

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

Manizales, dos (02) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

RADICACIÓN	17001-23-33-000-2022-00284-00
CLASE	REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE	GIRALDO ARCESIO CASTILLO ORTEGA
DEMANDADO	MUNICIPIO DE MANIZALES, AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ANI, INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS INVIAS, CSS CONSTRUCTORA S.A.

Procede la Sala Primera del Tribunal Administrativo de Caldas, a decidir sobre la admisibilidad de la demanda que en ejercicio del medio de control de reparación directa instauró el señor **Giraldo Arcesio Castillo Ortega** contra el **municipio de Manizales, Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-, Instituto Nacional de Vías INVIAS, CSS Constructora S.A.**

ANTECEDENTES

El señor Giraldo Arcesio Castillo Ortega mediante apoderado judicial presentó demanda de reparación directa contra el municipio de Manizales, Agencia Nacional de Infraestructura Ani, Instituto Nacional de Vías INVIAS, CSS Constructora S.A., solicitando se declare a las accionadas responsables administrativamente por los perjuicios que afirma le causaron con ocasión del proceso de restitución del predio que ocupaba y en donde funcionaba el Vivero Manantial de su propiedad.

Señala que, en el mes de septiembre de 2007 el actor hizo ocupación de un predio ubicado en la vía panamericana para la instalación de un vivero, conocido como el Vivero Manantial.

Que mediante fallo del 17 de junio de 2014 un juzgado ordenó la restitución del predio a nombre de un particular, sin embargo, mediante tutela se dejó sin efectos esa sentencia.

Posteriormente el 27 de febrero de 2018, el actor inició un proceso de adquisición por prescripción del inmueble identificado con ficha catastral 17-001-01-04-00-00-0511-0001-000000000 y con folio de matrícula inmobiliaria 100-100552 que había venido ocupando desde el 2007, correspondiendo su conocimiento al Juzgado Once Municipal

proceso identificado con el radicado 2018-00123. El Juzgado de conocimiento mediante fallo del 17 de marzo de 2019 determinó que el inmueble pertenecía al municipio de Manizales, por lo que negó las pretensiones del actor, ordenándole al municipio de Manizales iniciar el proceso de restitución de dicho predio, el cual estaba catalogado como una zona verde.

El municipio de Manizales por medio la Inspección Segunda Urbana de Policía inició el proceso, por lo que mediante decisión del 16 de marzo de 2021 ordenó la restitución del predio en mención, la cual se hizo efectivo el 06 de agosto de 2021.

El actor señala que, en virtud del desalojo del cual fue objeto de manera injustificada, se le causaron unos daños no solo materiales sino también morales, teniendo en cuenta que el Vivero Manantial estuvo en funcionamiento desde el 2007 hasta la orden de desalojo que tuvo origen en el trámite de restitución que adelantó el Inspector Segundo Urbano de Policía.

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta los hechos, pretensiones y concepto de la violación procede la Sala a determinar cuál es el medio de control procedente para tramitar la presente controversia, es decir si se debe tramitar como una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho o reparación directa.

Respecto del medio de control procedente, en asuntos como el aquí discutido, el Consejo de Estado¹ ha expuesto:

"...

4.2. Presupuestos de procedencia de la reparación directa y de la nulidad y restablecimiento del derecho

El artículo 90 de la Constitución señala que: *"El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste"*.

La posibilidad de imputar daños antijurídicos al Estado es una garantía de los administrados que está estrechamente relacionada con el derecho de

¹ Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Tercera Subsección A; Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO; Bogotá, D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veinte (2020); Radicación número: 08001-23-33-000-2017-01242-01(62071)

acceso a la administración de justicia, pues, para hacer efectiva la primera, los interesados tienen a su disposición diferentes medios de control consagrados en nuestro ordenamiento.

De este modo, con el fin de lograr la protección o el resarcimiento del derecho sustancial lesionado, el interesado puede acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para lo cual, dependiendo de la fuente del daño, debe ejercer los medios de control establecidos por el legislador - *nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa o de controversias contractuales*-, de ahí que la efectividad o no de los derechos derivados del artículo 90 dependan de la interposición de esos medios procesales².

La escogencia de los medios de control –Ley 1437 de 2011- en ejercicio de los cuales se deben tramitar los asuntos de conocimiento de esta jurisdicción no depende de la discrecionalidad del demandante, sino del origen del perjuicio alegado y del fin pretendido.

La nulidad y restablecimiento del derecho procede en aquellos eventos en los cuales el daño se presenta como consecuencia de un acto administrativo que se considera ilegal.

Por lo general, el restablecimiento del derecho surge de la anulación del acto; no obstante, existen eventos en los que no es posible volver al estado anterior de la expedición del acto administrativo o en los que sus efectos negativos no desaparecen por el restablecimiento que sigue a la anulación, como el caso de los perjuicios morales.

Para lo anterior, el legislador previó la posibilidad de que el afectado, en ejercicio de la pretensión prevista en el artículo 138 *ejusdem*, en concordancia con el inciso primero del artículo 90 de la Constitución Política, pueda solicitar, además del restablecimiento del derecho, la reparación de los daños causados con el acto ilegal³.

De otra parte, la reparación directa es pertinente en los casos en los que la afectación se deriva de un hecho, omisión, operación administrativa o en un acto administrativo, siempre que no se cuestione su legalidad⁴.

En este contexto, la reparación directa tiene como finalidad la indemnización de los perjuicios derivados de: i) un acto administrativo particular que haya sido objeto de revocatoria directa⁵ o ii) de uno de carácter general que hubiese sido anulado⁶, con todo, *“si la causa directa del perjuicio no es el acto administrativo anulado, sino un acto*

² Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C - 286 del 3 de mayo de 2017, M.P: Gloria Stella Ortiz Delgado, exp: D-11669.

³ “Artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; ***también podrá solicitar que se le repare el daño***” (se resalta).

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de abril de 2006, expediente 16079, C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Igualmente, en sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de noviembre de 2017, exp: 59.236.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 24 de agosto de 1998, radicación 13685, C.P. Daniel Suárez Hernández.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 15 de mayo de 2003, radicación 23205, C.P. Alier Hernández Enríquez, y sentencia del 21 de marzo de 2012, radicación 21986, C.P. Hernán Andrade Rincón.

administrativo particular expedido a su amparo, debe acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho debido [a] que sólo a través de ella puede destruirse la presunción de ilegalidad que lo caracteriza”⁷.

La Sección también ha señalado que este medio de control –*reparación directa*– es el mecanismo procesal idóneo para obtener el resarcimiento de los perjuicios derivados de la revocatoria o de la nulidad de un acto administrativo favorable para su destinatario⁸.

Por otra parte, la Sala se ha referido a la procedencia de la nulidad y restablecimiento del derecho cuando el perjuicio alegado surge de la ilegalidad del acto administrativo y la operación administrativa solo se realizó con el fin de acatar la decisión tomada por la Administración, en los siguientes términos⁹:

*“(…) La operación administrativa es comprensiva de las medidas de ejecución de una o varias decisiones administrativas, sin que aquellas puedan considerarse desligadas de éstas, ni en su legalidad ni en sus alcances o contenidos. **Pero es claro, no se repite, que cuando el perjuicio nace de la ilegalidad de la decisión administrativa (acto administrativo) y su ejecución no hace sino acatarla, la acción deberá ser de restablecimiento;** cuando el daño proviene de la irregular ejecución de un acto que no se cuestiona en su legalidad, la acción será de reparación directa y deberá centrarse su cuestionamiento en los actos materiales de ejecución de la decisión administrativa, pero sin omitir en esa evaluación el alcance de dicha decisión, por ser, en definitiva, la que delimita los poderes de ejecución de la administración; como será de reparación directa también cuando el acto, en sí, no es ilegal pero es la fuente del perjuicio por implicar rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas. La responsabilidad por la operación administrativa, concebida ésta como el conjunto de actuaciones cumplidas dentro de un procedimiento administrativo dado que culmina irregularmente o no culmina, no es nueva en la jurisprudencia de la Sala” (se destaca).*

Como consecuencia, cuando una decisión se adopta mediante un acto administrativo y los presuntos efectos dañinos se derivan de lo decidido u ordenado, se debe acudir a la nulidad y restablecimiento del derecho; ahora bien, si lo que se alega es que el daño no proviene del acto administrativo, sino de la materialización de la decisión para indicar que su origen fue una operación administrativa, se tendría que demostrar que la ejecución de los actos materiales no cumplieron la decisión administrativa.

En el *sub examine*, el Tribunal Administrativo del Atlántico por medio de auto del 15 de noviembre de 2017, consideró que el medio de control procedente en el presente caso era el de nulidad y restablecimiento del derecho, toda vez que el daño alegado en la demanda proviene de los actos

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 5 de julio de 2006, radicación 21051, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de abril de 2003, radicación 26437, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 17 de agosto de 1995, C.P. Carlos Betancur Jaramillo, exp.7095.

administrativos que previamente ordenaron llevar a cabo un desalojo en un predio ubicado en el Distrito de Barranquilla.

A juicio de los demandantes, no se cuestiona la legalidad de las resoluciones mencionadas, sino que, por el contrario, lo que buscan es la reparación de los perjuicios generados con el desalojo de un lote sobre el cual venían ejerciendo actos de señor y dueño.

Al revisar el escrito de la demanda, se observa que la pretensión declarativa se formuló de la siguiente forma (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“(...) quienes tenían su casa y habitaban en su condición de poseedores permanentes con ánimo de señor y dueño desde el año 1981, en el predio o lote de terreno ubicado entre las calles 86 B y 87 y entre las carreras 73 y 74 del Distrito de Barranquilla, el cual era de propiedad de la Sociedad Cementos del Caribe y/o Parrish y Cía Ltda y/o Distrito de Barranquilla, **quienes fueron despojados flagrantemente del predio antes mencionado alegando el Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla recuperación del espacio público, atendiendo los solicitantes que ejercían derechos de posesión de manera quieta, tranquila, pacífica sin interrupción y con ánimo del señor y dueño del mismo, a raíz también de intromisión, penetración y desalojo del predio ya mencionado, por parte de los funcionarios de la Secretaría de Control Urbano y Espacio Público del Distrito de Barranquilla, con apoyo de la Policía Nacional y de la Personería Distrital de Barranquilla, **desalojo que fue ordenado mediante las resoluciones 0607 de 2015 (...) y la resolución 1048, confirmatoria de la anterior (...)**”¹⁰*** (se destaca).

Argumento que también fue expuesto al señalar los perjuicios que supuestamente se les generaron a los demandantes¹¹.

Lo anterior permite establecer que el daño alegado por el actor consiste en el desalojo y posterior demolición de unas mejoras en un lote sobre el que venían ejerciendo actos de posesión, lo cual se llevó a cabo por parte de una comisión integrada por las entidades demandadas en el presente caso.” (negrillas fuera del texto, negrilla y subrayado del texto)

Conforme a la jurisprudencia en cita, encuentra esta Sala que el medio de control por el cual se debe tramitar una controversia se determina por el origen del daño alegado, en decir que, si el daño proviene de un acto administrativo y se discute precisamente su legalidad el medio de control que se debe presentar es el de nulidad y restablecimiento del derecho, sin embargo, si el daño que se alega, aunque sea consecuencia de una ordenada en un acto administrativo si no encuentra su génesis en este sino en su ejecución el medio de control, es el de reparación directa.

¹⁰ Folios 1 y 2 del cuaderno principal.

¹¹ Folios 2 a 5 del cuaderno principal.

Ahora bien, descendiendo al caso bajo estudio encuentra la Sala que el actor en su teoría del caso, de acuerdo a los hechos que sustentan sus pretensiones y a los fundamentos de derecho, endilga el origen del daño al procedimiento adelantado por la Inspección Segunda de Policía en virtud del cual se expidió la Resolución nro. 22456 del 16 de marzo de 2021 por medio de la cual se ordena la restitución del lote de terreno utilizada por parte del señor Castillo Ortega para ejercer actividad comercial de "viverista", toda vez que indicó que dicho trámite no solo fue adelantado por un funcionario que carecía de competencia, sino que además no se observó el procedimiento establecido para los procesos de restitución de bienes inmuebles, lo que derivó no solo en la violación al debido proceso sino en el quebrantamiento al derecho de defensa del actor. Conforme a lo anterior es claro que el actor cuestiona la legalidad de los actos administrativos en virtud de los cuales se ordena la restitución del predio y el consecuente desalojo del actor.

De otro lado, se tiene que la pretensión principal de la parte actora está dirigida a declarar que la entidad demandada es responsable por el desalojo del cual fue objeto de manera injustificada, el cual le generó unos daños no solo materiales sino también morales, teniendo en cuenta que el Vivero Manantial estuvo en funcionamiento desde el 2007 hasta la orden de desalojo que tuvo origen en el trámite de restitución que adelantó el Inspector Segundo Urbano de Policía.

Conforme a lo anterior, y pese a que el actor alega que los daños sufridos se dan como consecuencia de la materialización del desalojo del cual fue objeto, lo cierto es que, de acuerdo a los fundamentos facticos y de derecho, lo que en el fondo discute es la legalidad de los actos administrativos que dieron lugar a la restitución del bien inmueble donde el actor tenía ubicado el vivero que configuraba su actividad comercial.

Es así como se puede evidenciar que, lo que en realidad se pretende cuestionar, es precisamente la legalidad de tales actos, más aún cuando se itera los fundamentos de derecho de las pretensiones están encaminados a desvirtuar la legalidad de los actos administrativos dictados en el proceso de restitución del predio donde funcionaba el vivero propiedad del actor, por parte de la Inspección Segunda de Policía.

Sumado a ello, no se expone como fundamento de la demanda, que en la diligencia de desalojo del predio se hubiera incurrido en alguna arbitrariedad que fuese la génesis del daño, o que se alegara que el mismo se realizó de manera irregular, sino que a juicio del actor, el daño se originó en las actuaciones administrativas adelantadas por parte del Inspector Segundo de Policía, en el cual se expidió el acto administrativo que ordenó la

recuperación del predio que venía ocupando el señor Castillo Ortega y que fuera propiedad del municipio de Manizales, las cuales tilda de irregulares.

En conclusión, es claro para la Sala que de acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de Estado, los hechos de la demanda y los fundamentos de derecho, lo procedente en el presente asunto era demandar la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales se ordenó la recuperación del predio donde funcionada el vivero "El Manantial" y allí hacer el reclamo indemnizatorio por los perjuicios que supuestamente sufrió el actor, frente a lo cual se debió solicitar el respectivo restablecimiento del derecho y la reparación, dado que el daño que se reclama tiene como causa una decisión administrativa contenida en la Resolución nro. 22456 del 16 de marzo de 2021 por medio de la cual se ordena la restitución del lote de terreno utilizada por parte del señor Castillo Ortega para ejercer actividad comercial de "*viverista*".

En principio, lo anterior conllevaría a inadmitir para que se enmendara la demanda, sin embargo, conforme al artículo 171 del CPACA, el Juez debe darle el trámite que corresponda cuando el actor se equivoque en el medio de control, por lo que la Sala adecuará la demanda a la de nulidad y restablecimiento.

Ahora bien, con relación a la oportunidad para presentar la demanda, el literal i) del artículo 164 del CPACA establece lo siguiente:

"ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:

(...)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

(...)

d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales;

Retomando las particularidades del caso bajo estudio, encuentra la Sala que los perjuicios que alega el actor tuvieron origen en la Resolución nro. 22456 del 16 de marzo de 2021 por medio de la cual se ordenó la restitución del lote de terreno utilizada por parte del señor Castillo Ortega para ejercer actividad comercial de "*viverista*" identificado con ficha

catastral 17-001-01-04-00-00-0511-0001-000000000 y con folio de matrícula inmobiliaria 100-100552.

Así las cosas, el término para presentar la demanda se debió ejercer, dentro de los 4 meses siguientes a la ejecución del acto, esto es, a la realización de la diligencia de desalojo, lo cual sucedió el 6 de agosto de 2021,

En este orden de ideas resulta claro para esta Sala que los 4 meses con que contaba el actor para demandar se vencían el 7 de diciembre del año 2021, pero la misma fue presentada el 23 de noviembre de 2022, por lo que se encuentra vencido el término y en consecuencia acaeció la caducidad.

Ahora, el artículo 169 del CPACA señala:

Se rechazará la demanda y se ordenará la devolución de los anexos en los siguientes casos:

1. Cuando hubiere operado la caducidad.
2. Cuando habiendo sido inadmitida no se hubiere corregido la demanda dentro de la oportunidad legalmente establecida.
3. Cuando el asunto no sea susceptible de control judicial (Subrayado fuera de texto).

Atendiendo lo expuesto, y por orden expresa del ordinal 1° del artículo 169 del CPACA, la presente demanda deberá rechazarse de plano, por caducidad del medio de control.

Por lo anterior, la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE

1. **RECHAZAR** de plano la demanda instaurada por **GIRALDO ARCESIO CASTILLO ORTEGA** contra **EL MUNICIPIO DE MANIZALES, AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ANI, INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS INVIAS, CSS CONSTRUCTORA S.A..**

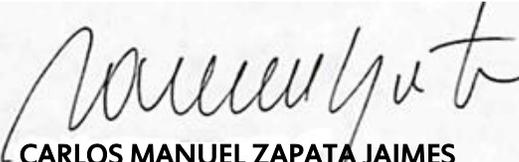
2. Se **RECONOCE PERSONERÍA** para actuar en nombre y representación de la parte actora al abogado **CARLOS ALBERTO LÓPEZ LÓPEZ** identificado con la cédula de ciudadanía nro. 10.231.760 y portador de la tarjeta profesional nro. 122.257 del CSJ, en los términos y para los fines del poder conferido (PDF nro. 08 del expediente digital).

3. En firme este auto y sin necesidad de desglose, hágase entrega de los anexos de la demanda y archívense las diligencias, previas las anotaciones respectivas.

4. Notifíquese por estado electrónico conforme al artículo 201 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión, celebrada el 02 de febrero de 2023, conforme acta nro. 005 de la misma fecha.


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente


FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO
Notificación por Estado Electrónico nro. 018 del 06 de febrero de 2023.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Manizales, dos (02) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

RADICACIÓN	17-001-23-33-000-2022-00296-00
CLASE	RECURSO DE INSISTENCIA
DEMANDANTE	JORGE IVÁN LÓPEZ DÍAZ
DEMANDADO	MUNICIPIO DE MANIZALES SECRETARÍA DE HACIENDA UNIDAD DE RENTAS

Dentro del recurso de insistencia promovido por Jorge Iván López Díaz contra la Secretaría de Hacienda – Unidad de Rentas del municipio de Manizales, se solicita se declare la nulidad de lo actuado, en virtud de que el recurso de insistencia por cuanto se solicita ante una autoridad del orden municipal, es competencia de los Juzgados Administrativos y no del Tribunal Administrativo de Caldas.

ANTECEDENTES

El 17 de agosto de 2022 el señor López Díaz presentó recurso de insistencia respecto de la negativa del municipio notificada el 09 de agosto de 2022, de hacer entrega de copia de todas las resoluciones emitidas por esa entidad territorial en las que se haya decidido reliquidaciones retroactivas del impuesto predial unificado devenidas de procesos de actualización, formación o rectificación con base en las resoluciones expedidas por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi- IGAC para el periodo relativo al año 2021.

El municipio de Manizales dio traslado del recurso de insistencia al Tribunal de Caldas el 01 de diciembre de 2022, siendo repartido a este Despacho el 05 de diciembre de 2022.

El recurso de insistencia fue resuelto mediante decisión del 09 de diciembre de 2022, notificado el 12 de diciembre de dicha anualidad.

La Unidad de Rentas del municipio de Manizales mediante escrito presentado el 11 de enero de 2023 solicitó se declare la nulidad de lo actuado por falta de competencia funcional.

Pasa a Despacho para resolver lo pertinente el 20 de enero de 2023.

CONSIDERACIONES

Frente al incidente de nulidad el CPACA establece que:

Artículo 207. Control de legalidad. Agotada cada etapa del proceso, el juez ejercerá el control de legalidad para sanear los vicios que acarrean nulidades, los cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes.

Artículo 208. Nulidades. Serán causales de nulidad en todos los procesos las señaladas en el Código de Procedimiento Civil y se tramitarán como incidente.

Artículo 209. Incidentes. Solo se tramitarán como incidente los siguientes asuntos:

1. Las nulidades del proceso.
2. La tacha de falsedad de documentos en el proceso ejecutivo sin formulación de excepciones y las demás situaciones previstas en el Código de Procedimiento Civil para ese proceso.
3. La regulación de honorarios de abogado, del apoderado o sustituto al que se le revocó el poder o la sustitución.
4. La liquidación de condenas en abstracto.
5. La adición de la sentencia en concreto cuando entre la fecha definitiva y la entrega de los bienes se hayan causado frutos o perjuicios reconocidos en la sentencia, en los términos del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.
6. La liquidación o fijación del valor de las mejoras en caso de reconocimiento del derecho de retención.
7. La oposición a la restitución del bien por el tercero poseedor.
8. Los consagrados en el capítulo de medidas cautelares en este Código.
9. Los incidentes previstos en normas especiales que establezcan procesos que conozca la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Ahora bien, el Código General del Proceso respecto de la jurisdicción y la competencia establece:

Artículo 16. Prorrogabilidad e improrrogabilidad de la jurisdicción y la competencia. La jurisdicción y la competencia por los factores subjetivo y funcional son improrrogables. Cuando se declare, de oficio o a petición de parte, la falta de jurisdicción o la falta de

competencia por los factores subjetivo o funcional, lo actuado conservará validez, salvo la sentencia que se hubiere proferido que será nula, y el proceso se enviará de inmediato al juez competente. Lo actuado con posterioridad a la declaratoria de falta de jurisdicción o de competencia será nulo.

La falta de competencia por factores distintos del subjetivo o funcional es prorrogable cuando no se reclame en tiempo, y el juez seguirá conociendo del proceso. Cuando se alegue oportunamente lo actuado conservará validez y el proceso se remitirá al juez competente.

Ahora bien, como causales de nulidad las siguientes:

Artículo 133. Causales de nulidad.

El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

1. Cuando el juez actúe en el proceso después de declarar la falta de jurisdicción o de competencia.
2. Cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite íntegramente la respectiva instancia.
3. Cuando se adelanta después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o de suspensión, o si, en estos casos, se reanuda antes de la oportunidad debida.
4. Cuando es indebida la representación de alguna de las partes, o cuando quien actúa como su apoderado judicial carece íntegramente de poder.
5. Cuando se omiten las oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas, o cuando se omita la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley sea obligatoria.
6. Cuando se omita la oportunidad para alegar de conclusión o para sustentar un recurso o descorrer su traslado.
7. Cuando la sentencia se profiera por un juez distinto del que escuchó los alegatos de conclusión o la sustentación del recurso de apelación.
8. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado.

Cuando en el curso del proceso se advierta que se ha dejado de notificar una providencia distinta del auto admisorio de la demanda

o del mandamiento de pago, el defecto se corregirá practicando la notificación omitida, pero será nula la actuación posterior que dependa de dicha providencia, salvo que se haya saneado en la forma establecida en este código.

De otro lado, el artículo 138 del CGP establece:

ARTÍCULO 138. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE FALTA DE JURISDICCIÓN O COMPETENCIA Y DE LA NULIDAD DECLARADA. Cuando se declare la falta de jurisdicción, o la falta de competencia por el factor funcional o subjetivo, lo actuado conservará su validez y el proceso se enviará de inmediato al juez competente; pero si se hubiere dictado sentencia, esta se invalidará. La nulidad solo comprenderá la actuación posterior al motivo que la produjo y que resulte afectada por este. Sin embargo, la prueba practicada dentro de dicha actuación conservará su validez y tendrá eficacia respecto de quienes tuvieron oportunidad de controvertirla, y se mantendrán las medidas cautelares practicadas.

El auto que declare una nulidad indicará la actuación que debe renovarse.

Respecto del saneamiento de la nulidad por falta de competencia funcional la Corte Constitucional en **Sentencia C-537/16** esgrimió:

23. En desarrollo de esta competencia, mediante la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, el legislador estableció el régimen de las nulidades procesales en los procesos que se rigen por este Código y dispuso que la falta de jurisdicción y la incompetencia por los factores subjetivo⁶⁷ y funcional⁶⁸ son improrrogables (artículo 16), es decir, que la nulidad que su desconocimiento genera es insaneable. Implícitamente dispuso, por consiguiente, que la incompetencia por los otros factores de atribución de la competencia, como el objetivo, el territorial y el de conexidad, sí es prorrogable y el vicio es entonces saneable, si no es oportunamente alegado.

En los términos utilizados por el legislador, la prorrogabilidad de la competencia significa que, a pesar de no ser el juez competente, el vicio es considerado subsanable por el legislador y el juez podrá válidamente dictar sentencia, si la parte no alegó oportunamente el vicio. En este sentido, la determinación de las formas propias del juicio por parte del legislador consistió en establecer una primera diferencia: la asunción de competencia por un juez sin estar de acuerdo con lo dispuesto por los factores objetivo, territorial y por conexidad, le permite al juez prorrogar o extender no obstante su competencia y, por lo tanto, este hecho no genera nulidad de la sentencia dictada por el juez, si el vicio no fue alegado, mientras que, la asunción de competencia con desconocimiento de la competencia de la jurisdicción y de los factores subjetivo y funcional, sí genera necesariamente nulidad de la sentencia. También, en ejercicio de su competencia legislativa, el Congreso de la República dispuso que, salvo la sentencia, lo actuado por el juez incompetente, antes de la declaratoria de nulidad (artículo 133, n. 1), conserve validez, (artículos 16 y 138). De manera concordante, estableció unas causales de nulidad del proceso, en cuya lista se

encuentra la hipótesis de la actuación del juez, después de declarar la falta de jurisdicción o de competencia (artículo 133, n. 1). Se trató de determinar legislativamente las consecuencias que genera la nulidad y establecer, dentro del margen de configuración legislativa atribuido al Congreso de la República, que la nulidad declarada no tiene efectos retroactivos, sino solamente hacia el futuro, con la salvedad de que la conservación de la validez no cubrirá la sentencia misma.

24. Al tiempo, el legislador previó que la causal de nulidad no alegada por la parte en la etapa procesal en la que ocurrió el vicio, se entenderá saneada (artículo 132 y parágrafo del artículo 133), lo mismo que si la parte actúa después de su ocurrencia, sin proponer la nulidad correspondiente (artículo 135). También, estableció que las nulidades sólo pueden alegarse antes de proferirse la sentencia, salvo que el vicio se encuentre en la sentencia misma (artículo 134). Una interpretación sistemática del régimen de las nulidades en el CGP lleva fácilmente a concluir que la posibilidad de sanear nulidades por la no alegación o por la actuación de parte, sin alegarla, se refiere necesariamente a las nulidades saneables. A este respecto, el parágrafo del artículo 136 del CGP establece una lista de nulidades insaneables, la que no incluye la derivada de la falta de jurisdicción o de competencia del juez, por los factores subjetivo y funcional. También establece, en el artículo 133, que las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas si no se impugnan oportunamente y en la lista de las nulidades que no se entienden subsanadas, no se encuentra la de actuar en el proceso y dictar sentencia con falta de jurisdicción y de competencia por los factores subjetivo y funcional. La combinación de estas dos normas, a primera vista, podría dar lugar a concluir, de manera concordante con el demandante, que ésta es saneable. Sin embargo, como quedó establecido en el párrafo anterior, de acuerdo con el artículo 16 del CGP, esta nulidad debe ser declarada de oficio por el juez⁶⁹ el que se percatará del vicio en cumplimiento de su deber de control permanente de legalidad del proceso (artículo 132) y la competencia es improrrogable, es decir, que el juez no podrá dictar válidamente sentencia, la que expresamente se dispone que será nula⁷⁰. En estos términos, habrá que concluirse, de manera concordante con varios de los intervinientes que, a pesar de que el CGP mantuvo un sistema taxativo de nulidades, la lista completa no se encuentra de manera exclusiva en el artículo 136 (71) y la nulidad de la sentencia derivada de la incompetencia por los factores subjetivo y funcional, es insaneable.

En este orden de ideas es claro para la Sala que la falta de competencia funcional es insanable, sin embargo, la providencia proferida no era propiamente una sentencia, sino un auto que, si bien resolvió de fondo el asunto, tiene otra naturaleza, y hay que admitir que el mismo es ilícito por falta de competencia.

En casos similares al presente, las Altas Cortes han dicho que, el auto ilícito no ata al Juez, como se expuso en el auto No 25000-23-26-0000-2004-00662-01 de la Sección Tercera del Consejo de Estado de fecha 24 de enero de 2019, en la que se señaló:

Precisó que la Corte Constitucional, en sentencia T-1274 de 2005, explicó que la rectificación procesal procede siempre que "se lleve a cabo

observando un término prudencial que permita establecer una relación de inmediatez entre el supuesto auto ilegal y el que tiene como propósito enmendarlo" (...) Mostró que la Corte Constitucional, en sentencia T-519 de 2005, también señaló que "un auto ejecutoriado no puede ser revocado por el juez, ya que la ley procesal no establece la revocación ni de oficio, ni a petición de parte, después de que se produzca la ejecutoria. Tampoco puede declararse la nulidad de un acto después de ejecutoriado, ya que la parte lo consintió si no interpuso recurso o este se resolvió, quedando ejecutoriado el proveído, y a menos que se dé una causal de nulidad que no haya sido saneada" (...) Indicó que esa Corporación aclaró que la imposibilidad de modificar lo decidido a través de autos interlocutorios se explica porque (i) la ley no prevé esa posibilidad; (ii) el carácter vinculante de las providencias se proyecta entre el juez que las profiere y las partes interesadas y (iii) la revocatoria oficiosa no está permitida, así se pretenda disfrazar con declaraciones de antiprocesalismo. "En síntesis, el juez sólo puede apartarse de lo decidido en un auto interlocutorio si es la ley la que establece un mecanismo para ello o si la conclusión del proceso que ha de consignarse en la sentencia no armoniza con la decisión previa"

Ahora bien, respecto de la competencia para conocer del recurso de insistencia el artículo 26 del CPACA establece:

ARTÍCULO 26. *Insistencia del solicitante en caso de reserva.* Si la persona interesada insistiere en su petición de información o de documentos ante la autoridad que invoca la reserva, corresponderá al Tribunal Administrativo con jurisdicción en el lugar donde se encuentren los documentos, si se trata de autoridades nacionales, departamentales o del Distrito Capital de Bogotá, o al juez administrativo si se trata de autoridades distritales y municipales decidir en única instancia si se niega o se acepta, total o parcialmente la petición formulada.

Para ello, el funcionario respectivo enviará la documentación correspondiente al tribunal o al juez administrativo, el cual decidirá dentro de los diez (10) días siguientes. Este término se interrumpirá en los siguientes casos:

1. Cuando el tribunal o el juez administrativo solicite copia o fotocopia de los documentos sobre cuya divulgación deba decidir, o cualquier otra información que requieran, y hasta la fecha en la cual las reciba oficialmente.
2. Cuando la autoridad solicite, a la sección del Consejo de Estado que el reglamento disponga, asumir conocimiento del asunto en atención a su importancia jurídica o con el objeto de unificar criterios sobre el tema. Si al cabo de cinco (5) días la sección guarda silencio, o decide no avocar conocimiento, la actuación continuará ante el respectivo tribunal o juzgado administrativo.

PARÁGRAFO. El recurso de insistencia deberá interponerse por escrito y sustentado en la diligencia de notificación, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta que la competencia para proferir la decisión de insistencia, corresponde a los juzgados administrativos, deberá el Tribunal declarar inválido el auto correspondiente, y enviar a la oficina judicial para que el procedimiento sea adelantado por el Juzgado correspondiente.

