la existente en el Hospital El Tunal a manera de referencia si no es posible determinarla bajo estos criterios, y el que devenga la demandante en su cargo de técnico en el área de la salud, código 323, grado 6; ello con influencia en la liquidación de las prestaciones y demás emolumentos a que tiene derecho en razón de la plaza en la que se encuentra vinculada, esto desde el 25 de octubre de 2009 por prescripción trienal, hasta cuando aquella sea nombrada en un cargo diferente o bien se retire del servicio activo.

Conforme a la jurisprudencia anteriormente transcrita, en tratándose de diferencias salariales, y efectos prestacionales de las mismas por causas de encargos, el lapso que debe transcurrir para que se extinga el derecho en materia laboral es de tres años contados a partir de la exigibilidad de la obligación en virtud del artículo 102 del *Decreto 1848 de 1969*, como el presente caso no es de contrato realidad, la exigibilidad de cada salario y/o prestación le era exigible una vez vencido el periodo correspondiente, esto es, si era el salario vencido el mes o período en que se pagaba el salario, se empiezan a contar los 3 años, idéntica manera por cada prestación.

Caso bajo estudio.

Siguiendo la misma línea del Consejo de Estado y probado que, la actora tan solo presentó la reclamación ante el municipio de Neira, Caldas, el 3 de julio de 2015; en consecuencia, las diferencias salariales anteriores al 3 de julio de 2012, se entienden prescritas.

Aspecto diferente será lo referente a las diferencias por aportes pensionales, pues al ser los mismos imprescriptibles, en este caso se deberá compartir la decisión de ordenar que se revise el ingreso base de cotización pensional que sirvió para realizar las cotizaciones, y si existe diferencia entre los aportes realizados y los que se debieron efectuar como secretaria de despacho, se deberá aportar la suma faltante, sin perjuicio de que se pueda descontar de los pagos que se realizarán a la accionante el porcentaje que le correspondía aportar como empleada, pues el haber devengado un salario inferior al establecido para el cargo que desempeñaba, generó que sus aportes a pensión se realizaran en un monto inferior.

Conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 187 del CPACA, se declarará de oficio la prescripción de los derechos anteriores al 3 de julio de 2012.

Tercer problema jurídico

¿Es procedente reconocer la sanción moratoria consagrada en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 cuando se ordena un reajuste de cesantías?

Tesis: la Sala defenderá la tesis que no hay lugar al reconocimiento de la sanción moratoria, ya que en este caso la orden del juez lo que genera es un reajuste de las cesantías, supuesto que no está establecido en las normas para el reconocimiento de la sanción moratoria; aunado a que el derecho al reajuste nace con la sentencia que reconoce el pago de la diferencia salarial.

La parte accionante apeló la sentencia para refutar la decisión de haber negado la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006, argumentando que ella se desvinculó por completo de la administración desde el 4 de julio de 2012, por lo que en su liquidación tenían que incorporarle la totalidad de los derechos prestacionales, entre ellos, el auxilio de cesantías, de donde se deduce que no le fue pagada en debida forma la liquidación que le correspondía porque se liquidó con un salario que no correspondía porque la actora ejerció el cargo de secretaria de educación municipal, lo que le da derecho a que se imponga la sanción prevista en el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.

La Ley 244 de 1995¹² contempló:

Artículo 1º.- Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.

Artículo 2º.- La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.

Parágrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo.

La anterior disposición fue modificada por la Ley 1071 de 2006¹³, básicamente para señalar nuevos destinatarios de la norma.

Se hace precisión en que es la sentencia la que reconoce y ordena el derecho al reajuste salarial y prestacional, la que origina que deba llevarse a cabo un reajuste de las cesantías que ya le habían sido reconocidas a la demandante al tener que calcularlas ahora con un salario superior.

Sobre este tema, el Consejo de Estado ha sido reiterativo en considerar que el legislador no previó dentro de los supuestos de hecho que generan la sanción moratoria de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, el pago tardío de reajustes de las cesantías

¹² «Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones.»