Por lo brevemente expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE:

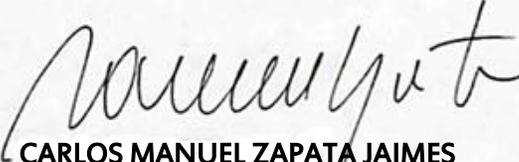
PRIMERO: DECLARAR INVÁLIDO el auto de fecha 9 de diciembre de 2022, proferido por este Tribunal dentro del recurso de insistencia solicitado por JORGE IVÁN LÓPEZ DÍAZ contra el Municipio de Manizales.

SEGUNDO: REMITIR de manera inmediata el presente recurso de insistencia a la oficina judicial para que sea repartido entre los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales como asunto de su competencia.

TERCERO: NOTIFÍQUESE el presente proveído por estado electrónico.

NOTIFÍQUESE y COMUNÍQUESE

Discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada el 02 de febrero de 2023, conforme acta nro. 005 de la misma fecha.


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente


FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO**

Notificación por Estado Electrónico nro. 018 del 06 de febrero de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, dos (02) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

RADICADO	17001-33-33-001-2018-00188-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	DARÍO ANTONIO MONTAÑO GAÑAN
DEMANDADO	INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF¹

Procede la Sala Primera de Decisión el Tribunal Administrativo de Caldas, conforme al artículo 18 de la Ley 446 de 1998, a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra el fallo que accedió parcialmente a pretensiones, proferido por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales el 3 de septiembre de 2021.

PRETENSIONES

1. Que se declare la nulidad del oficio S-18079 del 10 de noviembre de 2017, expedido por la entidad demandada, mediante el cual se negaron el reconocimiento de una relación laboral, legal y reglamentaria entre el actor y el ICBF en virtud de los sucesivos contratos de prestación de servicios suscritos entre el 10 de marzo de 2009 al 31 de diciembre de 2016.
2. A título de restablecimiento del derecho, ordenar la indemnización de todas las prestaciones sociales, tales como prima de navidad, vacaciones, cesantías, intereses sobre las cesantías, dotación de vestido y calzado, subsidio familiar, bonificación por servicios prestados, incremento de salario por antigüedad, horas extras, dominicales y festivos, prima de servicios, reliquidación de salarios y en general los factores salariales que contemplen las leyes y los decretos para los servidores públicos de planta del ICBF.
3. Que se declare el reconocimiento y pago de las cotizaciones correspondientes al sistema integral de seguridad social, pensión y riesgos profesionales a título de

¹ También ICBF

indemnización, los cuales deberán liquidarse con base en los valores pactados en los respectivos contratos de prestación de servicios.

4. Las sumas reconocidas deberán contener la actualización, los intereses y las indexaciones de acuerdo con el IPC, así como el pago y reconocimiento de los ajustes de valor a que haya lugar por motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada uno de los salarios y prestaciones adeudadas.

5. Que se condene en costas a la entidad demandada, y en favor del demandante.

HECHOS

Como fundamentos fácticos de las pretensiones la parte accionante esgrimió de manera compendiada:

- El señor Montaña fue vinculado por al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a través de la celebración de múltiples, sucesivos y continuos contratos de prestación de servicios entre el año 2009 y el 2016.
- Que en los contratos se fijó como objeto la prestación de servicios del accionante como contador público en el Centro Zonal Manizales Uno del ICBF Regional Caldas.
- En los sucesivos contratos de prestación de servicios se establecieron las obligaciones del demandante, las cuales eran iguales o similares a las funciones que realizaba el personal de planta, como por ejemplo los profesionales especializados código 2028, grado 13.
- Que de conformidad con las obligaciones contractuales claramente se desprende que son las propias de un empleado de tiempo completo, y que indudablemente son similares a las de otros funcionarios de planta que se encuentran vinculados mediante una relación legal y reglamentaria.
- Que para desempeñar las labores el accionante debía cumplir un horario, lo cual se puede constatar con los controles de ingreso y salida de los servidores públicos; y que además tenía un jefe inmediato al cual estaba subordinado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Artículos 1, 2, 6, 11, 12, 13, 23, 25, 29, 53, 125, 209 y 277 de la Constitución Política; sentencias de la Corte Constitucional C-056 de 1993, C-555 de 1994, C-154 de 1997, C-023 de 1994; y sentencia del Consejo de Estado del 27 de marzo de 2008.

Hizo alusión al artículo 53 de la Constitución Política para afirmar que en él se encuentra consagrado el principio de primacía de realidad sobre las formas y la irrenunciabilidad de los derechos labores, los cuales en el presente asunto desconoce el ICBF al desdibujar con los sucesivos contratos de prestación de servicios una relación laboral.

Resaltó que la entidad procede a contratar por prestación de servicios personas que desarrollan las mismas funciones y actividades que los empleados de planta, y prueba de ello es que las funciones que tenía el actor como contador son las mismas que desempeña el profesional especializado código 2028 grado 13, quien sí está vinculado mediante una relación legal y reglamentaria.

Adujo que de conformidad con algunas labores que desarrollaba el actor se puede concluir que las mismas debían ser llevadas a cabo de manera personal en las instalaciones de la entidad; bajo las órdenes de sus jefes inmediatos; cumpliendo un horario; y recibiendo una remuneración por la labor; es decir, con la configuración de los elementos propios de una relación laboral.

Finalizó señalando que, es indudable que en este caso existió una relación que trascendió más allá del vínculo contractual entre el demandante y la accionada, la cual fue disfrazada mediante sucesivos contratos de prestación de servicios suscritos entre el 10 de marzo de 2009 al 31 de diciembre de 2016.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR: comenzó por oponerse a la prosperidad de las pretensiones al argumentar que, los hechos en que se fundan no son ciertos en su totalidad, y que la entidad actuó conforme a derecho, esto es, de acuerdo al Estatuto General de Contratación Pública.

Como argumentos de defensa, hizo alusión al artículo 32 de la Ley 80 de 1993 para aseverar que, el contrato de prestación de servicios tiene características propias que lo diferencian

de otras formas jurídicas en materia laboral, en el cual la autonomía e independencia del contratista están presentes y la vigencia es temporal, por ello no dan derecho a exigir el pago de prestaciones sociales propias de una relación laboral.

Agregó que, el accionante se vinculó de manera voluntaria al ICBF mediante esta modalidad de vinculación por lo que aceptó las condiciones allí establecidas, y con convencimiento que la misma no generaba vínculo laboral; en tal sentido, afirmó que no es procedente reconocer ningún derecho económico.

Propuso las siguientes excepciones:

- **Ausencia de la relación laboral legal o reglamentaria entre las partes:** insistió que en este caso, no existió ningún vínculo laboral entre las partes, ya que no se demostró que el accionante haya suscrito un contrato de trabajo o una resolución de nombramiento que le otorgue la calidad de empleado público. Además, no existen pruebas que permitan acceder al reconocimiento de tal estatus máxime porque de los contratos de prestación de servicios no se desprenden los elementos de una relación laboral como la prestación personal del servicio, el salario y la subordinación, sino que los mismos se ejecutaron en virtud de lo establecido en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Añadió que, el cumplimiento de un horario no demuestra por sí sola la existencia de la subordinación.

- **Inexistencia de un contrato laboral entre la demandante y el ICBF:** reiteró que la vinculación del accionante fue mediante contrato de prestación de servicios, situación que fue aceptada de forma voluntaria con las condiciones allí establecidas; con autonomía técnica y administrativa; bajo su responsabilidad; y con el conocimiento que esa forma de contratación no generaba derechos laborales.

- **Inexistencia de elementos del contrato de trabajo entre el ICBF y el demandante:** resaltó que como se probará en el proceso, en este caso no se da ninguno de los elementos de la relación laboral.

- **Falta de legitimación en la causa por activa:** adujo que el demandante no está legitimado en tanto no ostenta ni en el pasado, ni en la actualidad, la calidad de empleado público o trabajador oficial del ICBF, aunque hubiese prestado sus servicios profesionales de manera personal en cumplimiento del objeto contractual.

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** manifestó que el instituto no está llamado a responder por las pretensiones de la demanda de conformidad con las normas legales y constitucionales, así como la jurisprudencia aplicable al caso.

- **Inexistencia de la obligación:** afirmó que no puede ser factible el surgimiento de obligaciones de carácter laboral en virtud del vínculo contractual que existió entre las partes.

- **Autorización legal para contratar por modalidad de prestación de servicios:** resaltó que el accionante suscribió varios contratos de prestación de servicios con el ICBF todos en el marco de lo establecido por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

- **Cobro de lo no debido:** al no existir contrato laboral alguno con el ICBF el demandante no puede pretender el cobro respecto de aquel de obligaciones.

- **Temeridad y mala fe:** el ICBF, en virtud de los contratos de prestación de servicios, le permitió al accionante usar su tiempo según su interés particular, ya que ejerció su profesión de manera independiente y adicional a las actividades desarrolladas e ingresos percibidos con ocasión de los contratos de prestación de servicios suscritos con la entidad.

- **Prescripción:** propone esta excepción respecto de todos y cada uno de los derechos pretendidos con la presente acción y que se han visto afectados por el fenómeno de la prescripción, sin que ello signifique aceptación de la existencia de la obligación pregonada.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales mediante sentencia del 3 de septiembre de 2021, accedió parcialmente a pretensiones tras plantearse como problema jurídico principal, determinar si debía declararse la nulidad del acto administrativo mediante el cual el ICBF negó el reconocimiento de una relación laboral con el demandante y el pago de las prestaciones sociales y aportes en pensiones reclamados, por demostrarse en el proceso que la relación contractual sostenida entre las partes se ejecutó bajo continuada subordinación y dependencia por parte del contratista con respecto a la entidad demandada.

En primer lugar, realizó un análisis normativo y jurisprudencial de tema, del cual infirió que los elementos necesarios que deben confluír para que exista una relación de naturaleza laboral son la prestación personal del servicio, la remuneración, y la subordinación y dependencia.

Seguidamente, descendió a analizar el material probatorio, y resaltó que estaba acreditada la prestación personal del servicio y la remuneración; y frente a la subordinación explicó que se acreditó que el accionante debía cumplir un horario de trabajo; que la función desarrollada por el accionante estaba dentro del giro normal de las actividades del ICBF; que la contratación se había extendido del año 2009 al año 2016; es decir, a su juicio se acreditaron los criterios de funcionalidad, temporalidad, continuidad, excepcionalidad e igualdad señalados por la Corte Constitucional para derivar la existencia de la relación laboral.

Con soporte en las pruebas, también concluyó que el accionante no tenía autonomía para ejercer sus tareas y cumplir con sus obligaciones, pues ellas tenían que ceñirse a unos horarios, al cumplimiento de órdenes y de disposiciones dadas por sus superiores, además de actuar con observancia de las instrucciones estipuladas, y así mismo cumplía con sus funciones en las instalaciones del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF con elementos que le proveía la entidad.

Conforme lo anterior, declaró la nulidad del acto administrativo demandado, y ordenó a título de restablecimiento del derecho pagar al accionante las prestaciones sociales percibidas por el personal de planta que desarrollaba iguales funciones o asimilables a las de él, tales como prima de navidad, vacaciones, cesantías, intereses sobre las cesantías, bonificación por servicios prestados, incremento de salario por antigüedad, horas extras, dominicales y festivas, prima de servicios, reliquidación de salarios, y las prestaciones que debían reconocerse de conformidad con la ley, de acuerdo al tiempo y salario percibido en desarrollo de cada uno de los contratos celebrados.

En cuanto a los aportes a pensión ordenó al ICBF realizarlos en la proporción que le correspondía como empleador, para lo cual el accionante debía acreditar las cotizaciones que realizó al Sistema General de Seguridad Social en pensiones durante el tiempo de duración de los contratos, y en caso de que no las hubiese hecho o existiera diferencia en su contra, tendría la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajador.

Finalmente, en cuanto a la prescripción aclaró que, aunque se colegía la vocación de permanencia en el servicio del actor, a partir de cada finalización de vínculo contractual se debía comenzar a contar el fenómeno de la prescripción de derechos, y como dicha continuidad se rompió por el paso de más de 15 días entre un contrato y otro, en el presente caso se entendían prescritos los derechos derivados de los contratos que tuvieron vigencia hasta el 25 de octubre de 2011, y a partir de ese día el actor debió reclamar hasta máximo el 25 de octubre de 2014, pero como ello no acaeció, pues la reclamación del status laboral ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar fue formulada el día 24 de octubre de 2017, esa reclamación cubría el fenómeno prescriptivo de la relación continua que terminó el 31 de diciembre de 2016.

Así las cosas, ordenó reconocer y pagar al demandante las prestaciones sociales por los contratos celebrados entre el 4 de noviembre de 2011 al 31 de diciembre de 2016.

Se plasmó en la parte resolutive:

PRIMERO: *Declarar no probadas las excepciones de inexistencia de los elementos estructurantes de una relación laboral y falta de legitimación en la causa, formuladas por EL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF dentro del presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho incoado por DARIO ANTONIO MONTAÑO GAÑAN en contra de la mencionada entidad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

SEGUNDO: *Declarar probada parcialmente la excepción de prescripción de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.*

TERCERO: *Declarar la nulidad del oficio No. S-18709 del 10 de noviembre de 2017, expedido por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.*

CUARTO: *A título de restablecimiento del derecho se condena al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF a pagar a la demandante las prestaciones sociales se le debieron pagar al personal de planta que desarrollaba iguales funciones o asimilables, tales como prima de navidad, vacaciones, cesantías, intereses sobre las cesantías bonificación por servicios prestados, prima de servicios, y las demás que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF reconozca a los empleados públicos que laboren a su servicio bajo vínculo relación legal y reglamentario, de acuerdo al tiempo y teniendo en cuenta los honorarios pactados como remuneración del servicio en desarrollo de cada uno de los*

contratos celebrados entre el 4 de noviembre de 2011 y el 31 de diciembre de 2016, dineros que deberán ser indexados a la fecha en la cual quede ejecutoriada esta providencia.

QUINTO: *Ordenar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF, que proceda a liquidar, tomando el ingreso base de cotización o IBC pensional² del demandante, dentro de los periodos laborados por prestación de servicios, mes a mes, para que verifique si existe diferencia entre los aportes realizados por el señor Montaña Gañan como contratista y los que se debieron efectuar, y en caso afirmativo cotizará al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Los pagos que de estos aspectos se derive no están sometidos al fenómeno prescriptivo y por lo tanto deberán cubrir la totalidad del tiempo que laboró el actor al servicio de la demandada institución ICBF. En ese sentido, el señor Darío Antonio Montaña Gañan en el evento que haga falta la acreditación de pago a la seguridad social por parte del señor Montaña Gañan en algún periodo deberá acreditar ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF las cotizaciones que realizó al Sistema General de Seguridad Social en pensiones durante esos tiempos de los referidos vínculos contractuales, y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.*

SEXO: *Sin condena en costas.*

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada presentó recurso de apelación, tal como se evidencia en el memorial que reposa en el archivo #49 del expediente de primera instancia.

Resaltó que los contratos de prestación de servicios celebrados entre las partes se desarrollaron bajo el respeto de la autonomía contractual e independencia de las actividades, así como en la exclusión de toda relación laboral; y aunque se efectuaron labores de supervisión las mismas se llevaron cabo como es propio de este tipo de contratos, pero se limitaron a requerir el cumplimiento del objeto contractual en los términos que fueron acordados, es decir, bajo el principio de autonomía.

Resaltó respecto de los elementos para que se configure una relación laboral que los mismos no lograron materializarse ya que, como se probó, nunca existió el pago de una

²Para el efecto y según la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005del 25 de agosto de 2016, el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir, corresponderá a los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios.

remuneración mensual propiamente dicha, sino del precio del contrato que se fijó como honorarios mensuales. Y frente a la subordinación manifestó que no existió un sometimiento patronal sino el cumplimiento de las obligaciones contractuales inicialmente pactadas y solemnizadas con la suscripción del contrato de prestación de servicios.

Añadió que, en la sentencia el *a quo* encontró probada la subordinación por el hecho que, el contratista debía cumplir horarios; no obstante no se tuvo en cuenta que, este tema ha sido un asunto tratado por el Consejo de Estado en diversas ocasiones y ha manifestado que no es suficiente para dar por probado este elemento, máxime por la naturaleza propia de la prestación del servicio público de bienestar familiar que hace necesario que supervisor y contratista tracen los lineamientos y directrices que permitan ejecutar el contrato dentro de los postulados legales y que obligan a la entidad a vigilar el cumplimiento efectivo de las actividades para las cuales fue contratada la persona.

Respecto al suministro de materiales, solicitó sean tenidas en cuenta las pruebas documentales aportadas por el ICBF, las cuales no fueron valoradas, y son los informes de actividades presentados por contratista para el reconocimiento de sus honorarios, de lo cual se puede extraer que no era para la entidad una obligación entregar elementos para el desarrollo de sus actividades, y que ante la ausencia de estos el demandante estaba en capacidad de disponer de los mismos como lo dejó entrever en los informes que se citan. Sobre la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista manifestó que, implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye, el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, lo cual no significa necesariamente la configuración de este elemento.

Añadió que, de las pruebas documentales y testimoniales se desprende sin lugar a equívocos que, los servicios prestados por el demandante no eran de carácter permanente, sino de índole temporal y sujetos estrictamente a la necesidad de la entidad; por lo tanto, de acuerdo con las necesidades institucionales, las cuales quedaron probadas con los contratos de prestación de servicios, el instituto estaba facultado para contratarlos.

Que analizadas las respuestas otorgadas al despacho por parte de los llamados a rendir testimonio se encontró respecto al horario que, estos manifestaron que el demandante tenía que cumplirlo, el cual quedaba registrado en las planillas ubicadas en la portería del

centro zonal y que el demandante se apegaba al mismo; no obstante, no logró probarse que el señor Montaña Gañan estuviera en la obligación estricta de acatar el horario como tampoco las consecuencias legales o contractuales negativas en caso de su incumplimiento.

Trayendo a colación lo manifestado por los testigos, adujo que logró probarse:

-Que no es posible jurídicamente aceptar la configuración de contrato realidad, cuando el demandante afirmó ante el despacho haber ejecutado de manera concomitante con el ICBF otros contratos en calidad de independiente con personas de derecho público y privado.

-Que para la configuración del contrato realidad es necesario que las actividades ejecutadas por el contratista se equiparen a las del funcionario de planta, hecho que no logró probarse, pues el demandante afirmó que sus actividades se ceñían estrictamente a las establecidas en el contrato, las cuales no tienen similitud con las funciones propias del servidor público.

-El demandante afirmó no ser parte del plan de bienestar social de la entidad, como tampoco haber recibido dotación, elementos propios y que se dan en torno a una relación laboral estatal.

-Se logró probar que el demandante no debía portar de manera obligatoria el chaleco o carnet de identificación. Elementos que solo debían ser llevados para el desplazamiento a las entidades contratistas del ICBF.

-Que las actividades desarrolladas por el demandante requerían necesariamente de conocimientos especializados.

-Que de acuerdo con el volumen de actividades del ICBF, estas no podían ser desarrolladas con personal de planta.

-Que el demandante no fue sancionado ni sometido al régimen disciplinario de los empleados públicos del ICBF.

- Que el contratista se encontraba en capacidad de suministrar para el desarrollo de sus actividades los elementos o herramientas necesarias, en caso de que el ICBF no las entregara.

-Que las planillas de registro de ingreso y salida no eran documento requisito para la presentación de cuenta y validación de actividades por parte del supervisor.

Así las cosas, solicitó revocar la sentencia de primera instancia frente a los ordinales primero, tercero, cuarto y quinto, de acuerdo con los argumentos esbozados.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término establecido en el numeral 4 del artículo 247 del CPACA, ninguna de las partes se pronunció sobre el recurso de apelación.

CONSIDERACIONES

La Sala no observa irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí actuado.

Problemas jurídicos

1. ¿Probó la parte demandante que en el vínculo contractual que unió al señor Darío Antonio Montaña Gañan con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, se configuraron los elementos de subordinación, prestación personal del servicio y remuneración, que permitan declarar una verdadera relación laboral?
2. ¿Le asiste derecho al señor Darío Antonio Montaña Gañan a que se le reconozcan, liquiden y paguen las sumas de dinero solicitadas en la demanda?

Lo probado

- Reposan dentro del expediente los siguientes contratos:

CONTRATO NÚMERO	DURACIÓN	REMUNERACIÓN	OBJETO
17-2009-0105	10/03/2009 al 31/12/2009	Valor total de \$17.120.500 pagaderos por mensualidades vencidas de \$1.765.000 cada una o fracción de mes	El contratista se obliga a prestar sus servicios profesionales como contador público en el Centro Zonal Manizales Uno del ICBF Regional Caldas.
17-2010-005	5 meses y medio contados a partir de su legalización - Del 13/01/2010 al 26/08/2010 Prórroga nro. 1 hasta el 26 de agosto de 2010.	Valor total de \$9.998.725 pagaderos por mensualidades vencidas por la suma de \$1.817.950 o el valor de la fracción de tiempo cuando no se labore el mes completo	Realizar por parte del contratista el servicio relacionado con prestar servicios profesionales como asesor en contaduría pública al Centro Zonal Manizales Uno del ICBF – Regional Caldas

		Adición nro. por \$3.635.900	
17-2010-0145	16/09/2010 al 31/12/2010	\$6.362.825 pagaderos por mensualidades vencidas por la suma de \$1.817.950 o el valor de la fracción de tiempo cuando no se labore el mes completo.	Prestar servicios profesionales en contaduría pública al Centro Zonal Manizales uno del ICBF – Regional Caldas
17-2011-0041	26/01/2011 al 25/10/2011	\$11.234.934 con una adición por valor de \$5.617.467	Prestar servicios profesionales como contador público al Centro Zonal Manizales Uno del ICBF – Regional Caldas
17-2011-0179	4/11/2011 al 31/12/2011	\$3.557.729 pagaderos por mensualidades vencidas por valor de \$1.872.489 o por fracción de tiempo cuando el servicio no se preste el mes completo.	Realizar por parte del contratista el servicio relacionado con prestación de servicios profesionales como contador público para brindar apoyo en la parte financiera y administrativa a los operadores del centro zonal Manizales Uno del ICBF Regional Caldas
17-2012-0010	17/01/2012 al 31/08/2012	\$19.105.500	Prestar servicios profesionales como contador público para brindar apoyo en la parte financiera y administrativa a los operadores del Centro Zonal Manizales Uno del ICBF – Regional Caldas
17-2012-0241	5/09/2012 al 31/12/2012	\$9.848.400 – pagos mensuales por valor de \$2.547.000 o proporcional por tiempo servido.	Prestar servicios profesionales como contador público en el Centro Zonal Manizales Uno del ICBF
17-2013-0040	16/01/2013 al 31/12/2013	\$30.169.215 – un primer pago proporcional sobre la base de \$2.623.410 por los días ejecutados desde la legalización hasta el 31 de enero de 2013; y pagos mensuales de \$2.623.410	Prestar sus servicios profesionales en el ICBF Regional Caldas con el fin de brindar asistencia y acompañamiento en la ejecución, seguimiento y control a las actividades y servicios ofrecidos en los programas dirigidos a primera infancia en el departamento de Caldas.
17-2014-0123	13/01/2014 al 31/12/2014	\$31.344.499 – un primer pago proporcional sobre la base de \$2.702.112 por los días ejecutados desde la legalización del contrato hasta el 31 de enero de 2014; y 11 pagos iguales de \$2.702.112	Prestar al ICBF – Centro Zonal Manizales Uno – Servicios profesionales como contador público con el fin de brindar soporte administrativo y financiero en la ejecución de los contratos de aporte de primera infancia suscritos por el ICBF Regional Caldas
17-0028-2015	16/01/2015 al 31/12/2015	\$32.006.513	Prestar servicios profesionales como Contador Público, en aras de brindar soporte financiero a las actividades y servicios en los programadas dirigidos a niños, niñas y

			adolescentes en el Centro Zonal Manizales Uno ICBF Regional Caldas
17-0019-2016	9 meses y medio – del 7/01/2016 al 6/07/2016 al terminar de manera anticipada el 6 de julio de 2016.	\$27.227.000 – un primer pago proporcional por valor de \$2.886.000; 9 mensualidades vencidas por valor de \$2.866.000; un último pago proporcional por valor de \$2.866.000	Prestar servicios profesionales en aras de brindar soporte financiero a las actividades y servicios Centro Zonal Manizales 1 de la Regional Caldas
Cesión del contrato 17-0029-2016	7/07/2016 al 31/12/2016	\$16.622.799 pagaderos en mensualidades o de manera proporcional	Realizar seguimiento y monitoreo de los servicios prestados por las entidades administradoras de servicio (entidades administradoras de servicios a través de las unidades de servicio (unidad de servicio) en el marco de la estrategia de cero a siempre en la totalidad de las modalidades de la dirección de primera infancia del ICBF.

➤ A través de petición dirigida al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, radicada el 24 de octubre de 2017, el demandante solicitó se declarara la existencia de una relación laboral, legal y reglamentaria entre las partes derivada de los contratos de prestación de servicios suscritos, y se reconocieran las acreencias laborales a que hubiera lugar. Esta petición fue resuelta de manera negativa mediante oficio nro. 1710000 del 10 de noviembre de 2017.

➤ En el presente trámite judicial se recibieron los testimonios de Víctor Hugo Vargas Agudelo y María Pricilla Naranjo Cardona por la parte actora. Y rindió interrogatorio de parte el accionante. La referencia a estos se hará más adelante.

Primer problema jurídico

Tesis: La Sala defenderá la tesis que entre señor Darío Antonio Montaña Gañan y la entidad demandada existió una verdadera relación laboral, habida cuenta que el acervo probatorio recaudado devela los elementos propios de una relación laboral.

Regulación del contrato de prestación de servicios

Tratándose del contrato de prestación de servicios, el Estatuto de Contratación Estatal - Ley 80 de 1993- en su artículo 32 numeral 3 estableció:

Son contratos de prestación de servicios los que celebran las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad.

Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieren conocimientos especializados.

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

Valga precisar que los apartes que subraya la Sala fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional mediante sentencia C-154 de 1997, con ponencia del Doctor Hernando Herrera Vergara: “salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada”; lo que significa que el trabajador puede acudir en vía judicial a controvertir lo plasmado en el contrato, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, consagrado por el artículo 53 de la Constitución Política:

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).

La Honorable Corte Constitucional en la precitada sentencia se refirió a este principio y manifestó:

El principio constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales tiene plena operancia en el asunto, en los casos en que se haya optado por los contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de manera que,

configurada esa relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación que haya adoptado el vínculo que la encuadra, desde el punto de vista formal. De resultar vulnerados con esos comportamientos derechos de los particulares, se estará frente a un litigio ordinario cuya resolución corresponderá a la jurisdicción competente con la debida protección y prevalencia de los derechos y garantías más favorables del "contratista convertido en trabajador" en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

En la misma providencia, se señalaron las características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo en los siguientes términos:

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

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

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

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

c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y

temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

A su vez, el Consejo de Estado en jurisprudencia de su Sección Segunda³ ha reforzado la anterior postura así:

El principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, tiene plena operancia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado.

Adicionalmente, el artículo 25 constitucional, establece que el trabajo es un derecho fundamental que goza "...en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado.". De ahí que se decida proteger a las personas que bajo el ropaje de un contrato de prestación de servicios cumplan funciones y desarrollen actividades en las mismas condiciones que los trabajadores vinculados al sector público o privado, para que reciban todas las garantías de carácter prestacional, independientemente de las formalidades adoptadas por las partes contratantes.

Finalmente, se advierte que el Consejo de Estado⁴ unificó mediante sentencia los criterios necesarios para definir la existencia de una verdadera relación laboral en el siguiente sentido:

(...) 101. En este sentido, para poder determinar si los contratos de prestación de servicios celebrados con un mismo contratista, de manera continuada o sucesiva, guardan entre sí rasgos inequívocos de identidad, similitud o equivalencia, que permitan concluir que todos ellos forman parte de una misma cadena o tracto negocial de carácter continuado y permanente, que desborda el «término estrictamente indispensable» del artículo 32 de la

³ Consejo De Estado, Sección Segunda. Sentencia de 16 de febrero de 2012. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de unificación por importancia jurídica, del 9 de septiembre de 2021. Radicado: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016).

Ley 80 de 1993, los demandantes deberán demostrar, con fundamento en los estudios previos y demás documentos precontractuales y contractuales, que el objeto de dichos contratos, las necesidades que se querían satisfacer, las condiciones pactadas al momento de su celebración y las circunstancias que rodearon su ejecución, develan la subyacencia de una verdadera relación laboral encubierta y el consiguiente desconocimiento de sus derechos laborales y prestacionales, por haber fungido, en la práctica, no como simples contratistas, autónomos e independientes, sino como verdaderos servidores en el contexto de una relación laboral de raigambre funcional. Lo anterior, sin perjuicio de otras pruebas que contribuyan a dar certeza sobre la auténtica naturaleza del vínculo laboral subyacente.

2.3.3.2. Subordinación continuada

102. De acuerdo con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, la subordinación o dependencia del trabajador constituye el elemento determinante que distingue la relación laboral de las demás prestaciones de servicios, pues encierra la facultad del empleador para exigirle al empleado el cumplimiento de órdenes, imponerle jornada y horario, modo o cantidad de trabajo, obedecer protocolos de organización y someterlo a su poder disciplinario. No obstante, la subordinación es un concepto abstracto que se manifiesta de forma distinta según cuál sea la actividad y el modo de prestación del servicio.

103. La reiterada jurisprudencia de esta corporación -que aquí se consolida- ha considerado, como indicios de la subordinación, ciertas circunstancias que permiten determinar su existencia; entre estas, se destacan las siguientes:

104. i) El lugar de trabajo. Considerado como el sitio o espacio físico facilitado por la entidad para que el contratista lleve a cabo sus actividades. Sin embargo, ante el surgimiento de una nueva realidad laboral, fruto de las innovaciones tecnológicas, esta Sala Plena estima necesario matizar esta circunstancia, por lo que el juzgador habrá de valorarla, en cada caso concreto, atendiendo a las modalidades permitidas para los empleados de planta.

105. ii) El horario de labores. Normalmente, el establecimiento o imposición de una jornada de trabajo al contratista no implica, necesariamente, que exista subordinación laboral y, por consiguiente, que la relación contractual sea simulada. Así, ciertas actividades de la Administración (servicios de urgencia en el sector salud o vigilancia, etc.) necesariamente requieren la incorporación de jornadas laborales y de turnos para atenderlas. Por ello, si bien la exigencia del cumplimiento estricto de un horario de trabajo puede ser indicio de la existencia de una

subordinación subyacente, tal circunstancia deberá ser valorada en función del objeto contractual convenido.

106. iii) La dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar. Bien sea a través de la exigencia del cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, o la imposición de reglamentos internos, o el ejercicio del poder de disciplina o del ius variandi, la dirección y control efectivo de las actividades del contratista constituye uno de los aspectos más relevantes para identificar la existencia o no del elemento de la subordinación. En ese sentido, lo que debe probar el demandante es su inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la entidad, de manera que demuestre que esta ejerció una influencia decisiva sobre las condiciones en que llevó a cabo el cumplimiento de su objeto contractual. Así, cualquier medio probatorio que exponga una actividad de control, vigilancia, imposición o seguimiento por parte de la entidad, que en sana crítica se aleje de un ejercicio normal de coordinación con el contratista, habrá de ser valorado como un indicio claro de subordinación.

107. iv) Que las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral. El hecho de que el servicio personal contratado consista en el cumplimiento de funciones o en la realización de tareas idénticas, semejantes o equivalentes a las asignadas en forma permanente a los funcionarios o empleados de planta de la entidad, puede ser indicativo de la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente, siempre y cuando en la ejecución de esas labores confluyan todos los elementos esenciales de la relación laboral a los que se refiere el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. En ese orden de ideas, incumbe al actor demostrar, además de la prestación personal de sus servicios a cambio de una remuneración, la existencia de unas condiciones de subordinación o dependencia, en las que el representante de la entidad contratante o la persona que él designe, ostentó la facultad de exigirle el cumplimiento de órdenes perentorias y de obligatoria observancia. Por consiguiente, el interesado deberá acreditar, además de la permanencia de sus servicios, que la labor desarrollada se enmarca en el objeto misional de la entidad.

108. A este respecto, resulta preciso aclarar que el desempeño de actividades o funciones propias de una carrera profesional liberal (como en este caso la de abogado) no descarta, per se, la existencia de una relación laboral, pues, en la práctica, tales actividades son requeridas frecuentemente para satisfacer el objeto misional de la entidad. En -cambio, la existencia del contrato de prestación de servicios sí exige- de 2008 suscrito el 30 de

seti que las funciones del contratista sean desarrolladas con un alto grado de autonomía, sin perjuicio de la necesidad de coordinación con la entidad contratante que, en ningún caso, puede servir de justificación para ejercer comportamientos propios de la subordinación laboral.

2.3.3.3. Prestación personal del servicio

109. Como personal natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente por este; pues, gracias a sus capacidades o cualificaciones profesionales, fue a él a quien se eligió y no a otro; por lo que, dadas las condiciones para su ejecución, el contratista no pudo delegar el ejercicio de sus actividades en terceras personas.

2.3.3.4. Remuneración

110. Por los servicios prestados, el presunto contratista ha debido recibir una contraprestación económica, con independencia de si la entidad contratante fue la que directamente la realizó. Lo importante aquí es el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo. En la práctica, esta retribución recibe el nombre de honorarios, los cuales pueden acreditarse a través de los recibos que, por dicho concepto, enseñen los montos que correspondan a la prestación del servicio contratado.”(Subraya la Sala).

De acuerdo a lo reseñado, el contrato de prestación de servicios con una entidad puede ser desvirtuado cuando se demuestre que además de la prestación personal del servicio y la remuneración o retribución ha tenido lugar la subordinación o dependencia respecto del empleador, lo que confiere el derecho al pago de salarios y prestaciones sociales en favor del contratista en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

Prestación personal del servicio

De los acuerdos a las certificaciones emitidas por la entidad demandada se observa como común denominador, que los contratos de prestación de servicios se circunscribieron a que el actor prestara sus servicios profesionales como contador público en el Centro Zonal Manizales Uno del ICBF – Regional Caldas.

Practicadas las pruebas, efectivamente se demostró que, el accionante prestó personalmente sus servicios, lo cual se comprueba con los testimonios y con los

documentos aportados al proceso, entre ellos, los informes de actividades que presentaba el accionante para el pago.

Remuneración

De acuerdo a lo estipulado en los contratos de prestación de servicios que fueron aportados, se estableció una suma global como valor del contrato la cual posteriormente se fraccionaba de manera mensual o proporcional.

Se evidencia de la prueba documental aportada, certificaciones expedidas por la persona que actuaba como supervisor de los contratos, que se autorizaba el pago al demandante de manera mensual por haber cumplido con sus obligaciones contractuales y haber acreditado el pago de la seguridad social.

Así las cosas, se configura el segundo de los elementos de la relación laboral.

Subordinación laboral

En el recurso de apelación se adujo que, no acreditaron los elementos esenciales del contrato, especialmente la subordinación, al afirmar que lo que se presentó fue una coordinación administrativa para la ejecución de las labores que en virtud de la relación contractual debía llevar a cabo el señor demandante; sumado a que afirman que el cumplimiento de un horario no es razón suficiente para considerar que se configuró este elemento.

En este caso está probado que, entre el 10 de marzo de 2009 al 31 de diciembre de 2016 se celebraron sucesivos contratos de prestación de servicios entre las partes, los cuales en términos generales se circunscribían a que el señor Montaña Gañan desempeñara sus servicios como contador.

Debe hacerse la salvedad que, unos fueron los contratos de prestación de servicios que abarcan el período del 10 de marzo de 2009 al 6 de julio de 2016, y otro el contrato que va del 7 de julio al 30 de diciembre de 2016. Los primeros guardan similitud en relación con la motivación para celebrarlos y el objeto contractual, no así frente al último, el cual incluso se deriva de una cesión de un contrato de prestación de servicio que venía siendo ejecutado por otra persona.

Según los estudios previos y los considerandos plasmados en los contratos de prestación

de servicios que van del año 2009 a julio de 2016, en síntesis, la vinculación del profesional se requería para cumplir con la misión institucional que tiene el ICBF, especialmente a través de sus centros zonales y sus operadores, a quienes se les debía brindar apoyo en la parte financiera.

Lo anterior, al explicarse que el ICBF tiene como misión el ser una institución de servicio público comprometida con la protección integral de la familia y en especial de la niñez, que coordina el sistema nacional de bienestar técnica y como tal propone e implementa políticas, presta asesoría y asistencia técnica y socio-legal a las comunidades y a las organizaciones públicas y privadas del orden nacional territorial.

Que por ello la entidad suscribe contratos de aporte para la prestación de los servicios de atención en las diferentes modalidades tendientes a generar las condiciones que posibiliten el ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Que en tal sentido, el ICBF se encuentra autorizado por ley, para celebrar contratos de aporte con instituciones de utilidad pública o social para la prestación del servicio de bienestar familiar, ya que las normas contemplan la facultad del instituto para la celebración de contratos con entidades privadas sin ánimo lucro y de reconocida idoneidad, con el fin de impulsar programas y actividades propias de su objeto, ya que es de importancia avanzar en la formulación y puesta en marcha de la política de mejoramiento de los servicios que presta y que tienen como fin garantizar los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Que en el anterior contexto se enmarca la guía de supervisión de los contratos de aporte, y su implementación permite conocer el cumplimiento de los estándares ya definidos para cada uno de ellos. Por esto, el ICBF ha definido el sistema de supervisión para estos contratos de aporte, cuyo objetivo es garantizar que los servicios contratados por el ICBF sean prestados por organizaciones sociales cuyos procesos de atención estén orientados a la garantía y/o establecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Que para la implementación del sistema de supervisión el ICBF contrató a nivel nacional la supervisión de los componentes técnico y administrativo, pero esa contratación no contempla la supervisión del componente financiero, y por esa razón se hacía necesario adelantar proceso de selección de un contratista que prestara sus servicios personales como contador para el Centro Zonal Manizales Uno, en aras que realizara las funciones de procedimiento para la legalización de cuentas de las entidades contratistas, ya que en la

planta de personal del ICBF y en la del centro zonal no se contaba con profesional disponible en esta área.

Así las cosas, entre las obligaciones específicas del contratista se encontraban, en resumen:

- 1) Realizar la interventoría financiera de los contratos de aporte suscritos por el ICBF Regional Caldas para el Centro Zonal Manizales Uno, de acuerdo al Manual para la Legalización de Cuentas de las Entidades Contratistas de Servicios de Bienestar Familiar.
- 2) Realizar y/o orientar la interventoría teniendo en cuenta los lineamientos técnico administrativo de la modalidad de servicio que correspondía, así como el contrato de aporte suscrito con el ICBF.
- 3) Para las entidades contratistas realizar visitas durante la vigencia del contrato con el fin de verificar información referida en la legalización de cuentas y otros que se estimaran convenientes y brindar la asistencia técnica requerida.
- 4) Realizar visitas en aquellas entidades donde se encontraran hallazgos graves.
- 5) Elaborar las actas de informe financiero de acuerdo a los registros anexos del manual para la legalización de cuentas DEL ICBF.
- 6) Analizar el tipo de hallazgos para establecer su condición y calificarlos y llevar a cabo el procedimiento estipulado en el manual.
- 7) Brindar orientación y la asesoría financiera que los operadores de los servicios requirieran.
- 8) Proyectar para la firma de los supervisores las certificaciones mensuales de todos los contratos asignados, remitirlas al grupo financiero de la regional para los respectivos pagos, revisando la documentación soporte y llevar un control sobre las certificaciones enviadas.
- 9) Realizar análisis de los saldos no ejecutados, informar oportunamente a los supervisores y proyectar las liquidaciones parciales y modificaciones a los contratos, conforme a los procedimientos indicados para tal fin.
- 10) Realizar la liquidación de los contratos del centro zonal que hayan terminado su plazo de ejecución.
- 11) Apoyar desde su formación profesional la elaboración y ejecución de un plan de capacitación para las entidades operadoras.
- 12) Sujetarse en el desarrollo de sus funciones a las normas constitucionales y legales a la Ley 1098 del Código de Infancia y Adolescencia, la guía de supervisión al manual de procesos y procedimientos ICBF, el manual de gestión de calidad y a los lineamientos técnicos, administrativos y financieros del ICBF.
- 13) Participar en las reuniones del equipo para planear, coordinar y evaluar las acciones

requeridas.

14) Acogerse a las instrucciones y orientaciones que le sean impartidas por la coordinadora del Centro Zonal Manizales Uno.

15) Presentar mensualmente y al finalizar el contrato un informe consolidado de las labores desarrolladas.

16) Estar afiliado al sistema de seguridad social en salud y pensión, realizar los pagos oportunamente y presentar al supervisor del contrato copia de la autoliquidación mensual.

17) Responder pecuniariamente por los daños, pérdida y deterioro de los bienes que le fueran asignados.

18) Cumplir con las demás instrucciones que le fueran impartidas por el supervisor del contrato que se deriven de la ley o reglamento o tengan relación con la naturaleza del contrato.

Ahora, frente al contrato 17-0029-2016, que se indicó correspondió a una cesión de contrato, se plasmó en la motivación de este, que en el estudio previo se consideró necesaria la contratación porque *“Con la ejecución del objeto contractual que aquí se plantea, se espera que al interior del Centro Zonal Manizales Uno se adelanten las actividades requeridas para Realizar el seguimiento a la parte financiera de los contratos de Aporte con las EAS y UDS, enmarcados dentro de los lineamientos trazados por la Dirección de Primera Infancia, realizar visitas de apoyo a la supervisión, efectuar el seguimiento a la prestación del servicio dentro de los lineamientos técnicos y/o manuales operativos de la modalidad, seguimiento y control a las obligaciones contractuales que celebre el ICBF con las EAS, apoyar al supervisor del contrato en la revisión y realización de informes de supervisión de los contratos de aporte para la atención a la primera infancia, cumpliendo con metas institucionales, actividades que se requieren seguir adelantando para dar cumplimiento al compromiso que tiene el Centro Zonal con la operación de los servicios que presta el Centro Zonal Manizales Uno”*.

Y dentro de las obligaciones específicas del contratista frente al contrato 17-0029-2016 estaban:

1) Realizar las visitas de apoyo a la supervisión de los programas para la atención a la primera infancia asegurando el adecuado desarrollo del proceso y transparencia en la supervisión de acuerdo a los lineamientos y manual operativo de la modalidad a evaluar y cumpliendo con la programación enviada por la dirección de primera infancia.

2) Efectuar el seguimiento a la prestación del servicio, dentro de los lineamientos técnicos y/o manuales operativos de la modalidad, para lo cual deberá contar con la respectiva

evidencia que soporta su cumplimiento.

3) Verificar que el cumplimiento de las acciones realizadas por las unidades de servicio estén orientadas a la desarrollar el componente de administración y gestión, para la atención a los niños y niñas, dando cumplimiento a los lineamientos técnicos y al manual operativo de la modalidad establecidos por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

4) Realizar el seguimiento y control a la ejecución de las obligaciones contractuales que celebre el ICBF con las entidades administradoras de servicio de acuerdo con la guía de supervisión de contratos y los manuales y lineamientos de las diferentes modalidades de atención.

5) Responder oportunamente a los requerimientos relacionados con el esquema de supervisión que se realicen desde la dirección de primera infancia sede nacional.

6) Articular con las direcciones regionales el desarrollo de acciones para llevar a cabo los procesos de supervisión en las modalidades de atención a la primera infancia, de acuerdo a los lineamientos técnicos y al manual operativo de la modalidad.

7) realizar desplazamiento a las unidades del servicio (unidades de servicio) relacionada con los programas para la atención de la primera infancia para realizar visitas de supervisión en lo relacionado con las obligaciones contractuales de las entidades administradoras de servicio y los lineamientos técnicos y al manual operativo de la modalidad.

8) Realizar el seguimiento a la parte financiera de los contratos y/o convenios suscritos con las entidades administradoras de servicios y unidad de servicio, enmarcados dentro de los lineamientos trazados por la dirección de la primera infancia.

9) Verificar que dentro del equipo de trabajo de las entidades administradoras de servicios y unidad de servicio, se cuente con el respectivo recurso humano calificado, que permita la correcta prestación del servicio de atención a la primera infancia.

10) Presentar informes mensuales de los resultados derivados de los procesos de supervisión, dentro del marco de su competencia de acuerdo a los procedimientos establecidos por el instituto, lo anterior para ser presentados a la dirección de primera infancia y la dirección regional.

11) realizar el cargue de la información correspondiente a los resultados de las visitas de supervisión en el formato establecido por la dirección de primera infancia.

12) Presentar el correspondiente reporte de alertas, e implementar las acciones de mejora, dentro del marco de su competencia, de acuerdo a los procedimientos establecidos por el instituto; lo anterior para ser presentado a la dirección de primera infancia y a la dirección general.

13) Cumplir con el cronograma de visitas establecidas por la dirección de primera infancia, para el efectivo desarrollo de la supervisión de las unidades de servicio, lo anterior bajo las

instrucciones comunicadas por el correspondiente coordinador de grupo.

14) Realizar el reporte, seguimiento y cierre de todas las situaciones de acción inmediata identificadas durante las visitas de apoyo a la supervisión.

15) Apoyar al supervisor del contrato en la revisión y realización de informes de supervisión de los contratos de aporte para la atención de la primera infancia.

16) Las demás que se deriven y se le asignen de la naturaleza del contrato.

Sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que el actor prestó sus servicios se extrae lo siguiente del interrogatorio de parte rendido y los testimonios:

INTERROGATORIO DE PARTE – SEÑOR DARÍO ANTONIO MONTAÑO GAÑAN:

- Informó que formaba parte de un equipo misional conformado por nutricionista, trabajadora social, pedagoga y psicóloga, que controlaba la ejecución de los recursos y que los hogares infantiles ejecutaran bien todos los procesos ordenados por el instituto; él se encargaba de la parte financiera.

- Que estuvo vinculado cerca de 9 años, y que esa relación contractual fue relativamente continúa porque terminaba el contrato a finales de diciembre, y el 2 o 3 de enero la coordinadora del centro zonal le pedía que se presentara para comenzar a hacer los contratos, entonces se reintegraba para realizar esta actividad y de manera posterior legalizaba su contrato.

- Que laboró en el Centro Zonal Manizales Uno todo el tiempo como contratista; y prestaba sus servicios en las oficinas de ese centro, lugar donde tenía cubículo y las herramientas de trabajo que fueron suministradas por el ICBF, como el computador, escritorio, silla. Que en el instituto había ingenieros de sistemas que hacían las programaciones porque el internet era solo para labores de la entidad; y que además tenían formatos especiales para realizar las funciones ya que a la información que era suministrada por los contadores o los directores de los hogares infantiles se les hacía un análisis y se vaciaba en los formatos del instituto para poder presentar los informes.

- Que sus actividades se relacionaban con la parte financiera ya que hacía los seguimientos contables de la ejecución de los recursos que el ICBF le giraba a los hogares infantiles, y esas ejecuciones eran mensuales; así como los seguimientos para ver si ejecutaban bien los recursos porque los giros a los hogares eran casi mensuales, no era solo un giro; entonces había que hacer el seguimiento a los contratos.

- Adujo que la ejecución del contrato se regía por los formatos y las directrices que daba el ICBF para desarrollar la labor.

- Que no podía realizar sus labores por fuera de las instalaciones del ICBF porque tenía computador asignado y así tuviera en la casa este elemento el internet que estaba programado era el de la entidad; además porque se manejaban unos programas que estaban en ese equipo, es decir, solo de la oficina se podía ingresar a los softwares del instituto. Sumado a que debían cumplir un horario, ya que informó que incluso les llamaban la atención cuando llegaban tarde, y una vez les enviaron un correo electrónico relacionado con el cumplimiento del horario. Que también se asignaron unas planillas que debían llenar con la hora de entrada y de salida.
- Que en desarrollo de sus actividades a veces tenía que desplazarse a otros municipios, y que para ello contaba con autorización de la entidad ya que no podía ausentarse sin permiso; que esos viajes se hacían en carros del instituto.
- Sobre dotación adujo que no recibió nada, solo papelería, lápices, tóner. Que para las visitas les daban unos chalecos, en ellos no decía que era contratista, en el carnet sí.
- Manifestó que cada 15 días tenían reuniones de grupo de estudio y trabajo, las cuales se denominaban GET, en las cuales se fijaban las pautas de trabajo de los siguientes 15 días o del mes, es decir, el plan de trabajo. Que en esa reunión presentaban un informe de las actividades que habían desarrollado y la coordinadora preguntaba por dificultades o inconvenientes encontrados en los hogares infantiles, y con base en eso se programaba el trabajo, las visitas del grupo misional, entre otras cosas.
- Sobre la remuneración señaló que era un giro que se hacía a la cuenta de él por haber prestado los servicios y de acuerdo a unos informes que debía presentar aprobados por la coordinadora del centro zonal.
- Que nunca le pagaron prestaciones sociales, solo el valor del contrato.
- Que la seguridad social era responsabilidad del contratista, era uno de los requisitos para el pago; ese pago debía anexarse al informe mensual.
- Informó que cuando empezó en el ICBF llevaba la contabilidad de la personería de Manizales, y continuó con la vinculación, pero esas labores las llevaba a cabo de 12:00 m a 1:00 p.m.; y de 5:00 a 6:00 p.m., pero que no fue capaz de realizar las dos actividades porque se quedaba sin almorzar y salía a las 5:00 p.m. corriendo para la personería, entonces no siguió con esa vinculación. Que también consiguió unas contabilidades de colegios, pero tenía un auxiliar contable que hacía el trabajo de campo y él iba los sábados y domingos a mirar que hacía él en semana porque de lunes a viernes no se podía mover del instituto, porque indicó había planillas que debían llenarse respecto al horario, y su labor era de lunes a viernes, entonces sacaba los fines de semana para revisar lo que hacía el auxiliar contable, pero siempre como contratista independiente.

- Sobre quien desarrollaba labores similares a las de él en el instituto indicó que cada centro zonal tenía un equipo y en cada equipo había que tener un financiero, por eso en otros centros zonales había contadores con el equipo misional que asignaban para esas actividades. Esos otros contadores casi siempre eran contratistas, pero en la financiera había unos en provisionalidad y otros de planta.
- Sobre llamados de atención o memorandos respondió que sí los recibió, no solamente de la coordinadora del centro zonal sino de una persona de la oficina técnica que les hacía el seguimiento, les trazaba metas y había que presentarle unos informes, y les llamaban la atención porque no cumplían las metas relativas a visitar los hogares infantiles. Eran llamados de atención verbales.

VÍCTOR HUGO VARGAS AGUDELO – TESTIGO

- Informó que conoció al demandante en la universidad, y que de manera posterior tuvo vínculos laborales con el ICBF desde 2011, como contratista, en la unidad financiera del ICBF en Manizales.
- Señaló que no presentó demanda contra el ICBF con fundamento en esos contratos de prestación de servicios.
- Sobre el vínculo con el ICBF indicó que empezó el 16 de septiembre de 2011 mediante contrato, y por 4 años prestó sus servicios como contador, y que fue esa vinculación contractual la que le permitió encontrarse con el demandante, razón por la cual tuvieron una cercanía laboral muy fuerte, porque su contratación era con el centro zonal y él prestaba sus servicios como contador en ese lugar y debía permanecer constantemente.
- Que las labores que hacía eran de tipo financiero, las que debían ejecutar como contadores; registro de cuentas, elaboración de cuentas, de viáticos, incluso capacitaciones a personas que tenían que elaborar estas cuentas y todo el tipo de información contable y financiera que tuviera que procesar el centro zonal.
- Sobre el horario adujo que era de 8:00 a.m. a 12:00 m; y de 2:00 p.m. hasta que terminaran sus actividades del día. Que ese horario era institucional y fijado a nivel nacional; y también afirmó que les llegaban correos electrónicos con esas instrucciones de horario así fueran contratistas.
- Que la información debía ser reportada diariamente al supervisor del contrato, y mensualmente se debía hacer una relación detallada de las actividades para el pago.
- Que el accionante en ocasiones debía desplazarse a otros lugares fuera de Manizales, por debía ir a otros centros zonales, eso hacia parte de sus actividades.
- Que los elementos de trabajo eran del ICBF.

- Frente a la autonomía para desarrollar sus labores explicó que en el proceso de la información financiera y contable de este tipo de entidades siempre debían ceñirse a unas instrucciones que da el instituto; en este caso, las instrucciones son del orden nacional, pero en el centro zonal estaban enmarcadas de acuerdo a lo que se realizara en el área financiera de la calle 39, donde queda la parte central del ICBF. Y que, de manera posterior, aplicar el criterio profesional para ejercer ese tipo de actividades en el procesamiento de la información como la recepción de cuentas, saber qué contenido debe tener esa cuenta por pagar, quiénes son, cuál es el tercero, y por eso se contrata al profesional en contaduría para procesar y remitirlas a donde haya que remitirlas.
- Que las labores no se podían desarrollar desde un lugar diferente a las oficinas del ICBF.
- Que las actividades desarrolladas por el testigo y el demandante eran parecidas por el perfil profesional, solo que el declarante las hacía desde la parte central y el actor desde un centro zonal, pero que las labores plasmadas en los contratos eran las mismas.
- Afirmó que las funciones desempeñadas por el actor eran permanentes de la entidad.
- Sobre el conocimiento que tiene acerca de si la entidad hacía requerimientos a contratistas sobre convocatoria de reuniones o directrices indicó que sí, que a través del correo institucional que les asignaban cuando empezaban a trabajar les llegaban las instrucciones, recomendaciones, actividades, todo era a través de ese medio. Y que el actor también tenía correo institucional porque al testigo le llegaban mensajes de este.
- Que le consta que el actor fue a reuniones, las cuales eran de análisis financiero o para la solución de problemas de tipo financiero o contable, para mejorar la calidad del trabajo, el rendimiento, o para el manejo adecuado del procesamiento de la información, pero todo tenía que ver con la parte de la documentación para la información financiera. Si eran obligatorias, no lo decían, pero el encargado de realizar las actividades era él en representación del centro zonal, entonces si no iba no podían hacer la reunión, pero en las actividades descritas en el contrato decía que debía ir a todas las reuniones programadas.
- Que la labor no podía ser prestada por intermedio de un tercero, a menos que se cediera el contrato.
- Sobre el pago indicó que era mensual, de acuerdo a la cantidad que estaba descrita en el contrato como profesional de contaduría. Pagaban de acuerdo a los requisitos que debían llenar, como hacer relación de actividades desarrolladas en el mes, adjuntar planillas de seguridad social, factura, y las arandelas propias del contrato.
- El pago de la seguridad social correspondía al contratista.
- Afirmó que le consta que el demandante recibió órdenes de funciones del ICBF a través del correo institucional, y que el supervisor del contrato, que es funcionario de planta del instituto, le decía directamente qué hacer como a todos los contratistas. Las instrucciones

eran generales para funcionarios y contratistas, pero no recibían las mismas órdenes porque estaban en lugares de trabajo diferente.

MARÍA PRICILLA NARANJO CARDONA – TESTIGO

- Fue compañera del demandante en el ICBF, ya que la testigo fue contratista de esta entidad desde 2011-2012 y durante 5 años.
- Que no presentó demanda contra el instituto con fundamento en esas vinculaciones contractuales.
- Explicó que el actor estuvo vinculado con el ICBF mediante contrato; y que debía cumplir horario de 8:00 a.m. a 5:30 – 6:00 p.m. Que al momento de ingresar a trabajar se debían llenar unos libros reportando su fecha, hora de entrada y hora de salida, y sabe de la existencia de esos libros porque ella también era contratista y era una exigencia de la coordinadora del centro zonal con la finalidad que se cumpliera el horario.
- Que trabajó en el Centro Zonal Manizales Uno y sus funciones estaban relacionadas con la contaduría con el programa de la primera infancia. Su jefe inmediata era la coordinadora del centro zonal.
- Que asistían a capacitaciones, talleres programados por parte del ICBF; y que como contratistas nunca tuvieron prima, vacaciones, cesantías; y la seguridad social siempre estuvo a cargo del contratista.
- La testigo trabajó en el Centro Zonal Manizales Uno; y otra parte en Centro Zonal del Café que era en Chinchiná.
- Que cuando estaba en el Centro Zonal Manizales Uno compartió espacios físicos con el accionante, ya que la oficina tanto de él como la de ella quedaban en el mismo centro zonal.
- Sobre el desplazamiento del demandante a otros lugares para ejecutar su labor adujo que no recordaba, ya que lo que tenía presente era que los operadores que él auditaba debían ir a su oficina con los registros contables para que el demandante les hiciera seguimiento.
- Sobre las tareas que le constan desempeñaba el actor estaba la contabilidad y seguimiento al programa de primera infancia, a los operadores del programa de primera infancia.
- Que cada mes los contratistas, el actor también, debía presentar informes de sus actividades a la coordinadora del centro zonal; se reportaban las actividades que estaban a cargo de cada uno.

- Que a ellos les indicaban que debían hacer durante el mes, las metas, y estas debían cumplirse al 100%. Esas metas las fijaba la coordinadora del centro zonal. Esas metas se daban a través de órdenes verbales e individualmente a cada contratista.
- La testigo afirmó que presencié órdenes que daban al actor frente al cumplimiento del horario.
- Que siempre se debían cumplir las actividades desde el ICBF, no podían ser desde otro lugar de trabajo, se requería la presencia de los contratistas.
- Siempre se debían cumplir las tareas de manera personal por parte del demandante y de forma presencial, no se podían delegar en otra persona.
- Indicó que el servicio que prestaba el demandante era permanente.
- Adujo que al demandante lo veía todos los días de la semana, de lunes a viernes, en el mismo horario, de 8:00 a.m. a 5:00 – 6:00 p.m.
- Se le preguntó si dentro de la entidad demandada había servidores públicos que fueran contadores, a lo que respondió que sí.
- Sobre las funciones de la supervisora del contrato del actor adujo que era estar pendiente de que se cumpliera el horario; se hicieran las tareas que asignaban cada mes el ICBF; era quien autorizaba que hicieran el pago por cumplir con el objeto del contrato, es decir, indicar que se había cumplido con el objeto del contrato.
- Que una de las formas de comunicación entre los supervisores o jefes inmediatos y los contratistas era a través del correo electrónico institucional y de reuniones semanales que se llamaban GET, que se hacían con contratista y personal de planta, las cuales eran una vez a la semana, y en ellas se manejaban todos los temas del centro zonal y se rendían informes; añadió que el demandante asistía a esas reuniones. Adujo que esas reuniones eran obligatorias.
- Que todos los elementos de trabajo del accionante los suministraba el ICBF, computador y correo electrónico.
- Que ellos como contratistas no ejercían autoridad sobre los CDI o lo hogares comunitarios, esa solo era ejercida por la coordinadora del centro zonal.
- Que no podían prestar el servicio o ingresar a laborar días no hábiles porque había un vigilante, y el horario era de lunes a viernes en las horas ya indicadas; adujo que nadie entraba a las instalaciones por la confidencialidad de los documentos que hay en el centro zonal.
- Señaló que el personal de planta no era suficiente para ejecutar las actividades del centro zonal por eso se apoyaban en contratistas que eran muchos en Caldas.

- Sobre conocimientos especializados o técnicos del accionante para desempeñar su labor o asesorar al instituto explicó que él ejercía labores de contabilidad que no podía ejercer un psicólogo o trabajador social, por ejemplo, y tampoco cualquier funcionario de planta, ya que en esta hay profesionales en derecho, nutricionistas, trabajadores sociales, entre otros, pero sí había otros contadores o economistas.

De acuerdo a lo expuesto, y el material documental, se revisarán los siguientes elementos en aras de concluir si se presentó subordinación o no.

Lugar de trabajo

De acuerdo a lo señalado por los testigos y lo plasmado en los estudios previos de los contratos celebrados, el actor prestaba sus servicios para el Centro Zonal Manizales Uno del ICBF Regional Caldas; en estos estudios previos se consignó *“El objeto del contrato se ejecutará en el Centro Zonal Manizales Uno, ubicadas en Manizales, en caso de requerir desplazamiento a otros lugares fuera del sitio de trabajo se reconocerán gastos de viaje y viáticos de acuerdo con la tabla establecida para tal fin en el ICBF”.*

De acuerdo a lo señalado por los testigos, el actor prestaba sus servicios en las instalaciones del Centro Zonal Manizales Uno, incluso tenía oficina con elementos de trabajo propios del instituto, como computador, escritorio y papelería; pero también debía realizar sus labores en sitios externos, para lo cual se movilizaba en los vehículos del instituto y siempre iba identificado como persona vinculada al ICBF, ya que portaba chaleco y carnet que lo distinguían como tal.

Así mismo, en el informe rendido bajo juramento por el director regional del ICBF en Caldas, este manifestó frente a este tópico que la ejecución del contrato se dio en las instalaciones del Centro Zonal Manizales, sin perjuicio de los desplazamientos que el objeto contractual exigiera.

Cumplimiento de horario

Se informó por los testigos que el demandante cumplía un horario de trabajo, lo cual también afirmó este en el interrogatorio de parte que rindió, y que se explicó por los declarantes era de 8:00 a.m. a 12:00 m, y de 2:00 a 6:00 p.m., y que el mismo era impuesto por la entidad.

Se evidencia además dentro de la prueba documental unas planillas que dan cuenta del control de ingreso y salida de servidores públicos en el año 2016, las cuales tienen unas casillas con fecha, nombre del servidor, número de cédula, RH, EPS, hora de entrada AM, hora de salida AM, hora de entrada PM, hora de salida PM, observaciones y firma. En varias de estas planillas aparece el nombre del accionante.

Reposa también un correo electrónico del 16 de febrero de 2016 enviado por el director regional en Caldas en el cual plasmó lo siguiente:

Son las ocho y diez minutos de la mañana y acabo de efectuar una ronda por las diferentes dependencias de la sede regional, con la ingrata sorpresa de la indebida soledad de muchas de esas dependencias que da testimonio del reiterado incumplimiento del horario de trabajo por parte de la mayoría de personas que prestan sus servicios en el ICBF. No olvidemos que la atención al público inicia a las ocho de la mañana y para esa atención es que se ha justificado nuestra vinculación como servidores públicos y la mayoría de contratistas; por lo tanto resulta muy incomodo observar a los usuarios sentados esperando que el servidor incumplido aparezca tranquila y desconsideradamente a cualquier hora de la mañana sin importarle su compromiso con la institución y con el usuario, máxime si se comprueba que estos mismos servidores son extremadamente puntuales a la hora de salida para abandonar su jornada laboral (...)"

La dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar

Se hizo alusión a unas reuniones que se realizaban de manera semanal en el ICBF las cuales indicaron se llamaban "GET", mismas que se realizaban de manera quincenal y en las que se rendían informes, se exponían dificultades y se tomaban los correctivos a que hubiera lugar para programar las labores a ejecutar los siguientes 15 días.

En los informes de actividades presentados por el demandante para efectos del pago se hace alusión a la asistencia estas reuniones GET, en las cuales como se adujo se planeaba, coordinaba y evaluaban las acciones requeridas para desarrollar el contrato. También reposan planillas de otras reuniones donde en la parte de asistencia se advierte el nombre del actor.

Así mismo, se informó que la información contable que ellos manejaban debía ser incorporada en los formatos especiales que para el efecto tenía el ICBF; incluso en una de las obligaciones del contratista se advierte la siguiente: " *Sujetarse en el desarrollo de sus*

funciones a las normas constitucionales y legales a la Ley 1098 del Código de Infancia y Adolescencia, la guía de supervisión al manual de procesos y procedimientos ICBF, el manual de gestión de calidad y a los lineamientos técnicos, administrativos y financieros del ICBF”.

Igualmente, de las pruebas aportadas se deduce que el accionante para realizar las labores encomendadas utilizaba los instrumentos, equipos e insumos que el instituto le suministraba, y pese a que se advierte que el actor indicaba que podía estar en posibilidad de aportar esos elementos de trabajo en caso que la entidad no los suministrara, el ICBF siempre lo hizo, según lo informado por los testigos.

Actividades realizadas para satisfacer el objeto misional de la entidad

Tal como se detalló en el acápite de pruebas de esta providencia, el demandante suscribió sucesivos contratos de prestación de servicios entre el año 2009 y 2016 de manera casi continua, y este actuar que durante años frecuentó la administración constituye un serio indicativo de que el cargo que desempeñaba el demandante tenía vocación de permanencia, siendo por demás las labores que desempeñaba misionales, ya que se trataba de un profesional en contaduría, apoyo en la parte financiera y administrativa, a los operadores del centro zonal Manizales Uno del ICBF Regional Caldas.

En el informe rendido bajo juramento el director Regional del ICBF en Caldas indicó lo siguiente:

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, es la Entidad del Estado Colombiano, el cual propende por la salvaguarda de los derechos de las familias, niños, niñas y adolescentes de nuestro país, y es precisamente bajo la óptica de esa misionalidad que le es permitido la celebración de contratos de aporte con Entidades Administradoras del Servicio-EAS-pertenecientes al Sistema Nacional de Bienestar Familiar; personas jurídicas del derecho privado, independientes del ICBF, las cuáles gozan de plena autonomía técnica, administrativa y financiera.

Con el fin de hacer más ilustrativa la naturaleza jurídica del contrato de aporte, es menester indicarle al juez administrativo, como lo señala el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, Bogotá D.C., once (11) de agosto de dos mil diez (2010), Radicación número: 76001-23-25-000-1995-01884-01(16941), que sobre esta tipología de contrato, se ha dicho: “(...) el contrato de aporte en su condición de contrato atípico se caracteriza porque tiene un sujeto activo calificado y cualificado por la ley, ya que se trata de un negocio

jurídico que sólo puede ser suscrito por el ICBF, en el que la entidad pública entrega unos bienes (tangibles o intangibles) al contratista para que este último asuma, a cambio de una contraprestación, la ejecución de un servicio propio del sistema de bienestar social bajo su exclusiva responsabilidad y con personal técnico y especializado a su cargo”(...). Subrayado y negrita fuera de texto.

En sentido anterior y con el fin que estas entidades EAS-ejecuten la prestación del servicio de bienestar familiar, el ICBF de conformidad los manuales operativos de cada modalidad, suscribe contratos de aporte con personas jurídicas independientes al ICBF, entidades de reconocida idoneidad las cuales, a su vez, contratan por sus propios medios el talento humano y personal para la realización de las actividades propias del operador del servicio. Este servicio es prestado bajo las condiciones, horarios y términos establecidos en los Manuales Técnicos Operativos y normas que para el efecto emite el ICBF, como ente rector del SNBF. El contrato de aporte debe ser supervisado por personal de planta del ICBF, quien deberá velar por el seguimiento técnico, administrativo y financiero del contrato.

Por esto y dado que la supervisión del contrato contiene distintos focos de seguimiento los cuales no pueden ser humanamente cubiertos por el personal de planta, dada su complejidad y volumen, se sustenta la necesidad que la entidad contrate profesionales idóneos y especializados a fin de colaborar con la ejecución de las tareas de la entidad y que no alcanzan a ser cubiertas por el personal de planta. De allí que se suscriban contratos, tales como los dados entre el demandante y el ICBF: 17-2009-0105, 17-2010-005, 17-2010-0145, 17-2011-0041, 17-2011-0179, 17-2012-0010, 17-2012-0241, 17-2013-0040, 17-2014-0123, 17-0028-2015, 17-0019-2016, 17-0029-2016, los cuales no tienen otro fin, para el caso específico, en el señor Montaña Gañán, de brindar asistencia y acompañamiento en la ejecución, seguimiento y control a las actividades y servicios ofrecidos en los programas dirigidos a primera infancia en el Departamento de Caldas, esto es, en los contratos de aporte.

Lo anterior, denota la relación intrínseca que tenían los contratos celebrados por el demandante y el ICBF con el objeto y las funciones de la entidad, pues estaban relacionados con los contratos de aporte, mismo que la entidad afirma solo puede celebrar ella, lo cual se ratifica con las obligaciones que el contratista tenía que cumplir de acuerdo a lo estipulado en los contratos de prestación de servicios, las cuales fueron reseñadas en líneas anteriores.

Queda claro que las actividades que realizaba el accionante sí estaban relacionadas con la misión de la entidad, de acuerdo a las funciones que por ley tiene asignadas, según las motivaciones que se plasmaban en esos negocios jurídicos, y lo explicado por el director

regional del ICBF.

Vocación de permanencia del cargo

Al utilizarse este modelo de contratación advierte la Sala que se abusó de la figura del contrato de prestación de servicios estatal, pues este se convalida para ejercer labores especializadas y en un tiempo delimitado, de acuerdo a lo establecido en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, ya referenciado; sumado a lo determinado por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del año 2021 ya referenciada, en la cual se señaló que *“El sentido y alcance del «término estrictamente indispensable» como aquel que aparece expresamente estipulado en la minuta del contrato de prestación de servicios, que de acuerdo con los razonamientos contenidos en los estudios previos, representa el lapso durante el cual se espera que el contratista cumpla a cabalidad el objeto del contrato y las obligaciones que de él se derivan, sin perjuicio de las prórrogas excepcionales que puedan acordarse para garantizar su cumplimiento. (...) Para la Sala, la anterior interpretación unifica el significado y alcance del «término estrictamente indispensable» del numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el cual se acompasa plenamente con la interdicción de prolongar indefinidamente la ejecución de los contratos estatales de prestación de servicios”*.

En este caso, celebrar durante 7 años contratos de prestación de servicios para desempeñar actividades misionales del Centro Zonal Manizales Uno, transgrede los lineamientos expuestos acerca de la temporalidad de este tipo de negocios jurídicos.

Aunado a lo anterior, se ha determinado por parte de la jurisprudencia que la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente. Y sobre qué constituye una función permanente, la Corte Constitucional en sentencia C-171 de 2012 enunció que ello se desprende de la comprobación de unos criterios explicados así:

Acerca del esclarecimiento de qué constituye una función permanente, la jurisprudencia constitucional ha precisado los criterios para determinarla, los cuales se refieren (i) al criterio funcional, que hace alusión a “la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución)”^[40]; (ii) al criterio de igualdad, esto es, cuando “las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral”; (iii) al criterio temporal o de habitualidad, si “las

funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual”; (iv) al criterio de excepcionalidad, si “la tarea acordada corresponde a “actividades nuevas” y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta”; y (v) al criterio de continuidad, si “la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral” .¹⁴¹¹

Al descender al asunto, se tiene que estos requisitos se cumplieron ya que se desvirtuó el carácter temporal de la labor contratada al probarse: 1) el criterio funcional, porque la función contratada estaba referida a las labores que debía adelantar la entidad pública como propias u ordinarias. 2) igualdad, porque dentro de la planta de personal existían contadores. 3) temporalidad o habitualidad, porque las tareas llevadas a cabo por el demandante eran cotidianas, diarias, continuas. 4) excepcionalidad, porque se trató de una vinculación que se extendió por más o menos 7 años con la misma persona y ejecutando similares labores, las cuales se encuentran ligadas al componente misional de la entidad. 5) continuidad, porque la vinculación se realizó mediante contratos de prestación de servicios sucesivos a partir de marzo de 2009 al 2016, para desempeñar funciones del giro ordinario de la entidad, de carácter permanente y sin autonomía en el ejercicio de la labor.

Corolario de lo expuesto, se tiene que conforme a la documentación aportada y las declaraciones acopiadas es válido afirmar que el vínculo contractual que ligó al demandante con la entidad accionada trascendió más allá de lo pactado, convirtiéndose en una verdadera relación laboral en la que estuvieron presentes sus elementos esenciales antes mencionados: prestación personal del servicio, remuneración como contraprestación, y subordinación y dependencia, por lo que es procedente confirmar la sentencia de primera instancia en este aspecto.

Segundo problema jurídico

¿Le asiste derecho al señor Darío Antonio Montaña Gañan a que se le reconozcan, liquiden y paguen las sumas de dinero solicitadas en la demanda?

Tesis: se defenderá la tesis que al demandante le asiste derecho a que se le pague el equivalente a las prestaciones sociales que un empleado de la entidad de igual categoría tendría derecho durante el período en que ejerció sus labores; así mismo, a que la entidad realice las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensión en el porcentaje que como empleador le correspondían.

Frente al restablecimiento del derecho en casos de contrato realidad, el Consejo de Estado en providencia del 15 de agosto de 2013⁵ fue claro al manifestar que por el hecho de reconocer la relación laboral no se le puede otorgar al demandante la calidad de empleado público.

Sin embargo, esto no obsta para que se le reconozcan a manera de indemnización las prestaciones sociales dejadas de percibir basadas en los honorarios que devengó:

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

Respecto a la liquidación de la condena, encuentra la Sala, que es razonable la posición que ha venido sosteniendo la Sección Segunda al ordenar a título de reparación del daño, el pago de las prestaciones sociales, con base en los honorarios pactados en el contrato, pues en razón a la inexistencia del cargo en la planta de personal dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente los perjuicios, ya que la otra forma sería asimilarlo a un empleado de condiciones parecidas presentándose una situación subjetiva de la Administración para definir esta identidad, implicando reabrir la discusión al momento de ejecutar la sentencia⁶ (Líneas fuera del texto).

En la sentencia de primera instancia se concluyó que el demandante tenía derecho a que se le reconocieran las prestaciones sociales percibidas por el personal de planta que desarrollaba iguales funciones o asimilables, tales como prima de navidad, vacaciones, cesantías, intereses sobre las cesantías, bonificación por servicios prestados, incremento de salario por antigüedad, horas extras, dominicales y festivas, prima de servicios,

⁵ Consejo de Estado; sala de lo contencioso administrativo; sección segunda; Subsección B; Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve; Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil trece (2013); radicación número: 18001-23-31-000-2001-00087-01(1622-12)

⁶ Consejo de Estado. Sección Segunda, Sent. del 19 de febrero de 2009. Rad. 3074-05. C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

reliquidación de salarios, y las prestaciones que deban reconocerse de conformidad con la ley, de acuerdo al tiempo y salario percibido en desarrollo de cada uno de los contratos celebrados.

Dicha orden es compartida por esta Sala de Decisión, en el entendido que en procesos de este tipo lo que se reconoce a título de restablecimiento del derecho es una indemnización con base en los honorarios pactados en el contrato y las prestaciones sociales que un empleado de igual categoría de la entidad tendría derecho. Por lo anterior, este punto de la sentencia será confirmado.

En relación con el ordinal quinto, relativo a la devolución de los aportes a pensión, el Máximo Tribunal Administrativo en providencia del 25 de agosto de 2016⁷ estableció que:

3.5 Síntesis de la Sala. A guisa de corolario de lo que se deja consignado, respecto de las controversias relacionadas con el contrato realidad, en particular en lo que concierne a la prescripción, han de tenerse en cuenta las siguientes reglas jurisprudenciales:

i) Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.

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

iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.

iv) Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones

⁷ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, de fecha veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016), Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)CE-SUJ2-005-16,

periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA).

v) Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.

vi) El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral).

vii) El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador.

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

“...Pese a lo expuesto, la Sala aclara que la prescripción extintiva no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales...

Quedó probado de los testimonios, además con las cláusulas de los contratos relativas a la afiliación de la contratista a la seguridad social, que la parte actora debió soportar con su

propio peculio los aportes al sistema de seguridad social, y conforme a la jurisprudencia antes referida los aportes a pensión son imprescriptibles.

En este caso, nada se dijo sobre la devolución de los aportes a pensión, y la parte demandante como se indicó no apeló la sentencia; pero el juez de primera instancia sí ordenó al ICBF liquidar, tomando el ingreso base de cotización o IBC pensional del demandante dentro de los periodos laborados por prestación de servicios, mes a mes, para que verificara si existía diferencia entre los aportes realizados por el señor Montaña Gañan como contratista y los que se debieron efectuar, y en caso afirmativo tendría que cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, solo en el porcentaje que le correspondía como empleador; pagos que afirmó no estaban sometidos al fenómeno prescriptivo y por lo tanto debían cubrir la totalidad del tiempo que laboró el actor al servicio de la demandada institución ICBF, por ello, el accionante en el evento que hiciera falta la acreditación de pago a la seguridad social en algún periodo debía acreditar ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar las cotizaciones que realizó al Sistema General de Seguridad Social en pensiones durante esos tiempos de los referidos vínculos contractuales, y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendría la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

Considera la Sala que, según la normativa y la jurisprudencia transcrita, efectivamente parte de esos aportes a pensión los debió cubrir el empleador en los porcentajes señalados en la ley, ya que no le correspondía asumir los mismos en su totalidad al trabajador, por lo que en ese sentido se confirmará la decisión del juez.

Conclusiones

De acuerdo a las pruebas que reposan dentro del expediente se puede inferir que en el vínculo contractual que unió al señor Montaña Gañan y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar se configuraron los elementos propios de una relación laboral como se declaró en la sentencia de primera instancia.

Costas

Conforme al artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no hay lugar a imposición en costas en esta instancia, en razón a que no hubo actuación de las partes ante este Tribunal.

En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN** del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida el 3 de septiembre de 2021 por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** instaurado por **DARÍO ANTONIO MONTAÑO GAÑAN** contra el **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF**.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia por lo brevemente expuesto.

TERCERO: 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.

Sentencia proferida en Sala de Decisión realizada el 02 de febrero de 2023, conforme acta nro. 005 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Magistrado Ponente



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

Magistrado



Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico nro. 018 del 06 de febrero de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, dos (02) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

RADICADO	17001-33-33-002-2020-00263-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	MARÍA ROCÍO PIEDRAHITA
ACCIONADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Procede la Sala Primera de Decisión el Tribunal Administrativo de Caldas, conforme al artículo 18 de la Ley 446 de 1998, a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó pretensiones, proferido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales el día 17 de junio de 2022.

PRETENSIONES

1. Que se declare la nulidad del acto ficto generado por la no respuesta a la petición de reconocimiento de la prima de junio establecida en el literal b) numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.
2. Se declare que la demandante tiene derecho a que le reconozcan y paguen la prima de junio establecida literal b) numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, por causa de no haber alcanzado el derecho al reconocimiento de la pensión gracia, debido a que fue vinculada a la docencia oficial después del 1º de enero de 1981.
3. Condenar a la entidad demandada a que reconozca y pague la prima de junio establecida en la Ley 91 de 1989, equivalente a una mesada pensional, por causa de no haber alcanzado el derecho al reconocimiento de la pensión gracia debido a su fecha de vinculación.

4. Ordenar a la accionada que sobre el monto inicial de la pensión reconocida aplique los reajustes de ley para cada año como lo ordena la Constitución Política y la ley.
5. Ordenar el respectivo pago de las mesadas atrasadas desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en nómina del pensionado, y que el incremento del pago se siga realizando en las mesadas futuras como reparación integral del daño.
6. Que se ordene dar cumplimiento al fallo en el término de 30 días contados desde la comunicación de este, tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del CPACA.
7. Ordenar el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales decretadas, por tratarse de sumas de tracto sucesivo, tomando como base la variación del IPC.
8. Ordenar el reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla en su totalidad la condena.
9. Condenar en costas a la demandada, de conformidad con el artículo 188 del CPACA.

HECHOS

- La demandante fue vinculada como docente oficial en fecha posterior al 1° de enero de 1981, razón por la cual en su condición de pensionada del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no tiene derecho a que Cajanal le reconozca pensión gracia.
- Mediante Resolución nro. 3216 del 04 de agosto de 2008.
- Mediante petición radicada el 03 de julio de 2019 solicitó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año creada por el numeral 2° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, petición que no obtuvo respuesta.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Ley 91 de 1989: artículo 15.

Sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019.

Explicó que el objetivo de haber establecido la mesada adicional fue compensar a los docentes que no tenían derecho a recibir la pensión gracia. Y resaltó que, cuando se estableció el pago de una mesada adicional en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 ya existía para los docentes del magisterio que fueron vinculados después de 1981 una prima de medio año equivalente a una mesada pensional, consagrada en la Ley 91 de 1989, la cual para el año 1993 ya tenía 4 años de vigencia.

Luego de citar jurisprudencia sobre el tema, indicó que el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 nada tiene que ver con la mesada pensional adicional causada con posterioridad al año 2005, pues el régimen especial, que contiene la misma, identifica una prima que equivale a una mesada pensional, la cual es diferente a la prestación establecida como mesada adicional a los docentes en el mes de junio de cada año, regulación que fue confirmada en la sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio: manifestó que se opone a todas y cada una de las pretensiones, puesto que los actos demandados se ajustan a derecho.

Como argumentos de defensa señaló que, el acto administrativo demandado fue proferido atendiendo los parámetros normativos vigentes que versan sobre el reconocimiento, pago y reliquidación de pensiones y además de el mismo se presume su legalidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011.

La Nación- Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio debe sujetarse a lo determinado por la Ley para la expedición de actos administrativos que traten temas de reconocimiento pensional o prestacional, pues los mismos son expedidos bajo los parámetros de la Ley 91 de 1989, por la cual se creó el precitado fondo y, señaló que los docentes en materia prestacional se regirían por las disposiciones ahí señaladas, las cuales se resumen de la siguiente manera:

Los docentes nacionalizados que se vincularon hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrían el régimen que han venido gozando en cada entidad territorial, de

conformidad con las normas vigentes; y los nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, se regularían por las disposiciones vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en dicha ley.

Con fundamento en la normativa y Jurisprudencia antes transcrita se determina que, la mesada 14 no puede ser reconocida a personas cuyo derecho pensional se consolide con posterioridad a la entrada en vigencia del citado acto legislativo, salvo aquellas que perciban una pensión igual o inferior a 3 SMLMV, y que la misma se hubiere causado antes del 31 de julio de 2011.

Propuso como excepción las que denominó:

- **Legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad:** Los actos Administrativos emitidos se encuentran ajustados a derecho, se profirieron en estricto seguimiento de las normas legales vigentes aplicables al caso de la demandante, sin que se encuentren viciados de nulidad alguna.

- **Ineptitud de la demanda por carencia de fundamento jurídico:** señaló que Los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados y territoriales, que causen el derecho a la pensión de jubilación o vejez a partir del 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 del 2005, no tiene derecho a la mesada pensional adicional del mes de junio de que tratan el artículo 142 de la ley 100 de 1993 y la ley 238 de 1995. Se exceptúan los docentes que causen el derecho a la pensión antes del 31 de julio del 2011, si su mesada pensional es igual o inferior a tres salarios mínimos legales vigentes, según lo establece el párrafo transitorio 6° del artículo 1 del Acto Legislativo en mención.

- **La condena en costa no es objetiva, se desvirtúa la buena fe de la entidad:** de acuerdo con lo expuesto por el Consejo de Estado, la condena en costas no es objetiva, sino que debe el Juez tener en cuenta la buena fe de la entidad respecto a sus actuaciones procesales.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 17 de junio de 2022, negó las pretensiones de la demanda, tras plantearse como problema jurídico determinar había lugar a declarar la nulidad de los actos administrativos y ordenar el pago de la prima de mitad de año solicitada.

En primer momento realizó un análisis del régimen normativo aplicable a la prima de mitad de año (mesada adicional 14) para los docentes pensionados, la cual incluyó el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, la Ley 238 de 1995, el Acto Legislativo 01 de 2005, así como jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, para concluir que la mesada 14 fue derogada por el Acto Legislativo que la erradicó también del régimen pensional de los docentes; norma que estableció que solo las personas que adquirieran el derecho a la pensión a partir de la vigencia de esta norma, 25 de julio de 2005, no tendrían derecho a percibir la mesada adicional de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, siempre que lo adquirieran con anterioridad al 31 de julio de 2011, en cuantía igual o superior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Que, de acuerdo al material probatorio, se evidencia que a la demandante le fue reconocida su pensión con posterioridad al 25 de julio de 2005 y antes del 31 de julio de 2011, cumpliendo uno de los dos requisitos para acceder al reconocimiento de la prestación reclamada. Sin embargo, le asiste razón a la parte demandada cuando en su alegato de conclusión señala que la mesada pensional de la demandante supera los tres salarios mínimos legales vigentes, tanto en el momento de reconocimiento de la prestación como para el año 2019 en que realizó la reclamación; en tal sentido no tiene derecho al reconocimiento de la mesada adicional según lo dispone el parágrafo sexto transitorio del artículo 48 de la Constitución Política.

En la parte resolutive consignó:

PRIMERO: DECLÁRANSE PROBADAS las excepciones formuladas como medio de defensa por el Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, denominadas “**Legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad**” e “**Ineptitud de la demanda por carencia de fundamento jurídico**”.

SEGUNDO: NIÉGUENSE las pretensiones de la demanda de conformidad con las consideraciones de este fallo.

TERCERO: SE CONDENA EN COSTAS a la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código General del Proceso. Las agencias en derecho serán canceladas en los términos descritos en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: NOTIFICAR esta sentencia conforme lo dispone el artículo 203 del C.P.A.C.A.

QUINTO: EJECUTORIADA esta providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere. **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia Siglo XXI.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte accionante presentó recurso de apelación de forma oportuna, mediante memorial que reposa en el archivo nro. 27 del expediente de primera instancia.

Indicó que no debió ser condenado a pagar costas dentro de este trámite judicial, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Adujo que el Consejo de Estado sobre el tema de la condena en costas expresó:

- La Subsección "A" de la Sección Segunda de esta Corporación en sentencia dictada el 20 de enero de 2015, en relación con la norma citada, expuso que contiene el verbo "dispondrá", el cual está encaminado a regular la actuación del funcionario judicial cuando profiera la sentencia que decida las pretensiones del proceso sometido a su conocimiento.
- El término dispondrá de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es sinónimo de "decidir" "mandar" "proveer", es decir que lo provisto por el legislador en la norma no es otra cosa que la facultad que tiene el juez para pronunciarse sobre la condena en costas, y decidir si hay o no lugar a ellas ante la culminación de una causa judicial.
- Como se advierte, la citada norma no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de "disponer", esto es, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que tal condena es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderando tales circunstancias, debe pronunciarse sus-tentando su decisión de procedencia.

Finalmente, concluyó, que en materia de lo Contencioso Administrativo la condena en costas no se rige por un concepto objetivo, sino que exige por parte del operador jurídico una valoración subjetiva para su condena, pues no basta simplemente que la parte sea vencida, sino que debe realizarse una valoración de las conductas desplegadas por esa parte derrotada. En otras palabras, solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezcan causas para hacerlo, y en la medida de su comprobación.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Dentro del término establecido en los numerales 4 y 6 del artículo 247 del CPACA, las partes no se pronunciaron sobre el recurso de apelación.

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.

Problemas jurídicos

1. ¿Se cumplieron las condiciones señaladas en la ley y la jurisprudencia para condenar en costas a la parte demandante en primera instancia?

Solución al Problema jurídico

¿Se cumplieron las condiciones señaladas en la ley y la jurisprudencia para condenar en costas a la parte demandante en primera instancia?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que, en este caso al momento de condenarse en costas, se hizo un juicio objetivo valorativo, al menos en el rubro tocante a las agencias en derecho, por lo que se cumplió con los parámetros señalados en el artículo 188 del CPACA y la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Marco Normativo

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dispone:

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

<Inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal.

Debe indicarse que las costas se entienden como la erogación económica que corresponde efectuar a las partes involucradas en un proceso, la cual corresponde por una parte a las expensas, es decir, a todos aquellos gastos necesarios para el trámite del juicio distintos del pago de apoderado; y, por otro lado, a las agencias en derecho, que corresponde a las erogaciones efectuados por concepto de apoderamiento, las cuales se decretan en favor de la parte y no de su representante judicial, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pactados.

El artículo 188 del CPACA, con la modificación introducida por la Ley 2080 de 2021, determinó que se "*dispondrá*" sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal, pero en todo caso no eliminó de la redacción la expresión citada.

Por ello, si un juez considera que hay lugar a imponer costas en un proceso deberá acudir a lo señalado por la jurisprudencia al explicar en qué consiste el término "*dispondrá*"; es decir, que para imponerlas hay que fundarse en un criterio objetivo valorativo el cual impone no solo verificar la parte vencida en juicio, sino, además, el deber de precisar los motivos por los cuales se considera procede la condena, es decir, por qué se aduce que se causaron las mismas.

Hay que recordar además que desde la Ley 1437 de 2011, la condena en costas ya no se condiciona a la actitud de lealtad o deslealtad de la parte frente al proceso, pues simplemente estableció que en la sentencia se dispondría lo pertinente, aclarando que la liquidación y ejecución se ceñirían hoy en día a lo establecido en el Código General del Proceso, norma que reguló el asunto en sus artículos 365 y 366.

A raíz de la expedición de la Ley 1437 de 2011 existe divergencia en relación con este tema de las costas, al considerarse por parte de algunos operadores judiciales que aún en vigencia del CPACA debe seguirse aplicando un criterio subjetivo para examinar la procedencia o no de las mismas; mientras que, por parte de otros, lo ajustado al tenor del artículo 188 es que se acuda a un criterio objetivo valorativo.

Sin embargo, ha hecho carrera dentro del Consejo de Estado que a partir de la expedición de la Ley 1437 de 2011, que el juez debe hacer un juicio objetivo valorativo. En tal sentido, se tiene providencia de la Sección Segunda – Subsección B, Consejero Ponente Carmelo Perdomo Cuéter del 17 de octubre de 2017, radicación 17001-23-33-000-2013-00308-01(1877-14) que indicó:

En ese orden, la referida norma especial que regula la condena en costas en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo dispone:

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

La lectura interpretativa que la Sala otorga a la citada regulación especial gira en torno al significado del vocablo disponer, cuya segunda acepción es entendida por la Real Academia Española como «2. tr. Deliberar, determinar, mandar lo que ha de hacerse». Ello implica que disponer en la sentencia sobre la condena en costas no presupone su causación per se contra la parte que pierda el litigio y solo, en caso de que estas sean impuestas, se acudirá a las normas generales del procedimiento para su liquidación y ejecución (artículo 366 del CGP).

En tal virtud, a diferencia de lo que acontece en otras jurisdicciones (civil, comercial, de familia y agraria), donde la responsabilidad en materia de costas siempre es objetiva (artículo 365 del CGP), corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma.

Ese juicio de ponderación supone que el reproche hacia la parte vencida esté revestido de acciones temerarias o dilatorias que dificulten el curso normal de las diferentes etapas del procedimiento, cuando por ejemplo sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; se aduzcan calidades inexistentes; se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos; se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas; se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso; o se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas (artículo 79 CGP).

Así las cosas, frente al resultado adverso a los intereses del demandante, se tiene que ejerció de forma legítima el reclamo por la vía judicial del derecho que le asistía de acceder a la pensión gracia, pues con base en el ordenamiento que la rige y los lineamientos jurisprudenciales en la materia, así lo consideró.

Así las cosas, esta Sala considera que la referida normativa deja a disposición del juez la procedencia o no de la condena en costas, ya que para ello debe examinar la actuación procesal de la parte vencida y comprobar su causación y no el simple hecho

de que las resultas del proceso le fueron desfavorables a sus intereses, pues dicha imposición surge después de tener certeza de que la conducta desplegada por aquella adolece de temeridad o mala fe, actuación que, se reitera, no desplegó el a quo; y, por lo tanto, al no predicarse tal proceder de la parte demandante, no se impondrá condena en costas.

Por su parte, en fallo de la Sección Segunda – Subsección A, Consejero Ponente: William Hernández Gómez del 7 de abril de 2016, radicación 13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-14) consideró:

El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA-.

b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP¹, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

¹ “Artículo 366. liquidación. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)”

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Debe resaltarse que, aunque esta última providencia es del año 2016, se encuentra ratificada en sentencias del 30 de noviembre de 2017, también con ponencia del Consejero doctor William Hernández Gómez, dentro del proceso radicado 70001-23-33-000-2013-00052-01(3280-14); y del 25 de enero de 2018, también de la Subsección A de la Sección Segunda, Consejero Ponente Rafael Francisco Suárez Vargas - radicación número: 25000-23-42-000-2013-00330-01(4922-15).

Y por último, se encuentra sentencia de la Sección Tercera - Subsección A de fecha 21 de octubre de 2022, con radicado interno nro. 8.844, mediante la cual se aplicó la regla de la Ley 2080 de 2021 a un caso cuya demanda fue presentada en el año 2016, esto es, entendiendo que la norma sobre costas es la que se encuentra vigente al momento de expedir la sentencia, ya que al ser una norma de orden público es de aplicación inmediata. Dijo en esa ocasión el Consejo de Estado:

4. Condena en costas

De conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del C.G.P., la Sala condenará en costas de la segunda instancia a la parte accionante, dado que su recurso de apelación no prosperó y, por ende, la Subsección confirmará la sentencia denegatoria proferida en la primera instancia.

En el pie de página, No 50 referido a este párrafo, trae esta sentencia lo siguiente:

*En el siguiente sentido: “[e]n todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal”. **La Ley 2080 del 25 de enero de 2021 corresponde a una normativa de orden público, de aplicación inmediata y, por ende, rige en todos los procesos en curso para la fecha de su entrada en vigor, salvo frente a algunos supuestos específicos, de los cuales no hace parte el tema de costas.***

En cuanto al alcance de la modificación señalada, la Subsección reitera que no implica que se hubiese retomado el criterio subjetivo de la condena establecido en el CCA frente a los procesos ordinarios, sino que tal regla aplica a los asuntos en los que se ventila un interés público, pues, si bien en estos, en principio, es improcedente la condena por tal concepto, no es menos cierto que es posible imponerla

cuando “se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 11 de mayo de 2022, expediente 67.700. En el mismo sentido, se pronunció la Subsección B en sentencia del 11 de octubre de 2021, expediente 63.217, CP: Fredy Ibarra Martínez).

[...]