¹³ «Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.»

reconocidas, o que por razón de un reajuste haya lugar al pago de penalidad, reduciendo en consecuencia su causación al reconocimiento y pago tardío de la liquidación inicial o reconocimiento inicial.

Sobre el tema, se encuentra sentencia del del 4 de octubre de 2018 de la Sección Segunda - Subsección B, proceso con radicado interno 3490-15, en la cual se expuso:

Al respecto, esta Corporación, en reiteradas ocasiones, ha sostenido que la sanción moratoria por la inoportuna consignación de las cesantías no procede respecto de las diferencias de valor de dicha prestación, en los siguientes términos:

“En el caso analizado, la entidad demandada sí reconoció oportunamente las prestaciones y cesantías definitivas del demandante al momento de su desvinculación¹⁴; sin embargo, con ocasión de la expedición de la sentencia C- 1433 de 2000 y del Decreto 2720 de diciembre 27 de 2000, se causó una diferencia en la liquidación de las mismas, pero el pago inoportuno de esa diferencia no puede considerarse mora en la consignación de tal prestación, que tenga la magnitud de generar la sanción a que alude la norma trascrita.”¹⁵ (Resaltado fuera de texto).

Esta Subsección, en sentencia del 17 de octubre de 2017, dentro del expediente con radicación No. 080012333000201200017101 (2839-14), con ponencia de la doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, señaló:

“(…) En tal sentido, si bien se causó una diferencia en la liquidación de las cesantías definitivas, la cancelación pago inoportuna de esa diferencia no puede considerarse mora en la pago de tal prestación, que tenga la magnitud de generar la sanción a que alude la norma señalada.

[…]

La Sección Segunda del Consejo de Estado, ha sostenido que la finalidad del legislador con la norma aludida, fue determinar el término perentorio para el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los servidores públicos, sin que una diferencia en la liquidación de la prestación social, conlleve a la autoridad judicial a imponer la sanción frente a una circunstancia fáctica que no se encuentra prevista en la ley¹⁶. (Subrayado fuera de texto).

Y en providencia del Sección Segunda - Subsección “B”, del 30 de septiembre de 2021, proceso con radicado 17001-23-33-000-2018-00438-01(5374-19) en el que concluyó:

¹⁴ Cita propia del texto transcrito: Folios 14 a 16.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 9 de abril de 2014, radicación 13001-23-31-000-2007-00225-01, número interno 1483-13. M.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

¹⁶ Cita propia del texto transcrito: Al respecto: Subsección A. Sentencia de 9 de abril de 2014. Rad. 13001-23-31-000-2007-00225-01(1483-13). C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.; Subsección B. Sentencia de 8 de septiembre de 2017. Rad. 08001233300020140035501. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. En el mismo sentido, sentencias de 17 de agosto de 2017. Rad. 08001233300020140035501; Sentencia de 18 de mayo de 2017. Rad. 66001233300020130021301.

Vistas las consideraciones que anteceden, la sanción moratoria solo tiene lugar cuando la administración no cumpla con la obligación de cancelar las cesantías dentro del plazo previsto en la ley, que puede variar de acuerdo a cada caso concreto, de manera que el hecho de que la administración haya liquidado un monto por cesantías definitivas que luego haya sido objeto de un reajuste, no conlleva a determinar que desde la fecha de la solicitud de reconocimiento de la prestación hasta el pago de la misma, no se hayan cumplido con los términos establecidos por la ley para tal efecto.

Al tratarse en este caso de una reliquidación de cesantías, que nace con la sentencia que ordena el reajuste salarial, no se encuentra ajustado a derecho el reconocimiento de la sanción moratoria, máxime cuando la parte actora no manifiesta que las cesantías reconocidas inicialmente, esto es, al momento de la desvinculación, hayan sido canceladas fuera de tiempo.

Por lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia en este aspecto.