Las costas incluyen las agencias en derecho, que se fijan a partir de las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, así como con observancia de la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o por la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales. En atención a lo señalado por el Consejo Superior de la Judicatura en el Acuerdo 1887 de 2003, en los procesos declarativos contenciosos administrativos la tarifa de las agencias en derecho en segunda instancia en procesos con cuantía, será “[h]asta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia”. Así las cosas, la Subsección fijará como agencias en derecho de la segunda instancia un 1% del valor de las pretensiones pedidas en la demanda y que, por ende, fueron negadas en este asunto

En los pies de pág. 53,54 y 55 se señaló:

53 El artículo 361 del CGP señala que “[l]as costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho”.

54 A juicio de la Subsección, esta regla es aplicable a las entidades, al margen de que el apoderado fuese de planta, pues, si bien en tal escenario no incurren en gastos adicionales a los de nómina, no es menos cierto que sí tuvo que destinar alguno de sus funcionarios para atender el asunto, quien ejerce tales funciones de manera onerosa (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 11 de mayo de 2022, expediente 67.700).

55 El numeral 4 del artículo 366 del CGP señala: “4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas”.

Atendiendo entonces la redacción del artículo 188 del CPACA, que varió sustancialmente en relación con lo dispuesto en el artículo 171 del CCA, y las jurisprudencias transcritas, especialmente en lo analizado por la Sección Segunda del Consejo de Estado, se entiende que la expresión de que "*El Juez al momento de dictar sentencia dispondrá sobre costas*" se refiere a que debe hacer un análisis objetivo valorativo.

Debe precisarse que, esta Sala de Decisión desde la expedición de la Ley 1437 de 2011 acogió el criterio objetivo valorativo para efectuar el análisis de la condena en costas, las cuales considera no han variado con la reforma de la Ley 2080 de 2021, con la cual como se ha dejado expuesto no entra en juego la conducta procesal asumida por las partes, sino que simplemente se examina cuál fue la parte vencida, y además si las costas se causaron dentro del trámite judicial.

Por otra parte, se aclara que el criterio subjetivo sobre condena en costas, esto es, que solo se condena cuando se haya demostrado un actuar temerario o de mala fe de una parte, no es de recibo por esta Sala desde la normativa de la Ley 1437 de 2011.

Sin embargo, si hay algo que debe precisarse y es que, aunque el criterio para la condena en costas acogido sea el objetivo, este también debe ser valorativo, lo que impone al operador judicial el deber de precisar los motivos por los cuales considera que procede la condena en costas, es decir, por qué aduce que se causaron las mismas.

Caso bajo estudio

Al revisar la argumentación que se plasmó en el fallo de primera instancia en relación con las costas, se adujo que con fundamento en el artículo 188 del CPACA se condenaba en costas a la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se harían conforme al artículo 366 del Código General de Proceso, por cuanto se evidenció la actividad del abogado de la parte accionada realizada dentro del proceso, atendiendo los recientes pronunciamientos Consejo de Estado, y que se fijaban agencias en derecho por el equivalente al 4% del valor de las pretensiones solicitadas, esto es, \$425.152.

El anterior argumento para esta Sala de Decisión, es suficiente para entender que se cumplió con el deber de señalar un criterio objetivo valorativo para la condena en costas, al menos en la parte que corresponde a las agencias en derecho, que como se señaló anteriormente, es un componente de las costas, esto es, que para poder condenar en agencias en derecho hay que condenar en costas por sustracción de materia.

En este orden de ideas, se confirmará el ordinal tercero de la sentencia proferida el 17 de junio de 2022.

Costas de segunda instancia

En el presente asunto, de conformidad con el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no se condena en costas en esta instancia al no haberse surtido actuación alguna que justifique su condena.

En mérito de lo expuesto, **LA SALA PRIMERA DE DECISIÓN TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 17 de junio de 2022 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **MARÍA ROCÍO PIEDRAHITA** contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, según lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: NO SE CONDENA en costas en segunda instancia, por lo brevemente expuesto en la parte motiva.

TERCERO: 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 de Decisión celebrada el 02 de febrero de 2023, según acta nro. 005 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Magistrado Ponente



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO**

Notificación por Estado Electrónico nro. 018 del 06 de febrero de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 018

Manizales, tres (3) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17-001-23-33-000-2018-00504-00
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: José Alirio Escobar Marín
Demandado: Instituto de Financiamiento Promoción y Desarrollo de Caldas - Inficaldas

La Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, procede a emitir fallo de primera instancia.

I. Antecedentes

1. La demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita se declare la nulidad del acto administrativo G.G. 178-2018 expedido el 22 de marzo de 2018 por Inficaldas; a título de restablecimiento del derecho, se declare la existencia de un contrato individual de trabajo desde el 4 de enero de 1994 hasta el 7 de marzo de 2018, y por tanto que, durante dicho tiempo adquirió la condición de funcionario de hecho, se ordene el pago de las acreencias laborales dejadas de percibir durante el tiempo lo que duró la relación laboral, así como al pago de la indemnización moratoria por la no consignación de las prestaciones debidas y su indexación.

1.2. Hechos

Se señaló en síntesis que, el demandante celebró un contrato individual de trabajo de forma verbal, el cual se dio entre el 4 de enero de 1994 hasta el 7 de marzo de 2018, en la que cumplió horario, como remuneración se concertó como pago el salario mínimo legal mensual que sería causado de forma diaria al fin de la jornada laboral.

Que fue contratado para que cumpliera en el Aeropuerto La Nubla de Manizales las siguientes labores: “a). Brindar el servicio de maletero tanto para los pasajeros que efectuaran el check in y el check out. b). Abrir la puerta de ingreso cuando llegaran los vuelos de pasajeros al Aeropuerto, c). Encender, cuidar y vigilar la cinta transportadora de equipaje para evitar el paso en la sala de espera del Aeropuerto, d). Izar las banderas del Aeropuerto y recogerlas al terminar el turno para dejarles en custodia del puesto de información, e). Realizar el aseo del Aeropuerto, f). Encender y apagar las luces de parqueadero y sala de equipajes del Aeropuerto j). Quemar la pólvora en la mañana y en la tarde, para espantar las garzas a los alrededores de la terminal aérea”; además de

las que le ordenara la Administración del Aeropuerto La Nubia o cualquiera de los funcionarios asignados por Inficaldas.

El demandante solicitó el 5 de marzo de 2018 al Inficaldas el correspondiente pago de los créditos laborales y de seguridad social; petición que fue negada mediante el acto demandado.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación.

Señaló como normas vulneradas por el acto demandado los artículos 2, 13, 25, 48, 53 y 58, de la Constitución Política; la Ley 443 de 1998 y Ley 909 de 2004.

Argumentó que el demandante prestó sus servicios de manera personal, continua e ininterrumpida y bajo la subordinación del Gerente del aeropuerto La Nubia de Manizales, adquiriendo la condición de funcionario público de hecho, en virtud a que se omitieron las condiciones de su vinculación a través de los presupuestos de carrera administrativa en su momento en la Ley 443 de 1998 y posteriormente en la Ley 909 de 2004 y adicionalmente, las funciones desarrolladas correspondieron siempre a las establecidas en la planta de personal de la entidad, en especial la de servicios generales.

Aseguró que el demandante cumplía funciones propias de un cargo que estaba en la planta de personal como lo era las de Auxiliar de servicios generales.

2. Contestación de la demanda

Inficaldas se opuso a las pretensiones del demandante, aceptando como ciertos únicamente los referentes a que el Asesor de Control Interno del Instituto en junio de 2017 rindió informe en el que señaló que en el Aeropuerto La Nubia se encontraban personas que no tenían ningún tipo de vinculación con la entidad, como lo son los llamados maleteros y los referentes a la petición del demandante y a la respuesta emitida,

Sostuvo que el demandante no aportó prueba que acredite los requisitos que ha señalado el Consejo de Estado para la configuración del funcionario de hecho, puesto que el actor no tuvo ningún tipo de vinculación con Inficaldas, no existe manual de funciones con las que se pueda constatar el cargo de maletero o equivalentes, que además dentro de la planta de personal del aeropuerto La Nubia no existe el cargo de maletero, por lo tanto dicha actividad, la ejerció el demandante por su cuenta y riesgo.

Propuso las excepciones de mérito denominadas: *"No existen presupuestos jurídicos ni jurisprudenciales para que se presente la figura de funcionario de hecho"*: para lo cual señaló que, no se dan las condiciones para que se pueda hablar de un funcionario de hecho, sobre todo porque en el manual de funciones no existe un cargo igual al que afirma el actor que desempeñó en el Aeropuerto La Nubia; y *"Cobro de lo no debido"*: basada en que, para que se ostente la calidad de empleado del Estado se hace necesario que se cumplan una serie de requisitos los cuales no se dan en este caso, más aún, cuando no existen comprobantes de pago de honorarios, salarios, prestaciones, órdenes de prestación de servicios o semejantes, lo que permite inferir que las labores desarrolladas nunca fueron autorizadas y por ello, mal haría la entidad, en reconocer salarios y prestaciones que no se adeudan, pues esto conllevaría generar un pago de lo no debido y un detrimento patrimonial para el Estado.

3. Alegatos de Conclusión

La **parte actora** reiteró los argumentos expuestos en su escrito de demanda, indicando que prestó sus servicios personales en el aeropuerto de Manizales por órdenes directas de Inficaldas, omitiendo la demandada legalizar su vinculación laboral conforme a las normas de carrera administrativa vigentes; beneficiándose del tiempo de servicio dedicando por el accionante para la realización de las actividades de funcionario de hecho y demás funciones asignadas, sin la garantía de sus derechos laborales.

Inficaldas reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, señalando que, no existen los presupuestos jurídicos ni jurisprudenciales para que se presente la figura de funcionario de hecho, como lo son la existencia del empleo dentro de la planta de personal de la entidad; que las funciones sean ejercidas irregularmente y que las cumpla de la misma forma, como lo haría un funcionario público.

Sostuvo además que, no existió nombramiento legal por parte de Inficaldas, pues no fue nombrado directamente por el Instituto mediante acto administrativo o alguna vinculación establecida en la Ley; aclaró que la supuesta relación se dio con el Profesional Especializado Aeropuerto, quien no es el nominador de la entidad, pues esta facultad solo es atribuible al Gerente, razón por la cual es claro que nunca existió un vínculo con la entidad que permita evidenciar la existencia de un contrato realidad.

El **Ministerio Público** no se pronunció en esta etapa.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

Teniendo en cuenta la posición asumida por las partes, se debe establecer: *¿el demandante ostentó o no la calidad de funcionario de hecho de Inficaldas por desempeñarse como maletero en el aeropuerto La Nubia de Manizales?*

En caso positivo, *¿Le asiste el derecho al reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales e indemnizaciones por el periodo comprendido entre el 4 de enero de 1994 hasta el 7 de marzo de 2018?*

2. Primer problema jurídico

2.1. Tesis del Tribunal

El demandante no demostró que ostentara la calidad de funcionario de hecho de Inficaldas, por cuanto: i) dentro de la planta de personal del Aeropuerto La Nubia no se encuentra contemplado el cargo de "maletero" o "auxiliar de equipaje" o similar, por lo que tampoco es posible determinar que el demandante haya ejercido de forma irregular funciones de un cargo de la planta de personal de ese aeropuerto o que se haya vinculado a un cargo sin el lleno de los requisitos; ii) adicionalmente, no se demostraron todos los elementos propios de una relación laboral, que permitan la aplicación del principio constitucional de la prevalencia de la realidad frente a las formas.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia: i) al marco normativo y jurisprudencial sobre las formas de vinculación con el Estado y el funcionario de hecho; y ii) caso concreto.

2.2. Marco normativo y jurisprudencial

2.2.1. Forma de vinculación con el Estado

La Constitución Política, al respecto contempló lo siguiente:

“Artículo 122.- No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas.

Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público.

...

Artículo 125.- Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley”.

De acuerdo con las citadas normas, nuestro régimen jurídico tiene previstas tres clases de vinculaciones con entidades del Estado que tienen sus propias características, a saber: a) De los empleados públicos (relación legal y reglamentaria); b) De los trabajadores oficiales (relación contractual laboral) y c) De los contratistas de prestación de servicios (relación contractual estatal)¹.

Sobre el particular, el Consejo de Estado ha indicado que, para que se admita que una persona desempeña un empleo público y obtenga los derechos que de ello se derivan es necesario que se cumplan los siguientes presupuestos: *“i) la existencia de un empleo en la planta de personal de la entidad; ii) tener asignadas las funciones propias del cargo; y, iii) la provisión de los recursos en el presupuesto para pagar por la labor realizada”*².

Además, indica la misma alta Corporación que, para que una persona desempeñe un empleo público es *“...necesario que su ingreso se realice mediante designación válidamente realizada, sea por nombramiento o elección, seguida de la posesión, previo cumplimiento de los requisitos necesarios para ejercer las funciones asignadas al empleo y que, dentro del presupuesto asignado a la entidad, se tenga la partida correspondiente para el pago de los salarios por la prestación del servicio”*³.

2.2.2. Funcionario de hecho

¹ Así lo ha mencionado el Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 15 de julio de 2021, Radicación número: 44001-23-33-000-2016-00091-01(5783-18)

² Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 15 de julio de 2021, Radicación número: 44001-23-33-000-2016-00091-01(5783-18)

³ Ibidem.

Hace referencia a la persona que sin título o con título irregular, ejerce funciones públicas como si fueses un verdadero funcionario; ésta forma de vinculación con el Estado, puede estructurarse en dos momentos, a saber:

“a) En los periodos de normalidad institucional pueden surgir funcionarios de hecho. Se da esta situación cuando media título que habilita para el ejercicio de la función pública pero por causas anteriores o supervivientes resulta inválido o deja de surtir efectos. Esto ocurre en hipótesis muy variadas: designación de una persona que no reunía las condiciones legales exigidas, por lo cual más tarde es revocada; funcionario que posteriormente a su designación se inhabilita para el ejercicio del cargo y que, no obstante, continúa ejerciéndolo, o que permanece en funciones luego de vencido el término de su mandato, etc.

b) En épocas de anormalidad institucional, producida por guerras, revoluciones, grandes calamidades, etc., (...) es frecuente que asuman el ejercicio de funciones públicas quienes no tienen título legal alguno. A veces son personas de buena voluntad que, frente a la desaparición de las autoridades constituidas, toman a su cargo ciertas funciones públicas”⁴.

El Consejo de Estado ha precisado además que, para la configuración del funcionario de hecho, es necesario que:

“i) exista el empleo dentro de la planta de personal de la entidad; ii) que las funciones sean ejercidas irregularmente⁵; iii) que el cargo se ejerza en la misma forma y apariencia como lo hubiera desempeñado una persona designada regularmente: iv) también puede darse cuando el empleado ejerce funciones públicas con la anuencia y permiso de las autoridades encargadas de controlar e impedir esta clase de situaciones que permiten el ejercicio irregular de una investidura, por circunstancias de facto, no previstas en la ley, pero que, en todo caso debe ser objeto de protección en aplicación del principio constitucional de la prevalencia de la realidad frente a las formas”⁶.

2.3. Lo probado en el proceso

- El asesor de control interno Asdrúbal Montes Osorio de Inficaldas, en junio de 2017, practicó auditoria especial en la cual se examinó la planta de personal del aeropuerto La Nubia y los contratos de prestación de servicios suscritos en 2017, luego de relacionar los cargos y las funciones cumplidas por el personal de planta, formuló entre otros, el siguiente hallazgo⁷:

“Hallazgo 3

Criterio

Proceso: Control Operacional - CODIGO: 200-CP-04- Versión: 02

Situación

Se evidenció la presencia de personas que ejecutan actividades de manera informal en el aeropuerto La Nubia, como son los maleteros y la despachadora de taxis.

⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 15 de mayo de 2013. C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Número 1363-2012.

⁵ Hace mención de que la persona que las cumple no se vinculó al servicio público con el lleno de los requisitos para que surja la vinculación legal y reglamentaria, esto es, no existe ni nombramiento o elección según el tipo de cargo, ni tampoco la posesión o tales requisitos, pese a que existieron, ya no están vigentes.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 15 de julio de 2021, Radicación número: 44001-23-33-000-2016-00091-01(5783-18)

⁷ Pág. 66-79 AD “02Cuadernos”

Causas

Esto se debe a falencias en los mecanismos de control asociados al Proceso de Control Operacional en el aeropuerto La Nubia.

Efectos

Lo anterior ocasiona que se presente informalidad en la ejecución de algunas actividades relativas al proceso, incumpliendo la normatividad aplicable y generando desorden administrativo. En igual forma se corre el riesgo de un daño de tipo jurídico para la entidad, debido a que estas personas pueden ejercer acciones judiciales contra el instituto ante cualquier eventualidad que se les presente, ya que aunque no tienen vínculo laboral con el mismo, están desarrollando las actividades señaladas en las instalaciones del aeropuerto La Nubia, sin ningún tipo de condicionamiento por parte de INFICALDAS quien es el operador del terminal aéreo”.

- En el Acuerdo 039 del 13 de febrero de 2009 del Consejo Directivo de Inficaldas se relaciona la planta de personal de ese instituto, dentro del cual se identifican los cargos que hacen parte del Aeropuerto La Nubia y que corresponden a: 14 bomberos, 5 ayudantes, 1 capitán de bomberos y 1 profesional especializado aeropuerto,⁸.
- El señor José Alirido Escobar Marín, elevó petición el 5 de marzo de 2018⁹ a Inficaldas, mediante la cual solicitó: *“se me reconozca el contrato laboral a término indefinido y que sean canceladas todas mis acreencias laborales por el tiempo laborado en el Aeropuerto la Nubia...”*.
- Inficaldas mediante oficio G.G. 178- 2018 del 22 de marzo de 2018, negó lo solicitado por el actor, e informó que el Aeropuerto La Nubia hace parte del Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Caldas, dependencia a la cual se tienen asignados 21 cargos dentro de la planta de personal, dentro de los cuales no está el de *“maletero”*, *“auxiliar de equipaje”* o similar.
- El señor José Alirido Escobar Marín, rindió declaración, reiterando los hechos de la demanda y precisando que:
 - Los maleteros no tenían contrato, no les daban salarios, ni recibían remuneración por parte de Inficaldas y que no conoció el manual de funciones para las labores que debía desempeñar.
 - Respecto a la remuneración señaló que, el salario provenía de la propina que daban los pasajeros por cargar las maletas, y que correspondía a una tarifa que era fijada directamente por la administración; que ese dinero inmediatamente la llevaban directamente a la secretaria de la administración y al final del día se reunían todos los maleteros, que eran 8, y repartían el dinero entre todos.
- El testigo Reinel Rodríguez Arenas afirmó que:
 - Le consta que el señor Alirido trabajó en el aeropuerto La Nubia, toda vez que prestó sus servicios en dicho terminal aéreo en calidad de Agente de la Policía Nacional, desde 2006 hasta 2012.

⁸ Pág. 1-71 AD “ACUERDO039”

⁹ Pág. 36-38 AD “02Cuadernos”

- El señor Alirdo trabajó como maletero en el aeropuerto La Nubia, ingresando desde las 5 de la mañana hasta que saliera el último pasajero y que una vez fue suspendido de sus labores por llegar tarde.
 - Veía que los pasajeros le pagaban una cuota, que correspondía a una tarifa establecida, la cual era fijada en una circular en la administración; que dicho pago era llevado a la administración y en horas de la tarde una persona era quien les pagaba a los maleteros, suma de dinero que dividían entre todos.
 - El demandante recibía como dotación, gorras, carretas para portar equipaje, además portaba carné de Inficaldas, el cual era obligatorio; precisó que las personas que laboraban dentro del aeropuerto también portaban carné, tanto funcionarios como personal de los locales comerciales. Que además los particulares que iban a ingresar a los hangares debían tramitar un carné que les permitiera el ingreso a esos lugares del aeropuerto.
- El testigo Jorge William Tangarife refirió que:
- Conoció al demandante toda vez que él también laboró en el aeropuerto La Nubia como maletero desde 2007 hasta 2018; que eran alrededor de 8 personas que brindaban el servicio de maleteros.
 - Preciso que también instauró demanda contra Inficaldas, a través de la cual pretende que se le reconozca y pague las acreencias laborales que considera tiene derecho por el tiempo laborado al servicio del aeropuerto La Nubia como maletero.
 - El señor Alirdo ingresaba a laborar al aeropuerto, desde las 5 de la mañana hasta la hora del último vuelo.
 - Recibían órdenes del Administrador del aeropuerto, los fines de semana prestaban servicio de aseo y demás directrices que diera el Administrador.
 - En cuanto a la remuneración indicó que, se cobraba una tarifa a los pasajeros por el servicio de maletero, la cual era previamente fijada por Inficaldas, pago que se llevaba a la administración, el cual era recaudado por la secretaria, quien reunían todo el dinero del día y al final se dividía entre todos los maleteros.
 - La administración suministraba anualmente carné, el cual era obligatorio para poder trabajar en el aeropuerto.
- El testigo José Helver Zapata Mendieta afirmó que:
- Conoció al demandante, toda vez que también laboró en el aeropuerto La Nubia como auxiliar de equipaje desde 2002 hasta 2018, que eran alrededor de 8 personas que brindaban el servicio de maleteros.
 - El señor Alirdo ingresaba a laborar al aeropuerto, desde las 5 de la mañana hasta la hora del último vuelo y que trabajan de lunes a domingos.
 - Recibían órdenes del Administrador del aeropuerto, y que los fines de semana prestaban servicio de aseo y demás directrices que diera el Administrador.
 - En cuanto a la remuneración indicó que se cobraba una tarifa a los pasajeros por el servicio de maletero, la cual era previamente fijada por Inficaldas, dicho valor lo pagaba directamente el pasajero, inmediatamente se llevaba el dinero a la administración, el cual era recaudado por la secretaria, quien reunían todo el dinero del día y al final se dividía entre los maleteros.
 - La administración suministraba anualmente carné, el cual era obligatorio para poder trabajar en el aeropuerto, además les daban camisetas de la entidad.

- El testigo Aldemar Gutiérrez Rave afirmó que:

- Conoció al demandante, toda vez que también laboró en el aeropuerto La Nubia como auxiliar de equipaje desde 2001 hasta 2018.
- El demandante realizó la inducción al momento de ingresar a laborar el aeropuerto La Nubia en calidad de maletero.
- El señor Alirido ingresaba a laborar, desde las 5 de la mañana hasta la hora del último vuelo; era quien abría las puertas y dejaba todo listo para la llegada del primer avión y las órdenes las recibían del Administrador del aeropuerto.
- En cuanto a la remuneración indicó que, se cobraba una tarifa a los pasajeros por el servicio de maletero, la cual era fijada por Inficaldas, y lo pagaba directamente el pasajero, luego se llevaba el dinero a la administración y al final se dividía entre todos los maleteros.
- La administración suministraba anualmente carné, el cual era obligatorio para poder trabajar en el aeropuerto.

Se resalta que el apoderado de Inficaldas formuló tacha por ausencia de imparcialidad frente a los testigos Jorge William Tangarife García, José Helver Zapata Mendieta y Aldemar Gutiérrez Rave, aduciendo que tienen interés directo en el proceso, por cuanto ellos instauraron sendas demandas ante esta Jurisdicción por los mismos hechos y con las mismas pretensiones a las aquí discutidas.

Al proceder esta Sala con la verificación de la existencia de procesos con identidad fáctica y jurídica de los testigos en mención, encuentra lo siguiente:

- El señor Jorge William Tangarife García, identificado con cédula de ciudadanía número 10.278.551 adelanta un proceso en el Juzgado Octavo Administrativo de Manizales, identificado con el radicado 2018 00385, en el que el 30 de septiembre de 2022, se profirió sentencia de primera instancia.
- El señor José Helver Zapata, identificado con cédula de ciudadanía número 75.077.671 tiene un proceso que se adelanta en este Tribunal Administrativo, en el Despacho 05, bajo el radicado 2018 00508, el cual se encuentra a Despacho para dictar sentencia.
- El señor Aldemar Gutiérrez Rave, identificado con cédula de ciudadanía número 3.553.709 tenía un proceso que se adelantaba en este Tribunal Administrativo, en el Despacho 01, bajo el radicado 2018 00505, en el cual se dictó sentencia de primera instancia el 8 de febrero de 2021.

De las demandas en cada uno de los procesos mencionados, se evidencia que todas guardan identidad con las pretensiones formuladas por el señor José Alirido Escobar Marín en el presente asunto; así como los hechos narrados y las funciones que se dicen haber desarrollado. Por lo anterior, es claro que tienen un mismo interés derivados de la misma causa, pues todos fungieron como “maleteros” en el Aeropuerto La nubia.

Adicionalmente se observa que las declaraciones aquí rendidas por los testigos, respecto de la subordinación, las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se cumplieron sus funciones, así como la remuneración, son idénticas.

De lo anterior, la Sala concluye que, los señores Jorge William Tangarife García, José Helver Zapata Mendieta y Aldemar Gutiérrez Rave tienen un interés en las resultas de este proceso, encontrando en ellos parcialidad, al pretender favorecer sus propios intereses intentando acreditar mediante sus versiones, la existencia de los elementos necesarios para la declaratoria de una relación laboral; de manera que no puede darse valor a los mismos; pues ante todo, es deber del Juez, estudiar los testimonios rendidos, procurando siempre la imparcialidad y objetividad de los deponentes, aspectos que en este caso no se encuentran diáfanos de sus declaraciones.

2.4. Análisis sustancial del caso concreto

El accionante en su demanda relata que celebró un contrato de trabajo verbal con Inficaldas, vigente entre el 4 de enero de 1994 y el 7 de marzo de 2018, en virtud del cual cumplió un horario, se concertó una remuneración y realizó unas labores bajo las órdenes de la Administración del Aeropuerto La Nubia y por tanto, durante dicho tiempo adquirió la condición de funcionario de hecho.

La entidad demandada por su parte afirma que, el demandante no aportó prueba que acredite los requisitos para la configuración del funcionario de hecho, puesto que el actor no tuvo ningún tipo de vinculación con Inficaldas, no existe manual de funciones con las que se pueda constatar el cargo de maletero o equivalentes, que además dentro de la planta de personal del aeropuerto La Nubia no existe el cargo de maletero, por lo tanto dicha actividad, la ejerció el demandante por su cuenta y riesgo.

La Sala a continuación verificará, de acuerdo con el material probatorio obrante en el proceso, si se encuentran o no reunidos los requisitos decantados por el Consejo de Estado, para la configuración de la situación del “funcionario de hecho” esto es: “i) que exista el empleo dentro de la planta de personal de la entidad; ii) que las funciones sean ejercidas irregularmente; iii) que el cargo se ejerza en la misma forma y apariencia como lo hubiera desempeñado una persona designada regularmente”¹⁰.

2.4.1. Existencia del empleo dentro de la planta de personal de la entidad

De acuerdo con las pruebas relacionadas, se demostró que en la planta de personal del aeropuerto La Nubia, no se encuentra contemplado el cargo de “maletero”.

Precisamente del informe de auditoría especial realizado por el asesor de control interno Asdrúbal Montes Osorio de Inficaldas, practicado en junio de 2017, se relacionaron los cargos y funciones cumplidas por el personal de planta del aeropuerto La Nubia y se indicó que: “Se evidenció la presencia de personas que ejecutan actividades de manera informal en el aeropuerto La Nubia, como son **los maleteros** y la despachadora de taxis”.

Adicionalmente, de conformidad con el Acuerdo 039 del 13 de febrero de 2009 del Consejo Directivo de Inficaldas se identifican los cargos que hacen parte del Aeropuerto La Nubia y en él no se observa la existencia del cargo de “maletero”¹¹.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 15 de julio de 2021, Radicación número: 44001-23-33-000-2016-00091-01(5783-18)

¹¹ Pág. 1-71 AD “ACUERDO039”

Así, teniendo en cuenta que dentro de la planta de personal del aeropuerto La Nubia no está previsto el cargo de “maletero”, tampoco es posible afirmar que el demandante ejerció de forma irregular las funciones de un cargo de la planta de personal de ese aeropuerto o que se haya vinculado a un cargo sin el lleno de los requisitos.

Por tanto, teniendo en cuenta que no se reúne uno de los requisitos iniciales para la configuración de la situación del “funcionario de hecho” la Sala, conforme a las pautas señaladas por el Consejo de Estado analizará si “*el empleado ejerce funciones públicas con la anuencia y permiso de las autoridades encargadas de controlar e impedir esta clase de situaciones que permiten el ejercicio irregular de una investidura, por circunstancias de facto, no previstas en la ley, pero que, en todo caso debe ser objeto de protección en aplicación del principio constitucional de la prevalencia de la realidad frente a las formas*”¹².

2.4.2. Principio constitucional de la prevalencia de la realidad frente a las formas

El artículo 53 consagró el principio de la “*primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales*”, como aquella garantía de los trabajadores más allá de las condiciones que formalmente se hayan pactado.

La finalidad de este articulado es la de exigir al legislador la consagración uniforme en los distintos regímenes de los principios mínimos fundamentales que protegen a los trabajadores y la manera de garantizarlos, en aras de hacer efectivo el principio de igualdad ante la ley.

Desde tiempo atrás, la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.), expresamente consagró en su Preámbulo el “*reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor*” premisa que se fundamentó en el artículo 2 del Convenio 111 de la OIT¹³ al señalar que: “*todo miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva los métodos adecuados a las condiciones y a las prácticas nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto*”.

Dicho Convenio es fuente de derecho de aplicación directa en virtud del artículo 53 de la Constitución Política, al decir: “*los Convenios Internacionales del Trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna*”, cuyo contenido es norma interpretativa de los derechos constitucionales en virtud del artículo 93 de la Constitución Política.

A su turno, se encuentra que el Código Sustantivo de Trabajo en sus artículos 23 y 24 estableció los elementos para estructurar una relación laboral, así: i) La actividad personal del trabajador; ii) la continuada subordinación o dependencia “*del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al País*”; y iii) un salario como retribución del servicio.

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 15 de julio de 2021, Radicación número: 44001-23-33-000-2016-00091-01(5783-18)

¹³ Aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967

Al respecto, el H. Consejo de Estado, en sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del 09 de septiembre de 2021¹⁴ retomando los desarrollos jurisprudenciales previos sobre estos elementos los condesó bajo los siguientes parámetros:

Sobre el elemento de la prestación personal del servicio, señaló que el mismo puede ser identificado, en tanto *“Como personal natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente por este¹⁵; pues, gracias a sus capacidades o cualificaciones profesionales, fue a él a quien se eligió y no a otro; por lo que, dadas las condiciones para su ejecución, el contratista no pudo delegar el ejercicio de sus actividades en terceras personas¹⁶.”*

En lo referente a la subordinación o dependencia dicha providencia señaló una serie de situaciones indicativas de su existencia y que deben ser valoradas a la luz de cada caso particular, las mismas se sintetizan así:

*“104. i) **El lugar de trabajo.** Considerado como el sitio o espacio físico facilitado por la entidad para que el contratista lleve a cabo sus actividades. Sin embargo, ante el surgimiento de una nueva realidad laboral, fruto de las innovaciones tecnológicas, esta Sala Plena estima necesario matizar esta circunstancia, por lo que el juzgador habrá de valorarla, en cada caso concreto, atendiendo a las modalidades permitidas para los empleados de planta.*

*105. ii) **El horario de labores.** Normalmente, el establecimiento o imposición de una jornada de trabajo al contratista no implica, necesariamente, que exista subordinación laboral y, por consiguiente, que la relación contractual sea simulada. Así, ciertas actividades de la Administración (servicios de urgencia en el sector salud o vigilancia, etc.) necesariamente requieren la incorporación de jornadas laborales y de turnos para atenderlas. Por ello, si bien la exigencia del cumplimiento estricto de un horario de trabajo puede ser indicio de la existencia de una subordinación subyacente, tal circunstancia deberá ser valorada en función del objeto contractual convenido.*

*106. iii) **La dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar.** Bien sea a través de la exigencia del cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, o la imposición de reglamentos internos, o el ejercicio del poder de disciplina o del *ius variandi*, la dirección y control efectivo de las actividades del contratista constituye uno de los aspectos más relevantes para identificar la existencia o no del elemento de la subordinación. En ese sentido, lo que debe probar el demandante es su inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la entidad, de manera que demuestre que esta ejerció una influencia decisiva sobre las condiciones en que llevó a cabo el cumplimiento de su objeto contractual. Así, cualquier medio probatorio que exponga una actividad de control, vigilancia, imposición o seguimiento por parte de la entidad, que en sana crítica se aleje de un ejercicio normal de coordinación con el contratista, habrá de ser valorado como un indicio claro de subordinación.*

*107. iv) **Que las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos***

¹⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda.

¹⁵ **Cita de cita:** Código Sustantivo del Trabajo, literal b) del artículo 23: [Es uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo] «La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo».

¹⁶ **Cita de cita:** Al respecto, véase, entre otras sentencias, la del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B; de 1 de marzo de 2018; radicado 2013-00117-01 (3730-2014); C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

configurativos de la relación laboral. *El hecho de que el servicio personal contratado consista en el cumplimiento de funciones o en la realización de tareas idénticas, semejantes o equivalentes a las asignadas en forma permanente a los funcionarios o empleados de planta de la entidad, puede ser indicativo de la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente, siempre y cuando en la ejecución de esas labores confluyan todos los elementos esenciales de la relación laboral a los que se refiere el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. En ese orden de ideas, incumbe al actor demostrar, además de la prestación personal de sus servicios a cambio de una remuneración, la existencia de unas condiciones de subordinación o dependencia, en las que el representante de la entidad contratante o la persona que él designe ostentó la facultad de exigirle el cumplimiento de órdenes perentorias y de obligatoria observancia. Por consiguiente, el interesado deberá acreditar, además de la permanencia de sus servicios, que la labor desarrollada se enmarca en el objeto misional de la entidad.”*

Finalmente, sobre la existencia de remuneración por las actividades desarrolladas precisó que *“Por los servicios prestados, el presunto contratista ha debido recibir una contraprestación económica, con independencia de si la entidad contratante fue la que directamente la realizó. Lo importante aquí es el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo. En la práctica, esta retribución recibe el nombre de honorarios, los cuales pueden acreditarse a través de los recibos que, por dicho concepto, enseñen los montos que correspondan a la prestación del servicio contratado.”*

De conformidad con lo expuesto, se concluye que la denominada figura del contrato realidad en aplicación del principio de realidad sobre las formas debe ser aplicada en aquellos asuntos en que se presenten los tres elementos esenciales de la relación laboral, esto es, prestación personal, remuneración y subordinación o dependencia, aspectos que a continuación serán analizados por la Sala.

2.4.2.1. De la prestación personal

El demandante señala que fue contratado por la Inficaldas para que cumpliera en el Aeropuerto La Nubla de Manizales las siguientes labores: *a). Brindar el servicio de maletero tanto para los pasajeros que efectuaran el check in y el check out. b). Abrir la puerta de ingreso cuando llegaran los vuelos de pasajeros al Aeropuerto, c). Encender, cuidar y vigilar la cinta transportadora de equipaje para evitar el paso en la sala de espera del Aeropuerto, d). Izar las banderas del Aeropuerto y recogerlas al terminar el turno para dejarles en custodia del puesto de información, e). Realizar el aseo del Aeropuerto, f). Encender y apagar las luces de parqueadero y sala de equipajes del Aeropuerto j). Quemar la pólvora en la mañana y en la tarde, para espantar las garzas a los alrededores de la terminal aérea”. Además, debía cumplir las demás que le ordenara la Administración del Aeropuerto.*

Al respecto, según lo relató el testigo Reinel Rodríguez Arenas, quien fungió como policía en el aeropuerto desde 2006 hasta 2012, el demandante trabajó como maletero en el aeropuerto La Nubia, ingresando desde las 5 de la mañana hasta que saliera el último pasajero; sin que suministrara detalles sobre las demás labores que ejercía el actor.

En el informe de auditoría elaborado por el asesor de control interno de Inficaldas, en el que se examinó la planta de personal del aeropuerto se indicó que: *“Se evidenció la presencia*

*de personas que ejecutan actividades de manera informal en el aeropuerto La Nubia, como son los maleteros y la despachadora de taxis*¹⁷.

De acuerdo con lo anterior, puede tenerse como demostrado que el demandante prestaba el servicio de “maletero” en el Aeropuerto La Nubia.

2.4.2.2. De la remuneración

El demandante afirmó que, como remuneración se concertó como pago el salario mínimo legal mensual que sería causado de forma diaria al fin de la jornada laboral. La entidad demandada negó dicha afirmación, señalando que, nunca existió un contrato de trabajo ni relación laboral alguna.

Al respecto, el testigo Reinel Rodríguez Arenas señaló que, él veía que los pasajeros le pagaban una cuota, que correspondía a una tarifa que era fijada en una circular en la administración; que dicho pago era llevado a la administración y en horas de la tarde una persona era quien les pagaba a los maleteros, suma de dinero que dividían entre todos; sin embargo no pudo precisar el monto de dicha remuneración.

Por su parte, el demandante en su declaración señaló que, a los maleteros no les daban salarios, ni recibían remuneración por parte de Inficaldas, que el salario provenía de la propina que daban los pasajeros por cargar las maletas, y que correspondía a una tarifa que era fijada directamente por la administración.

De acuerdo con lo anterior, es claro que Inficaldas no era quien pagaba la remuneración al demandante, pues lo hacían los pasajeros que daban una propina. El hecho que la tarifa de esa propina fuera establecida por el Administrador del Aeropuerto o que ella se distribuyera con la intervención de la administración, no permite afirmar que se encuentre acreditado el pago de una remuneración por parte de Inficaldas.

Adicionalmente se tiene que, no se aportó con la demanda, ni reposan en la entidad demandada comprobantes de pago, trasferencias, consignaciones o recibos de pago que hubiesen sido realizados al demandante como contraprestación de alguna actividad realizada en el aeropuerto la Nubia de Manizales.

Así las cosas, resulta diáfano que no se demostró el pago de una remuneración por parte de Inficaldas a favor del demandante.

2.4.1. De la subordinación o dependencia en el desarrollo de las labores contratadas

A pesar de la ausencia de prueba del pago de una remuneración por parte de Inficaldas a favor del demandante, se analizará la existencia de subordinación en el desarrollo de las labores por demandante, a efectos de constatar la real existencia de una relación laboral.

Sostiene la parte actora que, cumplía sus labores en las instalaciones del Aeropuerto La Nubia; tenía un horario de trabajo; las órdenes eran recibidas directamente del administrador del aeropuerto o cualquier funcionario asignado por Inficaldas, y que además fue “carnetizado”.

¹⁷ Pág. 66-79 AD “02Cuadernos”

Al respecto solo obra como prueba válida la declaración del señor Reinel Rodríguez Arenas, quien indicó que el demandante llegaba al aeropuerto a las cinco de la mañana y permanecía hasta la salida del último vuelo, sin suministrar más detalles; señaló no constarle que el administrador le diera órdenes directas; que el demandante fue sancionado una vez por llegar tarde, con suspensión por 8 días, pero sin suministrar más detalles; y que el demandante recibía como dotación, camisetas, gorras, carretas para portar equipaje, además portaba carné de Inficaldas, el cual era obligatorio, pero sin suministrar más detalles.

Por lo tanto, ante las falencias de la referida declaración, y la inexistencia de otro medio de prueba que lo ratifique, no es posible afirmar que se encuentra acreditado que Inficaldas impuso al demandante un lugar de trabajo, o el cumplimiento de un horario, o que el administrador del aeropuerto, o algún funcionario de Inficaldas impartiera ordenes de carácter laboral al demandante.

En cuanto a la carnetización, a folio 49¹⁸ obra imagen parcial de un documento sin firma, en el que se señala que el demandante ejerce como *"AUXILIAR DE EQUIPAJE"*, que desarrolla la actividad de *"maletero"* y que se desempeña en el aeropuerto, en la zona de equipajes, hangares y parqueadero, vinculado, desde el 4 de octubre de 1994.

Así mismo a folio 51¹⁹, se observa carné en el que se identifica al demandante, como *"maletero"*, además indica en el reverso que: *"Este Carné es personal e intransferible, mientras permanezca en las instalaciones debe portarlo en un lugar visible a la altura del tórax"*, que era válido hasta el 31 de diciembre de 2016.

A folio 52, obra copia de otro carné, donde también se identifica al demandante con su nombre, se relacionó como *"EMPRESA: MALETERO"* y *"CARGO: MALETERO"*. A folio 54, se observa otro carné donde se identificaba el demandante y se señala como *"ÁREA SALA DE EQUIPAJE – HANGARES"*, fecha de expedición *12-11-2009*. A folio 55, obra carné con la identificación del demandante, y se indica que ese carné es de *"TRABAJADOR INDEPENDIENTE"*, fecha de expedición: *enero 1 de 2008*. A folio 56 obra carné con la identificación del demandante, y se indica igualmente que ese carné es de *"TRABAJADOR INDEPENDIENTE"*, fecha de expedición: *noviembre 7 de 2007*. A folio 57 se observa carné donde se señala el nombre del demandante, se indica igualmente que ese carné es de *"FODECAL"* y que tuvo cargo de *"OBRERO"*, con fecha de expedición: *1 de noviembre de 1996*. A folio 58 se observa carné donde se señala el nombre del demandante, se indica igualmente que ese carné es de empleado y que tuvo cargo de *"OBRERO"*, con fecha de expedición: *8 de mayo de 1996*, se resalta que es firmado por el gerente de Fodecal.

De acuerdo con lo anterior, encuentra la Sala que, la carnetización resulta coherente con la seguridad del aeropuerto y que su imposición era por razón de control administrativo para el ingreso a esa terminal aérea. Ello, se desprende de la declaración rendida por el señor Reinel Rodríguez Arenas, quien manifestó que dicho carné era obligatorio, pero así mismo, señaló que todas las personas que se encontraban debían portarlo, incluso aquellos que laboraban en los locales comerciales o aquellos particulares que por diversos motivos fueran a ingresar a los hangares.

¹⁸ AD "Cuadernos"

¹⁹ Ibidem

Así pues, el hecho de suministrar al demandante un carné y de exigirlo para su ingreso y permanencia en las instalaciones del aeropuerto La Nubia, no permiten inferir que por ello se estuviese ejerciendo una subordinación de carácter laboral, incluso llama la atención que en uno de dichos carnés se señale que el demandante desarrollaba sus actividades como trabajador independiente.

Por lo tanto, resulta claro que no concurren los elementos propios de una relación laboral, que permitan la aplicación del principio constitucional de la prevalencia de la realidad frente a las formas.

2.5. Conclusión

Teniendo en cuenta lo expuesto, se concluye que, el demandante no demostró que ostentara la calidad de funcionario de hecho de Inficaldas, por cuanto: i) dentro de la planta de personal del Aeropuerto La Nubia no se encuentra contemplado el cargo de “maletero” o “auxiliar de equipaje” o similar, por lo que tampoco es posible determinar que el demandante haya ejercido de forma irregular funciones de un cargo de la planta de personal de ese aeropuerto o que se haya vinculado a un cargo sin el lleno de los requisitos; ii) adicionalmente, no se demostraron todos los elementos propios de una relación laboral, que permitan la aplicación del principio constitucional de la prevalencia de la realidad frente a las formas.

Por sustracción de materia, resulta innecesario el análisis del otro problema jurídico formulado, referente al derecho al reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales.

Así las cosas, se declararán probadas las excepciones propuestas por Inficaldas y que se denominaron “No existen presupuestos jurídicos ni jurisprudenciales para que se presente la figura de funcionario de hecho” y “Cobro de lo no debido” y, como consecuencia de ello, se negarán las pretensiones de la parte demandante.

3. Costas

Con fundamento en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 365 del Código General del Proceso (CGP), no se condenará en costas la parte demandante en aplicación de un criterio objetivo valorativo, teniendo en cuenta que no se observa que se haya incurrido en gastos procesales y adicionalmente, por tratarse de un asunto de índole laboral, la condena en agencias en derecho según lo ha mencionado el Consejo de Estado, debe fijarse atendido la posición de los sujetos procesales; toda vez que, en este caso, al ser un trabajador la parte vencida, es evidente que es más vulnerable y no se evidencia mala fe en sus actuaciones .

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla

Primero: Declarar probadas las excepciones de “No existen presupuestos jurídicos ni jurisprudenciales para que se presente la figura de funcionario de hecho” y “Cobro de lo no debido”

propuestas por Inficaldas.

Segundo: **Negar** las pretensiones del demandante dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentado por el señor José Alirido Escobar Marín contra Inficaldas.

Tercero: **Sin costas** en esta instancia.

Cuarto: **Ejecutoriada** la presente providencia, **devolver** los remantes si los hubiere y **archivar** el expediente, previas las anotaciones en el sistema Justicia Siglo XXI.

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 08 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, tres (3) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación:	17001 23 33 000 2019 00422 00
Demandante:	Industria Licorera de Caldas – ILC -
Demandado:	Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF -
Providencia:	Sentencia No. 9

Pasa la Sala a proferir sentencia de primera instancia dentro del asunto de la referencia.

I. Antecedentes

Solicita la demandante las siguientes:

1. Pretensiones.

“3.1. DECLARATIVAS

3.1.1. Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la resolución N° 2337 del 07 de junio de 2019, por medio de la cual se da por terminado la solicitud de devolución de mayores valores pagados de aportes parafiscales del 3% presentada por la Industria Licorera de Caldas y se ordena el archivo del expediente.

3.1.2. Que se declare la nulidad del acto administrativo representado en el acta de verificación y liquidación de aportes N° 1201817120011 del 07 de diciembre de 2018 expedida por el Grupo Financiero del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Caldas, remitida a la ILC mediante oficio S01730 del 15 de febrero de 2019, expedida por la Coordinadora Grupo Financiero del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en razón al pago de lo no debido por parte de LA INDUSTRIA LICORERA DE CALDAS, del 3% superior en los aportes parafiscales

3.1.3. Que se declare la nulidad del oficio S01730 del 15 de febrero de 2019, expedida por la Coordinadora Grupo Financiero del Instituto

Colombiano de Bienestar Familiar, por medio del cual se remitió a la ILC el verificación y liquidación de aportes N° 1201817120011 del 07 de diciembre de 2018

3.1.4. Que se declare la nulidad del acto administrativo representado en el oficio N° S2019-130133-1700 del 07 de marzo de 2019, expedida por la Coordinadora Grupo Financiero del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

3.1.5. Que se declare la nulidad del acto administrativo representado en el oficio N° S-2019 -153735-2017 del 18 de marzo de 2019, expedida por la Coordinadora Grupo Financiero del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

3.1.6. Que se declare la nulidad del acto administrativo, representado en el oficio S-2019-179992-1700 del 29 de marzo de 2019, expedida por la Coordinadora Grupo Financiero del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

3.1.7. Que se declare que el término para solicitar la devolución de aportes parafiscales es de conformidad con el artículo 2536 del Código Civil, acorde con las normas del Estatuto Tributario y la Jurisprudencia del Consejo de Estado.

3.1.8. Que se declare que la Industria Licorera de Caldas, no estaba obligada al pago de los intereses de mora diario conforme lo dispone la Resolución 384 del 11 de febrero de 2018, emitida por el ICBF.

3.2. CONDENATORIAS.

3.2.1. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se condene a LA NACIÓN INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF-, a la devolución del pago de lo no debido por aportes del 3% realizados sobre las PRESTACIONES SOCIALES: "PRIMA DE NAVIDAD", "PRIMA LEGAL DE VACACIONES", "PRIMA EXTRALEGAL DE VACACIONES" Y "BONIFICACIÓN POR RECREACIÓN", generando un saldo a favor de la INDUSTRIA LICORERA DE CALDAS, por valor de SETENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS OCHO MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS MDA CTE. (\$73.808.556,00); y

3.2.2. Además se condene al ICBF a la devolución del Pago de lo no debido por aportes del 3% realizados, por aquellos trabajadores que individualmente considerados, devengaron menos de diez (10) salarios mínimos mensuales vigentes, estando la empresa EXONERADA de realizar dichos aportes, por su condición de sociedad contribuyente declarante del impuesto de renta y complementarios, conforme a lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 1607 de 2012, reglamentado por el artículo 8 del Decreto 862 de 2013, generando un saldo a favor de la INDUSTRIA LICORERA DE CALDAS, por valor de CIENTO OCHENTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL CIENTO NOVENTA Y PESOS MDA CTE. (\$184.256.190,00).

3.2.3. Que se condene al ICBF a la devolución del pago realizado por la Industria Licorera de Caldas, el día 01 de marzo de 2019, por concepto de intereses de mora, en la suma de dieciséis millones trescientos un mil doscientos pesos \$ 16.301.200) saldo que arrojo hasta el 27 de

febrero de 2019, luego de aplicado el pago por compensación, y conforme al acta de verificación del 07 de diciembre de 2019.

3.2.4. Que se condene al ICBF al reembolso de la suma indexada y con los intereses de mora que se causen hasta la fecha que se realice el pago.

3.2.5. Que se condene al ICBF al pago de las costas procesales”.

2. Hechos.

Los fundamentos de hecho de mayor relevancia se resumen en los siguientes:

- La industria Licorera de Caldas - en adelante ILC -, afirma que, en atención de sus obligaciones parafiscales en calidad de empleador, realizó pagos de lo no debido de las vigencias fiscales 2013 (febrero a diciembre), 2014 (enero a diciembre), 2015 (enero a diciembre) 2016 (enero a noviembre) y 2017 (enero a diciembre), al realizar contribuciones al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en adelante ICBF, del 3% sobre las prestaciones sociales, además el pago en exceso por aportes del 3% por aquellos trabajadores que, individualmente considerados, devengaron menos de diez (10) salarios mínimos mensuales vigentes.

- Que ILC, realizó pago de lo no debido por aportes del 3% realizados sobre las prestaciones sociales, prima de navidad, prima legal de vacaciones, prima extralegal de vacaciones y bonificación por recreación, generando un saldo a favor de la entidad, por \$ 73.808.556,00

- Que realizó pago de lo no debido por aportes del 3% realizados, por aquellos trabajadores que, individualmente considerados, devengaron menos de 10 salarios mínimos mensuales vigentes, estando la empresa, a su juicio, exonerada de realizar dichos aportes, por su condición de contribuyente declarante del impuesto de renta y complementarios, generando un saldo a favor de la ILC, en la suma de \$184.256.190,00

- Que para la determinación del saldo a favor de la ILC por los pagos de lo no debido, la entidad procedió al estudio de nóminas mensuales por trabajadores tomando todos los conceptos de nómina en forma independiente, para efectos de determinar el Ingreso Base de Cotización (IBC), incluyendo en éstos, los

pagos por vacaciones disfrutadas" y "vacaciones compensadas en dinero-retiro" excluyendo, los pagos por "prestaciones sociales", "incapacidades" e "indemnizaciones", las cuales, por disposición legal, no hacen parte de la nómina mensual de salarios para efectos del pago de contribuciones parafiscales.

- Que el IBC declarado en "PILA mensual", se estableció de conformidad con el IBC declarado en la Planilla de Autoliquidación de Aportes - (PILA) mensual, agrupando en forma detallada, evidenciando claramente la inclusión de las prestaciones sociales como prima de navidad, prima legal de vacaciones, prima extralegal de vacaciones y bonificación de recreación; realizando sobre éstas los pagos por aportes del 3% de manera indebida, a su juicio.

- Que se determinó del saldo a favor por pago de lo no debido "(A - B)", por pagos de aportes del 3% sobre las prestaciones sociales; prima de navidad, prima legal de vacaciones, prima extralegal de vacaciones y bonificación de recreación; que, una vez verificado que el salario devengado por el trabajador, fuera superior a los 10 SMLMV por cada año solicitado, se establecieron las prestaciones sociales sobre las cuales se realizaron aportes en exceso, originado un saldo a favor de la ILC por ese concepto.

- Que también determinó del saldo a favor por pago de lo no debido por pagos de aportes del 3% sobre el 100% del IBC tomado en PILA; pero éste fue inferior a los 10 SMLMV. Y, al calcular los IBC se excluyó del IBC declarado en la Pila, los valores por prestaciones sociales como las primas descritas anteriormente; las cuales, por disposición legal, no hacen parte del IBC de aportes

- Mediante escrito del 22 de febrero de 2018, la ILC, solicitó al ICBF la devolución del saldo a favor por pago de lo no debido en la suma de \$ 258.064.746, realizados a través de autoliquidaciones de aportes -PILAS-, por las fiscales 2013 (febrero a diciembre), 2014 (enero a diciembre), 2015 (enero a diciembre) 2016 (enero a noviembre) y 2017 (enero a diciembre).

- Que por oficio S-2018-263274-1700 del 10 de mayo de 2018, el ICBF informó que se había iniciado un proceso de verificación con una reunión realizada el día 8 de marzo de 2018 a la cual asistieron ICBF, SENA Y CONFA, solicitando

documentación a la ILC, e indicando que la devolución estaría sujeta a los términos de la Resolución interna N° 0575 de enero de 2016; presentando la ILC el 23 de julio de 2018 al ICBF la solicitud de la devolución por \$101.734.600, correspondiente a los aportes parafiscales de febrero a diciembre de 2016 y de enero a diciembre de 2017.

- Que el oficio N° S-2018-505242-1700 del 30 de agosto de 2018, el ICBF informó que, la solicitud de devolución fue remitida a la Sede Central de acuerdo a decisión de la directora regional; y, en acta de verificación del 23 de julio de 2018 se advierte un saldo a favor de la ILC por mayores aportes pagados de \$101.734.600 y un saldo a favor del ICBF de \$1.358.500 y con intereses ascendía a la suma de \$2.092.900, lo que equivalía a un saldo a favor de la ILC después de ser compensado de \$99.641.700.

- Que mediante oficio de 24 de octubre de 2018 se itera al ICBF dar respuesta a la solicitud de devolución presentada en julio de 2018; solicitando nuevamente el 2 de noviembre de 2019, una nueva reunión para revisar los valores; llevándose a cabo una reunión el día 7 de noviembre de 2018 en la cual se suscribió un acta, y se solicitó nuevamente la devolución del saldo a favor de la ILC.

- Que se indicó mediante oficio N° S-2018-718163-0101 de 4 de diciembre de 2018 que el acta de verificación no es un acto definitivo, pues sólo decide de fondo la solicitud de devolución es una resolución motivada, y que se atiende al concepto de la oficina jurídica. Y, el ICBF expide el Acta de verificación N° 1201817120011 de 07 de diciembre de 2018, la cual, dice, sustituía el acta N° 1201817070008 del 23 de julio de 2018.

- El oficio S-2019-040310-1700 del 25 de enero de 2019, el ICBF, cita a la ILC para firma acta de verificación N° 1201817120011 del 7 de diciembre de 2018, proceso de devolución de mayores valores pagados, manifestando por demás que esta acta sustituye el acta N° 1201817070008 del 23 de julio de 2018; y, en reunión del 12 de febrero de 2019, un funcionario del ICBF expone el contenido del acta de verificación del 7 de diciembre de 2018, el cual no fue aceptado por la ILC, al haber modificado el contenido del acta del 23 de julio de 2018, sin ningún fundamento legal.

- Por oficio S-01730 del 15 de febrero de 2019, el ICBF remite el acta de verificación y liquidación N° 1201817120011 del 01 de diciembre de 2018, indicando la existencia de una deuda a favor del ICBF por concepto de factores salariales de algunos trabajadores que Individualmente considerados devengan 10 o más SMMLV, detallando los periodos y valores; y sostiene que, el ICBF solo tiene en cuenta en el acta de verificación del 07 de diciembre de 2018, los años 2016 y 2017, aplicando una prescripción de dos años.

- Que se dieron varias solicitudes y respuestas entre la ILCA y el ICBF con el fin de solicitar la devolución del pago de lo no debido, y explicaciones del procedimiento operativo adelantado para determinar el beneficio de exoneración de aportes, y los conceptos de nómina en que se fundan las obligaciones del ICBF.

- La ILC emitió certificado de disponibilidad presupuestal el 27 de febrero de 2019 por la suma de \$16.301.200 27; y el 01 de marzo de 2019, la ILC realizó transferencia electrónica en la suma de \$16.301.200 a la cuenta corriente del Banco Davivienda a nombre del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, enviando el comprobante de pago

- Que la ILC solicitó al ICBF los nombres de empleados que hubieran devengado 10 o más SMLMV, indicándose en su respuesta el procedimiento que utilizó y los factores tenidos en cuenta para la liquidación, los factores que se tuvieron en cuenta entre otras.

- Que nuevamente mediante oficio N° S-06222 del 07 de junio de 2019, el ICBF, solicita a la ILC presentarse para notificación personal de la Resolución 2337 del 07 de junio de 2019, por la cual se da por terminado la solicitud de devolución de mayores valores pagados de aportes parafiscales del 3% presentada por la Industria Licorera de Caldas y se ordena el archivo del expediente; procediendo a esta notificación el día 12 de junio de 2019.

3. Normas violadas y concepto de violación.

Refiere el apoderado de la demandante como normas vulneradas las siguientes:

Constitución Política: artículos 2, 13 y 29

Código Penal: artículos 6, 83 y 209.

CPACA 137 y 139

Ley 21 de 1992 artículo 17

Ley 344 de 1996 artículo 17

Ley 1607 reglamentada por el artículo 8 del Decreto 862 de 2013, artículo 15

Ley 1819 de 2016 artículo 65

Discute el demandante el desconocimiento de los principios y normas constitucionales, y que, la aplicación del concepto número 11 de 2016 emitido por la Oficina Jurídica sede nacional del ICBF que establece la forma de liquidación de los parafiscales, resulta ser contraria a la normativa vigente y aplicable con relación a lo que constituye salario y factores de prestaciones que deben tenerse en cuenta, constituyendo ello en vulneración a los principios de la función pública y la buena fe que debe observar un servidor público; extra limitando por demás las funciones, poniendo por encima un concepto interno a la ley.

Afirma que la ILC debe calcular el IBC teniendo en cuenta el concepto de nómina mensual de salarios dispuesta en el artículo 17 de la ley 21 de 1982, y que, la ley laboral es la que define que elementos integran el salario para efectos de determinar la base de liquidación de aportes parafiscales; excluyendo cualquier fuente distinta a la legal para tal determinación, como el caso de las primas de navidad, de vacaciones, extralegal de vacaciones y bonificación por recreación reguladas en los decretos 1045 de 1978, 1919 de 2002 y 25 de 1995.

Dice que para efectos parafiscales de las entidades públicas como la ILC, debe mirarse la definición de nómina mensual, y transcribe apartes jurisprudenciales, sosteniendo que, las primas de navidad y de vacaciones tienen carácter prestacional y no se consideran elementos constitutivos de salario, además que no son sumas que se reconozcan habitual y periódicamente; y que, para la liquidación de aportes parafiscales por parte de la ILC, ésta debe tener cuenta los factores que habitual y periódicamente deben recibir los empleados, sin que deban tenerse en cuenta las primas en mención.

Frente a la bonificación de recreación, sostiene que la ILC realizó pagos del 3% solo en los meses del año 2017, y que, en los años 2013 a 2016, no fue tomado como factor para calcular el IBC de aportes.

De las primas de navidad y extralegal de vacaciones, expone que la ILC hace ese reconocimiento por un pacto con sus trabajadores, y solo serían factor salarial únicamente para la liquidación de prestaciones sociales de cesantías y pensiones; por lo que, las prestaciones sociales extra legales reconocidas a los trabajadores oficiales con vínculo laboral vigente al 30 de agosto de 1998 mediante convención colectiva, son factores salariales solamente para cesantías y pensiones, sin que puedan ser extendidas para otros efectos como el pago de parafiscales.

Y, finamente con relación a la prima de servicios legal y extralegal, expone que, tampoco constituye factor salarial, y que, en la liquidación realizada por el ICBF contenida en el acta de verificación del 7 de diciembre de 2018, se evidencia que se tuvieron en cuenta para la liquidación de prestaciones, basando sus decisiones en un concepto emitido por la oficina jurídica desconociendo la normativa vigente.

4. Contestación de la demanda. (FIs. 192 a 203 C. 1)

El demandado Instituto Colombiano de Bienestar Familiar contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma, por estar acorde con la normativa aplicable y reglamentación interna, resolución 0575 de 2016, y los lineamientos establecidos por el ICBF para el procedimiento interno de devoluciones de mayores valores pagados por aportes parafiscales al ICBF a través de la PILA; y afirma que existía un impedimento legal para tramitar favorablemente la totalidad de la solicitud de devolución efectuada por la demandante, pues la petición resultaba extemporánea frente a las vigencias 2013, 2014 y 2015, pues su formulación superó el término de dos años, como lo dice la norma aplicable.

Dice que el ICBF agotó con rigor financiero y jurídico el procedimiento interno establecido para las devoluciones y compensaciones, por lo que, se revisaron los periodos correspondientes a los 2 años anteriores a la fecha de pago, esto

es, 2016 y 2017, actuación que fue debidamente comunicada a la empresa solicitante.

Cita la diferencia de conceptos de lo devengado y el ingreso base de cotización, pues lo devengado, según el concepto número 11 de 2016 del ICBF se ajustaba a los lineamientos legales; y que, en la verificación realizada por el ICBF regional Caldas se fundó en el contenido de éste, que es de obligatorio cumplimiento, y explica cuando hay exoneración de pago de aportes parafiscales en 3% con destino al ICBF, señalando entre otros que, los elementos integrantes del salario en términos de ley laboral, y que entiende por nómina mensual de salarios la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la ley laboral, cualquiera que sea su denominación, y además de, verificados por descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales.

Frente a la prima de vacaciones y vacaciones, dice que, a partir de la diferencia entre prestación social y salario, las vacaciones por ser parte de un descanso remunerado, se tienen como factor para la liquidación de parafiscales, y que, la prima de vacaciones, pese a ser una prestación que existe para el disfrute de las vacaciones de los servidores públicos, también constituyen pago por un descanso remunerado, razón por la cual, se deben tener en cuenta para el cálculo de aportes parafiscales y transcribe el concepto.

Formula como única excepción la improcedencia de devolución del pago en exceso por extemporaneidad de la solicitud.

5. Alegatos de conclusión

- Demandado ICBF (Documento 13 expediente digital).

El demandado ICBF presentó escrito de alegatos reiterando parte de lo manifestado en la contestación de la demanda; y, sostiene que, el acta de verificación no es un acto definitivo, por lo que no es viable declarar su nulidad, y que, las modificaciones que sufrió fueron analizadas, evaluadas y aprobadas por el Comité institucional, cumpliendo así con los requisitos internos para modificar actas de verificación de liquidación y pago de aportes parafiscales.

Que el acta de verificación y liquidación de aportes Nro. 1201817120011 fue una disposición instrumental, generada a partir de la revisión conjunta con la información suministrada por el aportante, que permitió desarrollar en detalle los objetivos de la administración y forma parte de una serie de actividades unidas y coherentes para la formación del acto definitivo; y que, el hecho de que el acta número I201817070008 del 23 de Julio del año 2018, pudo ser sustituida en su totalidad por una nueva, acta de verificación No. I201817120011 de 07 de diciembre del año 2018, lo que ratifica que, las actas de verificación y liquidación de aportes es un acto de trámite, puro y simple.

Se pronuncia frente al término para solicitar la devolución de aportes, y que, de acuerdo al artículo 854 del Estatuto Tributario el término para la solicitud de devolución de impuestos deberá presentarse a más tardar dos años después de la fecha de vencimiento del término para declarar, es decir se refiere a los saldos a favor contenidos dentro de una declaración tributaria; y por ello, la Dirección General del ICBF expidió la Resolución 575 de 2016 *“Por la cual se establecen los lineamientos para efectuar el control de la adecuada, completa y oportuna liquidación de los contribuciones parafiscales a favor del ICBF por parte de los aportantes y una adecuada colaboración interinstitucional con la UGPP”*, la cual es aplicable al caso bajo examen.

Refiere que la resolución 575 fue publicada en el Diario Oficial No. 49778 del 6 de febrero de 2016, es un acto general de público conocimiento para todos los usuarios internos y externos del ICBF; y que, en su artículo 15, estableció un término de 2 años para solicitar la devolución de mayores valores cancelados por concepto de aportes parafiscales; y, en este caso la ILC solicitó la devolución de mayores valores pagados de lo no debido de las siguientes vigencias fiscales al realizar contribuciones al ICBF del 3% sobre las prestaciones sociales; adicionalmente, solicitó la devolución del pago en exceso por aportes del 3% por aquellos trabajadores que, individualmente considerados, devengaron menos de 10 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Dice que en el Acta de reunión No.1 de solicitud de devolución de mayor valor, que se elaboró en la sesión llevada a cabo el día 08 de marzo de 2018, se le informó y aclaró a la persona autorizada para tramitar la solicitud de devolución por parte de la ILC, que el ICBF orientaría el proceso de revisión y

verificación únicamente sobre los períodos comprendidos entre febrero de 2016 a diciembre de 2017, por cuanto la petición relacionada con las vigencias anteriores era extemporánea.

Que en sesión del Comité Regional de seguimiento a la completa y oportuna liquidación cobro y administración del aporte parafiscal 3% realizada el día 23 de enero de 2019, se expone que el procedimiento se agotó conforme a las instrucciones y el concepto jurídico emitido por la Oficina Asesora Jurídica - concepto No.11 de 2016, tomándose el total de lo devengado, para lo cual el empleador está en la obligación de realizar aportes parafiscales 3% con destino al ICBF por aquellos trabajadores que devenguen 10 o más SMMLV, y a partir de ello, se debe tomar todos los conceptos devengados que se encuentran en las nóminas aportadas por la empresa que permiten determinar cuáles trabajadores devengan 10 o más SMMLV por todo concepto de ingresos y después de depurar los conceptos que constituyen salario se debe calcular el ingreso base de cotización (IBC), con el cual se liquida el aporte parafiscal del 3%.

- **Alegatos parte demandante (Documento 15 expediente digital)**

Reitera en su totalidad los argumentos presentados en la demanda; y dice que los actos administrativos contenidos en el acta de verificación y liquidación de aportes número 1201817120011 de 7 de diciembre de 2018, y los oficios S01760 de 15 de febrero de 2019, S2019-130133-1700 de 7 de marzo de 2019, S-2019-153735-2017 de 18 de marzo de 2019 y S-2019-179992-1700 de 29 de marzo de 2019, proferidos por el ICBF, son actos administrativos demandables ante la jurisdicción contencioso administrativa, toda vez que los mismos no solo liquidaron los aportes, sino que además resolvieron peticiones presentadas por la Industria Licorera de Caldas, en cuanto a la devolución de mayores aportes parafiscales pagados y fueron sustentados dando aplicación a conceptos emitidos por la Oficina Asesora Jurídica del ICBF; por lo que, al no acceder a las peticiones presentadas por la ILC, las respuestas dadas produjeron un efecto jurídico negando el derecho reclamado.

Señala que la resolución N° S-06222 del 07 de junio de 2019, únicamente dio por terminado la solicitud de devolución de mayores valores pagados de aportes parafiscales del 3% presentada por la Industria Licorera de Caldas y se ordenó el archivo del expediente, sin realizar ningún tipo de

pronunciamiento; y que, desde la presentación de la demanda sostiene que, desde la presentación de la demanda, y durante el desarrollo del proceso, la Industria Licorera de Caldas, ha insistido que el término de prescripción para solicitar la devolución de mayores valores pagados por concepto de contribuciones parafiscales a favor del ICBF es de 5 años, contados a partir de la fecha de haber realizado el pago; y que, la ILC mediante escrito radicado ante el ICBF el 22 de febrero de 2018, solicitó la devolución de los dineros pagados en forma indebida y en exceso, por concepto de aportes del 3% al ICBF, por las vigencias fiscales 2013, 2014, 2015, 2016 y 2017, ello dentro de los 5 años siguientes al pago de los mismos; aplicándose el término legal de prescripción contenido en el artículo 2536 del Código Civil, el cual no puede ser desconocido por el ICBF.

Dice que, el procedimiento legal para determinar el ingreso base de cotización de la contribución parafiscal a cargo de la ILC a favor del ICBF, tienen su fundamento legal en el artículo 1º de la Ley 89 del 29 de diciembre de 1988 y artículo 17 de la Ley 21 del 22 de enero de 1982, tanto para empleadores del sector privado y público, el cual debe liquidarse sobre la nómina mensual de salarios, en donde se excluyen las prestaciones sociales e indemnizaciones; y que, los factores salariales a tener en cuenta al momento de determinar el “ingreso base de cotización”, al ICBF, son aquellos conceptos que por su naturaleza jurídica son el propio de las prestaciones sociales, bien sea legales o extralegales acordadas estas últimas en la Convención Colectiva de Trabajo, sobre las cuales, por disposición expresa de la Ley 21 de 1982, no se realizan aportes, y en caso de hacerlos, se configura el pago de lo no debido, como ocurrió en el presente caso:

6. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público no rindió concepto como dice la constancia secretarial del 25 de noviembre de 2021, que se encuentra en el documento 16 del expediente digital.

II. Consideraciones de la Sala

1. Problemas jurídicos a resolver:

El problema jurídico general se contrae a establecer de acuerdo a la discusión central en el presente asunto es si, hay o no lugar a la declaratoria de nulidad de los actos demandados, para lo cual es necesario resolver a su vez, los siguientes:

- ¿El acta de verificación y liquidación de aportes número 1201817120011 de 7 de diciembre de 2018, y los oficios S01730 de 15 de febrero de 2019, S2019-130133-1700 de 7 de marzo de 2019, S-2019-153735-2017 de 18 de marzo de 2019 y S-2019-179992-1700 de 29 de marzo de 2019, y la resolución número 2337 de 7 de junio de 2019, proferidos por el ICBF, son actos administrativos demandables ante esta jurisdicción?
- ¿Cuál es el término legal para solicitar la devolución de mayores valores pagados por concepto de contribuciones parafiscales a favor del ICBF?
- ¿Cuáles son los factores salariales para determinar dicho ingreso base de cotización, en el presente asunto?
- ¿La ILC debía o no pagar aportes parafiscales al ICBF por los empleados que devengaran menos de 10 salarios mínimos mensuales vigentes?
- **Análisis normativo**

De las normas que el demandante menciona como vulneradas, se citan las siguientes por ser de mayor relevancia para el estudio inicial del fondo del asunto, normas del estatuto tributario vigente al momento de para los años 2013 a 2017.

El artículo 17 de la Ley 21 de 1982 por la cual se modifica el régimen del Subsidio Familiar y se dictan otras disposiciones dispone:

“Para efectos de la liquidación de los aportes al Régimen del Subsidio Familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), Escuela Superior de Administración (ESAP), Escuelas Industriales e Institutos Técnicos, se entiende por nómina mensual de salarios la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la Ley Laboral, cualquiera que sea su denominación y además, los verificados por descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales.”

Los pagos hechos en moneda extranjera; deberán incluirse en la respectiva nómina, liquidados al tipo de cambio oficial y vigente el último día del mes al cual corresponde el pago.”

El artículo 17 de la Ley 344 de 1996, por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones contempla:

“Por efecto de lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, se entiende que los acuerdos entre empleadores y trabajadores sobre los pagos que no constituyen salario y los pagos por auxilio de transporte no hacen parte de la base para liquidar los aportes con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, Régimen del Subsidio Familiar y contribuciones a la seguridad social establecidas por la Ley 100 de 1993.

Las Entidades Públicas que vienen atendiendo en forma directa y por convención colectiva el pago del subsidio familiar, podrán seguirlo haciendo de esa forma, sin que sea obligatorio hacerlo a través de una Caja de Compensación Familiar. En los términos del presente artículo se entiende cumplida por las Entidades Públicas aquí mencionadas la obligación prevista en el artículo 15 de la Ley 21 de 1982.”

El artículo 25 de la ley 1607 de 2012, por la cual se expiden normas en materia tributaria, fue derogado por el artículo 376 de la ley 1819 de 29 de diciembre de 2016, y el texto anterior decía:

“ARTÍCULO 25. A partir del momento en que el Gobierno Nacional implemente el sistema de retenciones en la fuente para el recaudo del Impuesto sobre la Renta para la Equidad (CREE) , y en todo caso antes del 1o de julio de 2013, estarán exoneradas del pago de los aportes parafiscales a favor del Servicio Nacional del Aprendizaje (SENA) y del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), las sociedades y personas jurídicas y asimiladas contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta y complementarios, correspondientes a los trabajadores que devenguen, individualmente considerados, hasta diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Así mismo las personas naturales empleadoras estarán exoneradas de la obligación de pago de los aportes parafiscales al SENA, al ICBF y al Sistema de Seguridad Social en Salud por los empleados que devenguen menos de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Lo anterior no aplicará para personas naturales que empleen menos de dos trabajadores, los cuales seguirán obligados a efectuar los aportes de que trata este inciso.

Los consorcios y uniones temporales empleadores en los cuales la totalidad de sus miembros estén exonerados del pago de los aportes parafiscales a favor del Servicio Nacional de Aprendizaje (Sena) y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) de acuerdo con los incisos anteriores y estén exonerados del pago de los aportes al

Sistema de Seguridad Social en salud de acuerdo con el inciso anterior o con el párrafo 4o del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, estarán exonerados del pago de los aportes parafiscales a favor del Sena y el ICBF y al Sistema de Seguridad Social en Salud correspondientes a los trabajadores que devenguen, individualmente considerados, hasta diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Parágrafo 1o. Los empleadores de trabajadores que devenguen más de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sean o no sujetos pasivos del Impuesto sobre la Renta para la Equidad (CREE), seguirán obligados a realizar los aportes parafiscales y las cotizaciones de que tratan los artículos 202 y 204 de la Ley 100 de 1993 y los pertinentes de la Ley 1122 de 2007, el artículo 7o de la Ley 21 de 1982, los artículos 2o y 3o de la Ley 27 de 1974 y el artículo 1o de la Ley 89 de 1988, y de acuerdo con los requisitos y condiciones establecidos en las normas aplicables.

Parágrafo 2o. Las entidades sin ánimo de lucro no serán sujetos pasivos del Impuesto sobre la Renta para la Equidad (CREE), y seguirán obligados a realizar los aportes parafiscales y las cotizaciones de que tratan los artículos 202 y 204 de la Ley 100 de 1993 y las pertinentes de la Ley 1122 de 2007, el artículo 7o de la Ley 21 de 1982, los artículos 2o y 3o de la Ley 27 de 1974 y el artículo 1o de la Ley 89 de 1988, y de acuerdo con los requisitos y condiciones establecidos en las normas aplicables.”

Y, el artículo 65 de la ley 1819 de 2016, por la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones.

"Artículo 65. *Adiciónese el artículo 114-1 del Estatuto Tributario el cual quedará así:*

Artículo 114-1. Exoneración de aportes. *Estarán exoneradas del pago de los aportes parafiscales a favor del Servicio Nacional del Aprendizaje (SENA), del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y las cotizaciones al Régimen Contributivo de Salud, las sociedades y personas jurídicas y asimiladas contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta y complementarios, correspondientes a los trabajadores que devenguen, individualmente considerados, menos de diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes.*

Así mismo las personas naturales empleadoras estarán exoneradas de la obligación de pago de los aportes parafiscales al SENA, al ICBF y al Sistema de Seguridad Social en Salud por los empleados que devenguen menos de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Lo anterior no aplicará para personas naturales que empleen menos de dos trabajadores, los cuales seguirán obligados a efectuar los aportes de que trata este inciso.

Los consorcios, uniones temporales y patrimonios autónomos empleadores en los cuales la totalidad de sus miembros estén exonerados del pago de los aportes parafiscales a favor del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) de acuerdo con los incisos anteriores y estén exonerados del pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social en salud de acuerdo con el inciso anterior o con el párrafo 4o del

artículo 204 de la Ley 100 de 1993, estarán exonerados del pago de los aportes parafiscales a favor del Sena y el ICBF y al Sistema de Seguridad Social en Salud correspondientes a los trabajadores que devenguen, individualmente considerados, menos de diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Parágrafo 1o. *Los empleadores de trabajadores que devenguen diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes o más, sean o no sujetos pasivos del Impuesto sobre la Renta y Complementarios seguirán obligados a realizar los aportes parafiscales y las cotizaciones de que tratan los artículos 202 y 204 de la Ley 100 de 1993 y los pertinentes de la Ley 1122 de 2007, el artículo 7o de la Ley 21 de 1982, los artículos 2o y 3o de la Ley 27 de 1974 y el artículo 1o de la Ley 89 de 1988, y de acuerdo con los requisitos y condiciones establecidos en las normas aplicables.*

Parágrafo 2o.

Las entidades calificadas en el Régimen Tributario Especial estarán obligadas a realizar los aportes parafiscales y las cotizaciones de que tratan los artículos 202 y 204 de la Ley 100 de 1993 y las pertinentes de la Ley 1122 de 2007, el artículo 7o de la Ley 21 de 1982, los artículos 2o y 3o de la Ley 27 de 1974 y el artículo 1o de la Ley 89 de 1988, y de acuerdo con los requisitos y condiciones establecidos en las normas aplicables.

Parágrafo 3o. *Los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios, que liquiden el impuesto a la tarifa prevista en el inciso 1o del artículo 240-1 tendrán derecho a la exoneración de que trata este artículo.*

Parágrafo 4o. *Los contribuyentes que tengan rentas gravadas a cualquiera de las tarifas de que tratan los parágrafos 1o, 2o, 3o y 4o del artículo 240 del Estatuto Tributario, y el inciso 1o del artículo 240-1 del Estatuto Tributario, tendrán derecho a la exoneración de aportes de que trata este artículo siempre que liquiden el impuesto a las tarifas previstas en las normas citadas. Lo anterior sin perjuicio de lo previsto en el parágrafo 3o del artículo 240-1.*

Parágrafo 5o. *Las Instituciones de Educación Superior públicas no están obligadas a efectuar aportes para el Servicio Nacional de Aprendizaje.”*

3. ¿El acta de verificación y liquidación de aportes número 1201817120011 de 7 de diciembre de 2018, y los oficios S01730 de 15 de febrero de 2019, S2019-130133-1700 de 7 de marzo de 2019, S-2019-153735-2017 de 18 de marzo de 2019 y S-2019-179992-1700 de 29 de marzo de 2019, y la resolución número 2337 de 7 de junio de 2019, proferidos por el ICBF, son actos administrativos demandables ante esta jurisdicción?

Lo primero que se hace necesario es, determinar por parte de esta Sala de Decisión, si todos los actos de los cuales se solicitó la declaratoria de nulidad, realmente son demandables en esta jurisdicción, para lo cual se hace un

breve recuento de su identificación y el contenido de los mismos de la siguiente manera:

- Acta de verificación y liquidación de aportes número 1201817120011 de 7 de diciembre de 2018 (Fls. 90 a 93 C. 1):

Documento que tiene la identificación de las partes que la suscriben, dice que con ella se verifica la exactitud y consistencia en el pago de aportes del 3% a favor del ICBF, cuyo origen es la solicitud de devolución de mayor valor; y, tiene un listado de 14 documentos, señalando si reposan o no en la revisión; transcribe un concepto técnico del ICBF; concluye que la ILC realiza sus aportes parafiscales sobre las bases salariales de sueldo, horas extras, vacaciones y bonificación, y que, no realiza respecto de las primas extralegales por estar pactadas en convención colectiva.

Dice el resultado de la verificación que arroja como valor a pagar al ICBF la suma de \$38.044.300 y como saldo a favor de la ILC en la suma de \$46.992.000; y expresamente dice que, ese saldo a favor corresponde a los mayores valores pagados por aportes parafiscales del 3% con destino al ICBF, por pagos de lo debido de algunos trabajadores por concepto de prima de navidad, prima legal y extra legal de vacaciones y bonificación por recreación correspondiente a los periodos de agosto, noviembre y diciembre de 2016, y de julio a diciembre de 2017; encontrando a su vez que, la ILC no realizó los aportes correspondiente al 3% con destino al ICBF por valor de \$38.044.300 por algunos trabajadores que devengaban 10 o más SMLMV en los periodos de febrero a julio, septiembre, y octubre del año 2016 y, de enero a junio de 2017, más los intereses de mora, atendiendo todo a \$60.924.300; dejando presente que la empresa puede presentar solicitud de compensación de valores.

En el numeral 3 del acta, titulada comunicación al aportante, se dice entre otros que, contra esa acta no procede recurso alguno, por ser un acto administrativo de trámite y preparatorio.

- Oficio S01730 de 15 de febrero de 2019 (Fls. 87 a 90 C. 1)

Dirigido al gerente de la ICBF por la Coordinadora del grupo financiero en la cual remiten el acta de verificación y liquidación del 7 de diciembre de 2018, y que contiene un resumen del acta que se relaciona previamente; reitera la

posibilidad solicitar la compensación, e invita a la normalización del pago, y relaciona la liquidación de intereses moratorios a favor del ICBF.

- Oficio S2019-130133-1700 de 7 de marzo de 2019 (Fls. 112 a 115 C. 1)

Enviado a la gerente (E) de la ILC por el ICBF, dando respuesta a la solicitud de devolución de pagos de lo no debido de 22 de febrero de 2019 en el que se explica cómo fue el procedimiento adelantado por el ICBF para determinar el beneficio de exoneración de aportes al ICBF, y los conceptos de nómina y la forma de establecer el total devengado, concluyéndose que, el procedimiento de verificación de la liquidación de aportes para fiscales del 3% a favor del ICBF estuvo acorde con la normativa vigente.

- Oficio S-2019-153735-2017 de 18 de marzo de 2019 (Fls. 116 a 118 C. 1)

Enviado al gerente de la ILC por el ICBF, dando respuesta a petición de 4 de marzo de 2019, y se explica nuevamente el procedimiento adelantado por el ICBF para determinar el beneficio de exoneración de aportes al ICBF, la fórmula que se tuvo en cuenta para la liquidación, los nombres de los trabajadores, valores y factores aplicados a cada uno, y, periodos que se contemplaron.

- Oficio S-2019-179992-1700 de 29 de marzo de 2019, proferidos por el ICBF (Fls. 119 y 120 C. 1) enviado al gerente de la ILC por el ICBF, dando respuesta a petición de 21 de marzo de 2019, en la cual se reitera la información suministrada en el oficio S-2019-153735-2017 de 18 de marzo de 2019.

- Resolución número 2337 de 7 de junio de 2019 (Fls 52 y 53 C. 1)

La resolución en mención declara terminada y extinguida la obligación por pago total en el Proceso de Fiscalización y Cobro a la Industria Licorera de Caldas, termina la solicitud de devolución de mayores valores pagados de aportes parafiscales del 3% presentada por la ILC; notifica la decisión y archiva el expediente.

En sus consideraciones acepta que existía un saldo a favor de la ILC por mayores valores pagados de aportes parafiscales del 3% con destino al ICBF por \$46.992.000 por pago de lo no debido de trabajadores por concepto de prima de navidad, prima legal y extra legal de vacaciones, bonificación por

recreación de los periodos agosto, noviembre y diciembre de 2016 y, de julio a diciembre de 2017; y la vez, consigna que la ILC no realizó aportes del 3% con destino al ICBF por valor de \$38.044.300 por factores salariales de algunos trabajadores que individualmente considerados devengaron 10 o más SMLMV correspondiente a los periodos de febrero a julio, septiembre y octubre de 2016, y enero a junio de 2017, más los intereses a favor del ICBF, que son \$22.880.000, para un total de \$60.924.300.

Deja presente que, la ILC el 27 de febrero de 2019, solicitó por escrito compensación de aportes dentro del proceso de devolución de saldo a favor, y que el 4 de marzo del mismo año, consignó la suma de \$16.301.200 por el valor de lo adeudado al ICBF por intereses de mora.

Una vez estudiados los actos demandados, para esta Sala no hay duda que, el único acto demandable ante esta jurisdicción es la resolución número 2337 de 7 de junio de 2019, por ser el acto definitivo que da por terminado el proceso de devolución de mayores valores, considerando los demás, como actos de mero trámite que se dieron dentro de la controversia de solicitud de devolución de aportes, originados en reunión de verificación de la exactitud de aportes, y con ocasión a los múltiples derechos de petición solicitando la devolución de aportes, culminando el proceso con la resolución en mención, que da por terminado la solicitud, extingue la obligación y ordena el archivo.

También debe decirse que, la misma acta de verificación y liquidación de 7 de diciembre de 2018, dice expresamente que es un acto de trámite y que, por eso, contra ella no procede recurso alguno; lo cual se confirma de la lectura del artículo 34 de la ley 1437 de 2011 que contempla que son actos administrativos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar su actuación; y, en este caso, el acto que termina el asunto, y que hace imposible continuar con la actuación es la resolución 2337 de 2019.

Lo mencionado se encuentra respaldado en lo dispuesto por el Consejo de Estado¹, que ha sostenido:

1 Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia de 27 de mayo de 2021. CP. Dra. Myriam Stella Gutiérrez Argüello. Rad. 76001-23-33-000-2014-00359-01(24148).

“(…) Lo anterior porque, según el artículo 43 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), los actos definitivos susceptibles de ser demandados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo son “los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación”.

Sobre el particular esta Sala ha manifestado que son los actos definitivos los que generan efectos jurídicos y, por tanto, son susceptibles de control judicial con las decisiones que los modifican o confirman. En consecuencia, los “actos preparatorios, de trámite y de ejecución que, como tales, se limitan a preparar, impulsar la actuación administrativa, o dar cumplimiento a la decisión, no son demandables” a menos que los actos de trámite impidan que se continúe la actuación, situación que no se presenta en el presente caso, puesto que la Administración profirió la liquidación oficial y el acto que la confirmó, los cuales también fueron demandados. (…)”

Por lo considerado el único acto objeto de estudio será entonces, la resolución 2337 de 7 de junio de 2019.

4. ¿Cuál es el término legal para solicitar la devolución de mayores valores pagados por concepto de contribuciones parafiscales a favor del ICBF?

Para despejar este problema jurídico es necesario dejar presente que, si bien en las pretensiones condenatorias de la demanda no se precisan los años sobre los cuales está reclamando la devolución de las sumas de dinero descritas, en la actuación administrativa y en la resolución demandada es claro que los años por los cuales se reclaman son 2013 a 2017; y, en los alegatos de conclusión controvierte que el ICBF precisa que el término para solicitar la devolución de sumas pagadas de más, es de dos años según la resolución 575 del año 2017 proferida por esta entidad, en consonancia con el artículo 854 del Estatuto Tributario, entre tanto, la ILC considera que el término es de 5 años aplicando la prescripción extintiva general del artículo 2536 del código civil.

El artículo 15 de la resolución 575 de 2016, por la cual se establecen los lineamientos para efectuar el control de la adecuada, completa y oportuna liquidación de las contribuciones parafiscales a favor del ICBF por parte de los aportantes y una adecuada colaboración interinstitucional con la UGPP contempla:

“Para dar trámite a las reclamaciones de los aportantes por mayores valores pagados por concepto de aportes parafiscales del 3% con destino al ICBF, debe mediar solicitud escrita del aportante ante la Dirección Regional donde el aportante tenga el domicilio principal, esta debe contener el valor y el periodo solicitado en devolución, adjuntando los documentos solicitados en el art. 13 que permitan comprobar el mayor valor pagado, dentro del término de dos (2) años contados a partir del momento en que realizó el pago por mayor valor.”

A su vez, el artículo 854 del Estatuto Tributario dispone:

“La solicitud de devolución de impuestos deberá presentarse a más tardar dos años después de la fecha de vencimiento del término para declarar.

Cuando el saldo a favor de las declaraciones del impuesto sobre la renta y complementarios o sobre las ventas, haya sido modificado mediante una liquidación oficial y no se hubiere efectuado la devolución, la parte rechazada no podrá solicitarse, aunque dicha liquidación haya sido impugnada, hasta tanto se resuelva definitivamente sobre la procedencia del saldo.

Por otra parte, el artículo 11 del Decreto 2277 de 2012, por el cual por el cual se reglamenta parcialmente el procedimiento de gestión de las devoluciones y compensaciones y se dictan otras disposiciones, prescribe:

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

Para el trámite de estas solicitudes, en los aspectos no regulados especialmente, se aplicará el mismo procedimiento establecido para la devolución de los saldos a favor liquidados en las declaraciones tributarias. En todo caso, el término para resolver la solicitud, será el establecido en el artículo 855 del Estatuto Tributario.”

El artículo 1.6.1.21.22 del Decreto 1625 de 2016, por el que se expide el Decreto Único Reglamentario en materia tributaria contempla:

“ARTÍCULO 1.6.1.21.22. Término para solicitar la devolución por pagos en exceso. *Las solicitudes devolución y/o compensación por pagos en exceso, deberán presentarse dentro del término de prescripción de la acción ejecutiva, establecido en el artículo 2536 del Código Civil.*

Para el trámite de estas solicitudes, en los aspectos no regulados especialmente, se aplicará el mismo procedimiento establecido para la devolución de los saldos a favor liquidados en las declaraciones tributarias. En todo caso, el término para resolver la solicitud, será el establecido en el artículo 855 del Estatuto Tributario.”

Finalmente, el artículo 2536 del Código Civil dispone:

“Artículo 2536. <Prescripción de la acción ejecutiva y ordinaria>.
La acción ejecutiva se prescribe por cinco (5) años. Y la ordinaria por diez (10).

La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de cinco (5) años, y convertida en ordinaria durará solamente otros cinco (5).

Una vez interrumpida o renunciada una prescripción, comenzará a contarse nuevamente el respectivo término.”

Ahora bien, inicialmente podría interpretarse que, el término para hacer la solicitud de devoluciones de valores pagados al ICBF por aportes parafiscales sería de dos años desde que se realizó el pago de mayor valor, como lo dispone el artículo 15 de la resolución 575 de 2016 del ICBF, que es coincidente con el artículo 854 del Estatuto Tributario.

Sin embargo, no puede desconocerse que, el artículo 11 del Decreto 2277 de 2012, y, el artículo 1.6.1.21.22 del Decreto 1625 de 2016, disponen que el término para solicitar la devolución de pagos en exceso es de 5 años, establecido en el artículo 2536 del Código Civil.

Así las cosas, podría decirse que hay una contradicción en el término de prescripción para solicitar la devolución que se discute en el presente asunto; pero, se advierte que la resolución invocada por el ICBF, esto es la número 575 de 2016, es posterior a los años que se reclaman, que van desde el 2013 hasta el 2017; entre tanto el decreto 2277 es del año 2012, y a su vez, el decreto 1625 es del año 2016; correspondiendo éste último al mismo año de la resolución proferida por el ICBF; por lo que, al revisar los años de expedición de las normas en mención, la Sala considera que, en virtud de ello, las que resultan aplicables en este asunto, son el artículo 11 del Decreto 2277 de 2012, y, el artículo 1.6.1.21.22 del Decreto 1625 de 2016.

Sumado a lo anterior, debe precisarse que, la competencia impositiva para regular ciertos elementos de los tributos corresponde únicamente a las entidades territoriales, y aun así no es ilimitada; es decir que, el ICBF como entidad descentralizada no puede mediante resolución, contrariar normas superiores que, favoreciendo al administrado, contempla que el término para

solicitar la devolución de aportes pagados de más es de cinco años; y en tal sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado² así:

“(…) El Tribunal encontró acreditados pagos por valor de \$167.858.366, realizados a la Regional Quindío del ICBF. De este importe, ordenó la devolución de \$80.613.008 correspondientes a los pagos realizado en el año 2006 y rechazó la diferencia –\$87.245.358 pagados en el año 2005– por considerar que se trata de obligaciones prescritas.

La Sala encuentra acertada la decisión del tribunal de rechazar la devolución, de las sumas respecto de las encontró probada la existencia de situaciones jurídicas consolidadas, sin embargo, debe precisar el monto de las sumas que deben ser devueltas.

Para los anteriores efectos, es del caso advertir que tratándose de la devolución de pagos en exceso o de lo no debido originados en el cumplimiento de obligaciones fiscales correspondientes a tributos administrados por la DIAN o por las entidades territoriales, la petición puede presentarse dentro del plazo de prescripción de cinco años de la acción ejecutiva prevista en el artículo 2536 del Código Civil, antes por disposición del Decreto 1000 de 1997, hoy del Decreto 2277 de 2012.

Para los efectos de la devolución de pagos en exceso o de lo no debido de aportes parafiscales no existe una regla especial, como existe para las obligaciones antes referidas. Ante ese vacío normativo, lo pertinente es que se aplique el término previsto en el artículo 2536 del Código Civil.

En un caso análogo al que ahora se estudia, la Sala interpretó el artículo 93 del Decreto 2388 de 1979, que reglamentó las Leyes 75 de 1968, 27 de 1974 y 7 de 1979. Esta norma regula la posibilidad de que los mayores valores aportados al ICBF, por error, por patronos y entidades, se abonen a futuras causaciones. También prevé la posibilidad de que se reintegren los valores pagados en exceso. Sin embargo, para efectos del reintegro, no precisa el plazo en que hay que presentarse la solicitud.

La Sala precisó que el artículo 93 del Decreto 2388 de 1979 estableció un plazo de tres meses para que los patronos y entidades soliciten los abonos a futuras causaciones de los mayores valores pagados por concepto de aportes parafiscales; pero no estableció un plazo para pedir la devolución efectiva de tales valores.

Por lo tanto, en lo que respecta al plazo para pedir la devolución de los mayores valores pagados, la Sala concluyó que es pertinente aplicar el plazo de prescripción de la acción ejecutiva establecido en el artículo 2536 del Código Civil, que antes de la expedición de la Ley 791 de 2002 era de diez años y, que a partir de su promulgación pasó a ser de cinco años.

La Sala también precisó que el ICBF se pronunció en el mismo sentido, mediante el Concepto 160 del 10 de diciembre de 2013³.

² Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia de 5 de mayo de 2016. CP. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Rad. 63001-23-31-000-2010-00351-01(19938).

³ Cita de cita. “De acuerdo con lo anterior se advierte que el plazo de prescripción aplicable es el previsto en el artículo 2536 del C.C., conforme al cual la acción ejecutiva prescribe en 20 años, disposición que fue modificada por el artículo 8 de la Ley 791 de 2002 y (sic) estableció dicho término en 5 años. Es así, que para determinar si el término para presentar la solicitud de devolución se encuentra prescrito debe

En consecuencia, en esta oportunidad, se reitera que el término aplicable para pedir la devolución de los mayores valores pagados por concepto de aportes parafiscales, es el previsto en el artículo 2536 del Código Civil, que, para este caso, es de cinco años, (...)

En consecuencia, la Sala estima que es procedente la devolución de las sumas pagadas por la demandante por concepto de la contribución especial al ICBF respecto de las que no se hubiera consolidado una situación jurídica por cumplimiento del término de cinco años del artículo 2536 del Código Civil al momento de la solicitud. (...) (Subraya la Sala.)

Por lo expuesto, para esta Sala el término que tenía la ILC para solicitar la devolución de los mayores valores pagados por los aportes de los parafiscales al ICBF era de cinco años; y, toda vez que se encuentran en discusión los años 2013 a 2017, y que la primera solicitud de devolución de aportes fue del 19 de febrero de 2018 como consta en folios 34 a 63 del cuaderno principal, es claro que, la solicitud de devolución se hizo dentro del término de 5 años previstos para ello, sin que haya lugar a la prescripción en este asunto.

6. Lo que se encuentra probado en el proceso.

Es necesario precisar en este punto que, no reposan en el expediente los documentos que determinen cuanto se pagó por cada empleado de la ILC durante los años 2013 a 2017 al ICBF por el 3% de aportes realizados, y cuáles fueron los conceptos que se tuvieron en cuenta para el pago de cada uno.

Tampoco hay un listado definido y detallado, mes a mes de esos años, en el cual se determine cuántos y cuáles fueron los empleados que recibían menos de diez SMLMV como lo afirma en la demanda, y que por éstos realizó aportes al ICBF, estando exonerada de hacerlo.

establecerse cuál de las normas antes mencionadas resulte aplicable al caso. Para definir tal controversia es necesario remitirse a lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 153 de 1887 que dispone: (...) Con lo expuesto, tenemos que en materia tributaria en el repertorio normativo tradicional tampoco existe un término específico para solicitar la devolución del pago, y por ende el Consejo de Estado acudió analógicamente a la prescripción de la acción de cobro para determinar el tiempo en el cual los contribuyentes podrán realizar el cobro o solicitud de la devolución (...) En conclusión y conforme a los principios, normas y precedentes judiciales enumerados a lo largo del escrito, consideramos que los aportantes podrán pedir la devolución de un mayor valor pagado o del pago de lo no debido dentro de los 5 años siguientes a haberse hecho el aporte parafiscal, siempre y cuando se logre determinar que en el caso de los mayores valores, se pagó en exceso, y en el pago de lo no debido, se realizó el aporte no estando obligado a ello”.

No obstante, el mismo ICBF en la actuación administrativa, reconoció que hubo pago de más por parte de la ILC por cuanto pagó sobre primas de navidad, legal y extralegal de vacaciones y bonificación por recreación respecto de los años 2016 y 2017.

También es cierto que, en la resolución 2337 de 2019 no se hace alusión a los pagos realizados por trabajadores que devengaban menos de 10 SMLMV, pese a que, ese tema si fue objeto de reiteradas solicitudes como se dijo previamente.

Ahora, reposan en el expediente, aportados por ambas partes, y, sin haber sido objeto de discusión; unas hojas de trabajo denominadas "*proceso de verificación solicitud de devolución de aportes Industria Licorera de Caldas, años 2016 y 2017*"; en las cuales se dice que la condición es 10 o más SMLMV, y aparece la nómina de la ILC mes a mes con el nombre del trabajador, el total devengado, el valor tomado factores salariales y los factores.

De esas hojas de trabajo se evidencia que, dentro de los factores salariales están las vacaciones, horas extras, recargos, primas de la ley 98 de 2001, vacaciones, primas de vacaciones, prima servicios públicos y bonificaciones por servicio, entre otros conceptos; de manera que, con base en ello se despejaron los problemas jurídicos faltantes en el presente asunto.

7. ¿Cuáles son los factores salariales para determinar dicho ingreso base de cotización, en el presente asunto?

Sea lo primero tener presente que, el ICBF no controvierte en su acto administrativo el tema que se incluyeron factores que no debían tenerse en cuenta, y, contrario a ello, acepta expresamente que los conceptos de primas de navidad, prima legal y extralegal de vacaciones, y, bonificación por servicios hacen parte de pagos de lo no debido de algunos trabajadores de la ILC; pese a ello, en la contestación de la demanda, el ICBF dice que la prima de vacaciones y las vacaciones, por ser un descanso remunerado, debe tenerse en cuenta para el cálculo de aporte parafiscal; y que, se entiende por salario la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes

elementos integrantes del salario en los términos de ley laboral, cualquiera que sea su denominación, y que deben ser todos los emolumentos que allí se incluyan.

Al respecto, el artículo 17 de la Ley 21 de 1982 dispuso que, para efectos de la liquidación de los aportes al Régimen del Subsidio Familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), Escuela Superior de Administración (ESAP), Escuelas Industriales e Institutos Técnicos, se entiende por nómina mensual de salarios la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la Ley Laboral, cualquiera que sea su denominación y además, los verificados por descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales.

Y, el artículo 17 de la ley 344 de 1996, por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones dice que, por efecto de lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, se entiende que los acuerdos entre empleadores y trabajadores sobre los pagos que no constituyen salario y los pagos por auxilio de transporte no hacen parte de la base para liquidar los aportes con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, Régimen del Subsidio Familiar y contribuciones a la seguridad social establecidas por la Ley 100 de 1993.

De igual manera, el numeral 4 del artículo 39 de la ley 7a de 1979, modificado por la ley 89 de 1988 dispone que, a partir de ese año, los aportes al ICBF corresponden al 3% del valor de la nómina mensual de salarios, y que esos aportes son parafiscales, por disposición del artículo 1° de la ley 225 de 1995.

Por su parte, el Consejo de Estado⁴ se ha pronunciado en el siguiente sentido:

(...) Así, por mandato expreso de las leyes que fijan la obligación de realizar contribuciones a favor del ICBF, la determinación de la base de los aportes viene dada en los términos establecidos en la normativa

⁴ Consejo de estado. Sección Cuarta. Sentencia de 27 de mayo de 2021, C.P. Dra. Myriam Stella Gutierrez Argüello. Rad. 76001-23-33-000-2014-00359-01(24148)

laboral, es decir, que la calificación de los emolumentos asumidos por el empleador a favor de su personal parte de la noción de salario contenida en los artículos 127 y 128 del CST.

A su turno, esas disposiciones entienden por salario todos los pagos recibidos por el trabajador como contraprestación directa del servicio, cualquiera que sea la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, horas extras, porcentajes de ventas y comisiones, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, entre otros.

Por el contrario, los pagos percibidos ocasionalmente y por mera liberalidad del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, entre otros, no constituyen salario y, por consiguiente, no están llamados a integrar la base de liquidación de los aportes parafiscales que se discuten. Sucede lo mismo con aquellos emolumentos respecto de los cuales el trabajador y el patrono hayan pactado expresamente la desalarización (artículo 128 CST).

En suma, en virtud de lo establecido por la legislación laboral, para que una erogación se califique como salario debe: (i) ser una suma que habitual y periódicamente recibe el empleado; (ii) remunerar de forma directa y onerosa la prestación de un servicio; (iii) constituir un ingreso personal del trabajador en su patrimonio, y (iv) ser de carácter retributivo por la labor desarrollada; es decir, que se originen en el marco de una relación laboral.

(...)

Ahora bien, en lo que respecta a los pagos por concepto de vacaciones, esta Sección ha reiterado que los desembolsos verificados por descansos remunerados hacen parte de la base para liquidar contribuciones parafiscales; incluso en aquellas situaciones en las que se ha pactado con los empleados una compensación mediante salario integral.

(...)

Como ya fue precisado, el propio artículo 17 de la Ley 21 de 1982 — norma que regula los conceptos que integran la base para liquidar los aportes parafiscales como lo son los destinados al ICBF— remite a los conceptos que integran el salario, de acuerdo con la legislación laboral. El artículo 127 del CST establece que «[c]onstituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones».

A contrario sensu, los dineros percibidos por el trabajador que no retribuyan el servicio prestado no constituyen salario (como lo ha considerado la CSJ frente a los gastos de transporte y representación, entre otros, sentencia 22 de julio de 2008, radicado 31299, MP: Francisco Javier Ricaurte Gómez). Particularmente, el artículo 128 del CST establece que no constituyen salario:

(...) las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para

su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.

De acuerdo con la precitada norma, no constituirán salario aquellos pagos ocasionales, de mera liberalidad o sobre los que exista un pacto de desalarización. Ahora bien, la jurisprudencia de la CSJ ha sido enfática en que las convenciones y pactos para que ciertos emolumentos sean extrasalariales deben ser expesos, claros, precisos y detallados. Al respecto (sentencia del 16 de mayo de 2018, radicación 63988, MP: Clara Cecilia Dueñas Quevedo):

En la medida que la última premisa descrita es una excepción a la generalidad salarial de los pagos realizados en el marco de una relación de trabajo, es indispensable que el acuerdo de las partes encaminado a especificar qué beneficios o auxilios extralegales no tendrán incidencia salarial, sea expreso, claro, preciso y detallado de los rubros cobijados en él, pues no es posible el establecimiento de cláusulas globales o genéricas, como tampoco vía interpretación o lectura extensiva, incorporar pagos que no fueron objeto de pacto. Por ello, la duda de si determinado emolumento está o no incluido en este tipo de acuerdos, debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo.

(...)

Así, para la Sala la actora no aportó el material probatorio necesario y pertinente que ofreciera certeza sobre los pagos extrasalariales que hizo a sus empleados en los meses de enero de los años 2007 a 2010 y que no hacían parte del IBC para determinar la contribución. Prospera el cargo de apelación. (...) (Subraya la Sala)

De lo expuesto, para esta Sala, la nómina mensual de salario para el pago de aportes parafiscales, comprende la totalidad de los pagos realizados de diversos elementos que integran el salario en materia laboral, que en este caso, corresponde no solo a la remuneración ordinaria, fija o variable, sino a todo lo que recibieron los trabajadores de la ILC en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio prestado; ello, independiente de la denominación que se le a dicha contraprestación; y, en las cuales se entienden incluidas a juicio de esta Sala las primas y bonificaciones habituales; no ocurriendo lo mismo con los reconocimientos de primas extralegales, que hubieren sido acordadas con la ILC como no constitutivos de factores, y como parte de la denominada “desalarización”, donde expresamente se pacta que no constituyen salario.

Es necesario citar dos conceptos del Departamento del Departamento Administrativo de la Función Pública, de los años 2021 y 2022, relacionados con la base de liquidación de aportes parafiscales los cuales han precisado lo siguiente:

En el concepto 03037941 03 de febrero de 2021 relacionado con la remuneración base para el pago de aportes parafiscales, después de una detallada exposición normativa y jurisprudencial, el Departamento Administrativo de la Función Pública conceptuó:

“(…) En atención a la comunicación de la referencia, a través de la cual consulta, sobre la base para la liquidación de aportes para fiscales, me permito informarle lo siguiente:

En la citada Circular, el Ministerio del Trabajo unificó los criterios para la liquidación de aportes parafiscales en el sector privado, señalando que, con fundamento en los pronunciamientos del Consejo de Estado, los pagos por concepto de descansos remunerados –vacaciones-, deben hacer parte de dicha liquidación.

Es claro entonces que, de conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado, las vacaciones y los elementos inherentes a ellas, hacen parte de la base de liquidación de los aportes parafiscales, resaltando en todo caso, que los criterios para determinar la base de liquidación de los mencionados aportes son los mismos para los sectores privado y público.

Por lo anterior, esta Dirección Jurídica, acogiendo la posición expuesta por el Consejo de Estado considera que, todos los pagos efectuados por las entidades públicas a sus servidores, por concepto de descanso remunerado –vacaciones, prima de vacaciones y bonificación por recreación-, deben ser incluidos en la liquidación de los aportes parafiscales con destino al ICBF, SENA y Caja de Compensación Familiar.” (Subraya la Sala)

Reitera el Departamento Administrativo de las Función Pública, la calidad de salario de las primas de navidad y de vacaciones en el concepto 231721 de 24 de junio de 2022, para la base para calcular el aporte de parafiscales de la siguiente manera:

“(…) Ahora bien, con el fin de determinar los elementos que deben tenerse en cuenta al momento de liquidar aportes parafiscales, es importante señalar, en primer lugar, la diferencia que existe entre prestación social y salario

(…)

Prestación Social: *Es lo que debe el patrono al trabajador en dinero, especie, servicios y otros beneficios, por ministerio de la ley, o por haberse pactado en convenciones colectivas o en pactos colectivos, o*

en el contrato de trabajo, o establecidas en el reglamento interno de trabajo, en fallos arbitrales o en cualquier acto unilateral del patrono, para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación del trabajo o con motivo de la misma". (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia de julio 18 de 1995.)

(...)

Salario: Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación o retribución directa y onerosa del servicio, y que ingresan real y efectivamente a su patrimonio, es decir, no a título gratuito o por mera liberalidad del empleador, ni lo que recibe en dinero en especie no para su beneficio ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, ni las prestaciones sociales, ni los pagos o suministros en especie, conforme lo acuerden las partes, ni los pagos que según su naturaleza y por disposición legal no tienen carácter salarial, o lo tienen en alguna medida para ciertos efectos, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales, acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando por disposición expresa de las partes no tienen el carácter de salario, con efectos en la liquidación de prestaciones sociales. (Corte Constitucional, sentencia C-521 de 1995)

(...)

Conforme a lo anterior, la prima de navidad es una prestación social que se reconoce a los empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades del nivel nacional y territorial; se causa cuando el servidor público ha laborado para la entidad durante todo el año civil, precisando que el año civil es el mismo que coincide con el año calendario, esto es, del 1 de enero al 31 de diciembre de cada año. La prima de navidad equivale a un mes de salario, que se liquidará con fundamento en los factores salariales establecidos en el artículo 33 del Decreto 1045 de 1978, y el cual se pagará en la primera quincena del mes de diciembre.

(...)

Prima de vacaciones

Sobre la naturaleza de las vacaciones, la Corte Constitucional en sentencia C-598 de 1997 afirmó: "Las vacaciones constituyen un derecho del que gozan todos los trabajadores, como quiera que el reposo es una condición mínima que ofrece la posibilidad de que el empleado renueve la fuerza y la dedicación para el desarrollo de sus actividades".

De esta manera, dentro de nuestra legislación, las vacaciones están concebidas como prestación social y como una situación administrativa, la cual consiste en el reconocimiento en tiempo libre y en dinero a que tiene derecho todo empleado público o trabajador oficial por haberle servido a la administración durante un (1) año.

Las vacaciones conllevan como finalidad primordial procurar por medio del descanso la recuperación física y mental del servidor público, para que éste regrese a sus labores en la plenitud de sus capacidades y pueda contribuir eficazmente al incremento de la productividad del correspondiente organismo o entidad, y los factores salariales para la liquidación de vacaciones, están definidos en el artículo 17 del citado Decreto, que serán los mismos para la prima de vacaciones.

En este orden de ideas, y en atención puntual de su interrogante, para efectos de liquidar la prima de vacaciones de que trata este decreto, se tendrán en cuenta los factores de salario señalados, siempre que correspondan al empleado en la fecha en la cual inicie el disfrute de aquellas; es decir, aquellos que efectivamente se hayan causado, reconocido y pagado.

(...)

Bonificación por servicios prestados

En ese orden de ideas, el empleado que al momento del retiro no haya cumplido el año continuo de servicios tiene derecho al reconocimiento y pago en forma proporcional de la bonificación por servicios prestados.

(...)

No obstante lo anterior, de manera general sobre sus interrogantes, tenemos que los elementos salariales y prestacionales de los servidores públicos serán liquidados de conformidad con los factores salariales que cada uno de ellos establecen y en caso de que los empleados no los hayan devengado, podrán liquidarse de forma proporcional, en los términos que han quedado expresados y por las vigencias respectivas. (...) (Subraya la Sala)

La ILC en sus pretensiones condenatorias, solicita la devolución del pago de lo no debido por aportes del 3% realizados sobre las prestaciones sociales que incluyeron las primas de navidad, prima legal de vacaciones, extralegal de vacaciones, y bonificación por recreación, aduciendo un saldo a favor de \$73.808.556; de lo considerado para esta Sala las primas de navidad, de vacaciones, y la bonificación por recreación si deben hacer parte del pago de aportes del 3% realizados al ICBF, por lo que, respecto de esos conceptos deben negarse las pretensiones de la demanda, como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia.

Ahora, frente a la prima extralegal de vacaciones, es claro que, de acuerdo a la interpretación normativa, con la sentencia del Consejo de Estado, y, en concordancia con los conceptos del Departamento Administrativo de la Función Pública, ésta no debe hacer parte de la liquidación y pago de aportes parafiscales al ICBF, por considerarse una liberalidad del empleador que recibe el trabajador.

No obstante lo anterior, en este caso particular, no se aportó material probatorio suficiente para poder decir sin lugar a dudas que, ese pago extrasalarial que se dice se realizó a algunos empleados fuera el resultado de un acuerdo, o convención colectiva, que constara en algún documento que

hubiere sido aportado al expediente por la parte demandante, de manera que, al estar simplemente enunciado, pero sin contarse con la certeza de la existencia de éste para poder determinar las condiciones en las cuales se fijó, y poder así considerar si, efectivamente es de naturaleza extra legal, acordada dentro de los parámetros necesarios para que sea excluida; no resulta posible hacer algún pronunciamiento frente a la devolución de lo presuntamente pagado por éste concepto, por lo que deben negarse en tal sentido las pretensiones de la demanda, como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia.

8. ¿La ILC debía o no pagar aportes parafiscales al ICBF por los empleados que devengaran menos de 10 salarios mínimos mensuales vigentes?

Teniendo presente que en este asunto se estudian los años 2013 a 2017, y que, tanto el artículo 65 de la ley 1819 de 2016, el artículo 25 de la ley 1607 de 2012, el artículo 141.1 del estatuto tributario, son coincidentes en establecer que serán exoneradas del pago de aportes parafiscales al ICBF, entre otros, los empleadores como la ILC, en este caso, los empleados que devenguen menos de diez salarios mínimos mensuales legales vigentes; normas antes transcritas, que, sin necesidad de mayores interpretaciones, disponen que esa exoneración es exclusiva respecto de los trabajadores que devenguen menos de 10 SMLMV.

Ahora, de las hojas de trabajo aportadas de los años 2016 y 2017 denominadas *“proceso de verificación solicitud de devolución de aportes Industria Licorera de Caldas, años 2016 y 2017”*, y en ninguna de ellas se advierte que un solo empleado que haya devengado más de 10 SMLMV, según el mismo salario descrito en el encabezado de cada una de ellas, y de las 44 hojas que se aportan, en el encabezado de todas ellas es coincidente en determinar que la condición es que sean 10 SMLMV o más.

Y, de las planillas aportadas en PDF, tampoco se puede determinar si había empleados que devengaran menos de esos 10 SMLMV; y, como se dijo inicialmente, no hay certeza de quien era cada uno de uno de los trabajadores de la ILC para los años 2013, 2014, 2015, 2016 y 2017; no se acreditó con precisión en cada concepto cuanto devengaba cada uno de ellos, los factores incluidos, los factores pagados; y menos aún, quiénes y cuántos ganaban

menos de 10 SMLMV; pues pese a que se aportan una cantidad de planillas de liquidación "PILA" en formato PDF, las mismas no solo se encuentran algo ilegibles, sino que, no contienen el detalle de lo devengado por cada trabajador del ILC, para determinar lo que debía pagarse de cada uno de ellos.

Por los anteriores motivos, esta Sala considera que, no se encuentra acreditado que la ILC haya tenido trabajadores que devengaban menos de 10 SMLMV en los años 2016 y 2017, y, menos aún, se tiene prueba de los años 2013 a 2015, por cuanto esa información no se aportó por la parte demandante, y, pese a que la normativa es clara al establecer que, respecto de ellos había exoneración del pago de aportes parafiscales al ICBF; no hay ningún elemento con el cual corroborar que así fue, más allá de la mera afirmación de la demanda.

Sumado a lo anterior, en la resolución estudiada no se consideró nada relacionado con esta reclamación hecha por la ILC, frente a los empleados que devengarán menos de 10 SMMLV, por lo que tampoco encuentra la Sala vocación de prosperidad respecto de esa pretensión.

Finalmente, no puede desconocerse que la resolución mencionada, también considera y resuelve lo relacionado con una obligación de pago en proceso de fiscalización, de manera que, todo lo relacionado con la compensación allí realizada respecto del no pago de aportes del 3% con destino al ICBF por factores salariales de algunos trabajadores que individualmente considerados devengaron 10 o más SMLMV correspondiente a los periodos de febrero a julio, septiembre y octubre de 2016, y enero a junio de 2017, más los intereses a favor del ICBF, y que, en las pretensiones condenatorias se solicita la devolución de la suma de dinero pagada por concepto de intereses, el día 1° de marzo de 2019 por la suma de \$16.301.200, sin que en momento existan motivos para ordenar su devolución.

Por lo expuesto se negará la totalidad de las pretensiones de la demanda, como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia.

9. Costas

No se condenará en costas a la parte actora vencida, de conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión a las normas procedimentales civiles, contenida en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por cuanto no se encuentran acreditadas las mismas, acorde con la posición que ha asumido el Consejo de Estado que, luego de señalar el criterio objetivo- valorativo para la imposición de costas⁵, en la que se indicó que: “(...) *En esta oportunidad la Subsección A varía aquella posición y acoge el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe). Se deben valorar aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365*”, y, ha proferido número de sentencias⁶ sin condena en costas, al considerar que no se encuentra demostrada su causación.

Pues bien, teniendo en cuenta que la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso), dispone en el numeral octavo del artículo 365, entre otras que: “*Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación*”; una vez revisado el expediente, se advierte que no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen las erogaciones por concepto de costas en esta instancia, así como tampoco se observa ningún tipo de conducta que amerite la condena por ese concepto, razonamientos estos que son trasunto de los que las diferentes secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado han señalado en punto a costas, donde la regla general ha sido la no condena por tal concepto. En consecuencia, al no existir fundamento para su imposición la Sala concluye que no es procedente la condena en costas.

⁵Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 7 de abril de 2016, radicación número: 13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-14 Actor: José Francisco Guerrero Bardi)

⁶Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, providencia del 17 de octubre de 2018. Radicación: 66001-23-31-003-2012-00140-01, Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Demandante: Héctor Alexander Zamora Perea. Demandado: Municipio de Pereira; providencia del 19 de abril de 2018, Radicación: 66001-23-33-000-2013-000-2013-0334-01, Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Demandante: Luz Nelly Meza Ocampo. Demandado: Departamento de Risaralda; providencia del 26 de abril de 2018. Radicación: 66001-23-33-000-2013-00203-01. Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Demandante: Esmeralda García Carvajal. Demandado: Departamento de Risaralda; providencia del 21 de junio de 2018. Radicación: 66001-23-33-000-2013-00427-01. Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Demandante: Ligia Stella López Restrepo. Demandado: Departamento de Risaralda, entre otras.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Caldas**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

III. Falla

Primero: Negar las pretensiones de la demandante.

Segundo: Sin condena en costas.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, **liquidar** los gastos del proceso, **devolver** los remanentes si los hubiere, y **archivar** el proceso, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

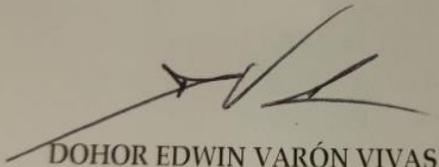
Notifíquese y cúmplase

Discutido y aprobado en Sala de Ordinaria de Decisión celebrada en la fecha.

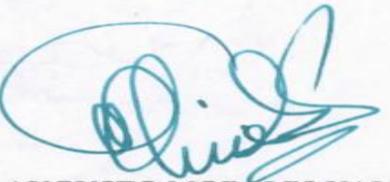
Magistrados



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, tres (3) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación:	17001 23 33 000 2019 00467 00
Demandante:	Paula Marcela Gálvez Marín
Demandado:	Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales - UGPP-
Providencia:	Sentencia No. 10

Pasa la Sala Segunda de Decisión a proferir sentencia anticipada de primera instancia dentro del asunto de la referencia.

I. Antecedentes.

1. Declaraciones y condenas.

“PRIMERA: DECLARAR la nulidad de la parte resolutive del ACTO ADMINISTRATIVO- RESOLUCIÓN LIQUIDACION OFICIAL ACTO NRO. RDO- 2017-03941 del 30 de noviembre de 2017, EXPEDIENTE: 20161520058002081, emanados de la entidad UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP, dependencia adscrita a la NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA, creada por medio de la ley 1151 de 2007, mediante la cual se imponen obligaciones a cargo de mi mandante por las sumas de \$56.161.700 por concepto de ajustes al sistema de seguridad social, y \$112.323.400 por concepto de sanción por no declarar por la conducta de omisión, correspondientes a contribuciones parafiscales de la protección social en los periodos comprendidos entre de 2014 hasta diciembre de 2014.

SEGUNDA: Como consecuencia de la anterior declaración, ORDENAR dejar sin efectos jurídicos la mencionada LIQUIDACION OFICIAL ACTO NRO. RDO-2017- 03941 del 30 de noviembre de 2017, EXPEDIENTE: 20161520058002081, acto administrativo particular por adolecer de irregularidades constitutivas de las siguientes causales de nulidad:

a) Por haberse proferido con infracción de las normas en que debía emitirse;

c) *Por haberse emitido y publicado en forma irregular, por desconocimiento del derecho de defensa que debía tener la entidad demandante;*

e) *Por haber actuado la entidad demanda con evidente desviación de las atribuciones que le fueron asignadas.*

TERCERA Que como efecto de esta declaratoria, se ordene la reparación del derecho infringido a mi representada, y se levante la sanción impetrada en su causa de manera injusta; debiéndose en consecuencia condenar a la demandada en los perjuicios de carácter patrimonial que se logrará establecer en el proceso.

CUARTA: En concordancia con lo anterior, se abra la posibilidad de agotar el derecho fundamental a una óptima defensa y proceda de esta manera a que se deje sin efectos la notificación por aviso en “la plataforma web de la entidad”, de dicha Liquidación Oficial Acto Nro. RDO – 2017 – 03941 del 30 noviembre de 2017 y vuelva a ser notificada en debida forma”

2. Hechos.

Los fundamentos de hecho de mayor relevancia se resumen en los siguientes:

- Que por la afiliación al sistema integrado de protección social de la señora Paula Marcela Gálvez Marín, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, en adelante - UGPP, realizó un proceso de fiscalización durante los periodos 01/01/2014 al 31/12/2014.
- El día 30 de noviembre de 2017, la UGPP profirió contra la demandante, señora Paula Marcela Gálvez Marín la liquidación oficial Nro. RDO-2017-03941; y, de ese acto no tuvo conocimiento al no ser notificada a su dirección de residencia, y tampoco por ningún medio de notificación.
- Que en el mes octubre del año 2018 la demandante se percató que su cuenta bancaria fue embargada por la UGPP, y solo hasta dicha fecha se enteró del proceso de fiscalización que se adelantaba en su contra; por lo que, el día 22 de octubre de 2018, se presentó en las instalaciones de la UGPP, con el fin de retirar las copias de la liquidación oficial NRO. RDO-2017-03941, de la cual no tenía conocimiento alguno.

- Y, el mismo día, 22 de octubre de 2018, en las instalaciones de la entidad demandada, le indicaron que la liquidación oficial NRO. RDO-2017-03941 proferida por en su contra, fue devuelta por parte del operador postal y que en virtud a esto se procedió a notificar por aviso en la plataforma web de la entidad.

- Afirma que, se legitimó la oportunidad para solicitar la revocatoria directa del acto de la referencia, en atención a las siguientes causales consagradas en el artículo 93 del CPACA, la cual fue presentada el día del año 2018, y solicitó dejar sin efectos la notificación y en consecuencia fueran estudiados los argumentos de fondo presentados y los documentos aportados como prueba; sin que a la fecha se haya dado respuesta alguna por parte de la UGPP.

- Que el día 15 de agosto de 2019, la demandante recibió en su dirección de residencia, un documento físico expedido por la UGPP, por medio del cual se ordena seguir adelante con la ejecución; sin que hubiera podido ejercer el derecho de defensa y contradicción; vulnerando además el debido proceso.

- Refiere que, se han impuesto obligaciones por las sumas de por las sumas de \$56.161.700 por concepto de ajustes al sistema de seguridad social, y \$112.323.400 por concepto de sanción por no declarar por la conducta de omisión; y que la demandante cuenta con todos los contratos de prestación de servicios que suscribió durante el año 2014, en donde se evidencian los valores percibidos en los mismos y se encuentra discriminado el AIU, que en repetidas sentencia del Consejo de Estado se ha indicado que sobre dicho valor se deben realizar los aportes a seguridad social y no sobre el valor total del contrato como lo requiere la entidad demandada.

- Que en la declaración de renta del año 2014, la demandante contó con una renta líquida por el valor de \$63.699.000, por lo que los argumentos expuestos por la demandada no guardan relación con los contratos de prestación de servicios y con la declaración de renta aportada; pues, para realizar los aportes a seguridad social del año 2014, la señora Paula Marcela Gálvez Marín tuvo una utilidad de \$63.699.000, de los cuales el 40% corresponde a la suma de \$ 25.480.000, es decir, que debe aportar sobre una base de cotización mensual correspondiente a la suma de \$ 2.123.000.

3. Normas violadas y concepto de violación.

Refiere el apoderado de la demandante como normas vulneradas las siguientes:

Artículos 2, 29 y 209 Constitucionales.

Artículos 565 y 566-1 del Estatuto Tributario

Artículos 56, 57, 58, 62, 67, 69, 72 y 93 de la Ley 1437 de 2011.

La demandante centra su discusión en que, no fue notificada personalmente de la liquidación oficial proferida por la UGPP, y que, la demandada solo indica que la notificación fue devuelta por el operador postal, sin agotar todos los medios para establecer la dirección del contribuyente; tales como la verificación del RUT, de la declaración de renta, de la información oficial, comercial, bancaria, o tener la posibilidad de notificar en un periódico de amplia circulación nacional

4. Contestación de la demanda. (Fls. 115 a 122 C. 1)

La demandada UGPP se opone a las pretensiones de la demanda, y propone la excepción de caducidad de la acción, afirmando que en le RUT aparece que la señora Paula Marcela Gálvez Marín está registrada desde el 2 de diciembre de 2008 al 5 de marzo de 2018 en la carrera 65 A número 27 99 AP.401 A Ed. Cormoranes, en la ciudad de Manizales; y, como dirección de correspondencia, es la última actualización del día 6 de marzo de 2018, donde la cambia a CONJ Palmares de la Alhambra CA 7, notificando los actos administrativos a la primera dirección en mención, siendo devuelto el correo que contenía el requerimiento de información, bajo la causal “*desconocido*”, siendo notificado éste, mediante el mecanismo subsidiario del aviso, de conformidad con el artículo 568 del Estatuto Tributario.

Refiere la UGPP que el requerimiento para declarar y corregir número RCD 2017 – 00631 de 16 de marzo de 2017 se remitió al demandante a la dirección carrera 65 A número 27 99 AP 401 A Ed Cormoranes, el cual fue devuelto por la causal “*no reside*”, y termina notificándose por el mecanismo subsidiario de aviso.

Sostiene que, la liquidación oficial número RDO 2017 – 03941 de 30 de noviembre de 2017, fue remitida a la demandante a la dirección antes mencionada, y que fue devuelta por la causal “Desconocido”, procediendo a su notificación por aviso.

La UGPP dice que, por lo expuesto, se encuentra probado que remitió las notificaciones a la dirección registrada por la demandante en el RUT, y que la liquidación oficial fue debidamente notificada; y, que, el término de caducidad de 4 meses para interponer la acción, empezó a contabilizarse el día 24 de enero de 2018, día