Conclusiones de segunda instancia

Al estar probado que la demandante desempeñó entre el 17 de enero de 2006 al 3 de julio de 2012 las funciones de secretaria de Educación, se deberá reconocer en virtud de los principios de primacía de la realidad sobre las formas, y de remuneración vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, que tenía derecho a que se le reconociera las diferencias salariales que el municipio tenía para el pago del cargo que ostentaba versus los de un secretario de despacho, pero en virtud de la prescripción, teniendo en cuenta que se encuentran prescritos los derechos laborales anteriores al 3 de julio de 2012, se hace necesario ordenar el reconocimiento de la diferencia salarial existente entre estos dos cargos, por lo que corresponda entre el 3 de julio de 2012 y el 4 de julio de ese año.

No corre la misma suerte las diferencias por aportes pensionales, los que, por ser imprescriptibles, se tendrán en cuenta desde el 17 de enero de 2006 al 4 de julio de 2012

Por lo anterior:

Se modificará el numeral segundo para suprimir de él la declaratoria de la relación laboral entre las partes, y únicamente declarar que la demandante desempeñó las funciones de secretaria de Educación del municipio de Neira, por las razones expuestas en este fallo.

Se adicionará un numeral denominado SEGUNDO A, por el cual se declarará la prescripción de los derechos salariales y prestacionales anteriores al 3 de julio de 2012, por

prescripción trienal

Así mismo, se modificará la sentencia en sus numerales tres y cuatro para declarar que el desempeño de las funciones como secretaria se dio entre el 17 de enero de 2006 y el 3 de julio de 2012, pero que por razones de prescripción las diferencias por los emolumentos a que tiene derecho serán los que se presenten entre el 3 y el 4 de julio de 2012.

Y frente a aportes pensionales, en el sentido que corresponden las diferencias a que tiene derecho entre el 17 de enero de 2006 y el 3 de julio de 2012, autorizando al municipio para que, de los mayores valores a pagar, se hagan los descuentos por los aportes que le corresponderían a la actora por esa diferencia salarial

En lo demás, se confirmará la providencia.

Costas

En el presente asunto, pese a lo señalado en el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no se condena en costas toda vez que, la sentencia de primera instancia será modificada, atendiendo las sugerencias del C G del P.

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia del 30 de julio de 2021 emitida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **MARTHA LUCY CASTAÑO RAMÍREZ** contra **EL MUNICIPIO DE NEIRA**, el cual quedará así:

DECLARAR que la señora **MARTHA LUCY CASTAÑO RAMÍREZ** desempeñó las funciones de secretaria de Educación del municipio de Neira en el periodo comprendido entre el 17 de enero de 2006 y el 3 de julio de 2012, según lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: ADICIONAR UN NUMERAL A LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA ASÍ:

SEGUNDO A: DECLARAR DE OFICIO LA PRESCRIPCIÓN de los derechos salariales y prestacionales, de las diferencias por emolumentos anteriores al 3 de julio de 2012,

excepto en lo que respecta a aportes pensionales, que se determinará conforme al numeral Tercero definitivo de la sentencia.

TERCERO: MODIFICAR LOS ORDINALES TERCERO Y CUARTO de la sentencia del 30 de julio de 2021, para declarar que los extremos temporales a tener en cuenta para el cumplimiento de las órdenes serán los siguientes:

Para efecto de las diferencias salariales y prestacionales diferentes a aportes pensionales, reconocer las que corresponde las causadas en el período del 3 de julio de 2012 al 4 de julio de ese mes y año, como consecuencia de la prescripción trienal.

Frente a las diferencias por aportes pensionales, se tendrá como extremos temporales, las diferencias causadas entre el 7 de enero de 2006 y el 3 de julio de 2012.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás el fallo de primera instancia.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

SEXTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático "*Justicia Siglo XXI*".

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala realizada el 14 de septiembre de 2023, conforme acta nro. 054 de la misma fecha.


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente


FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado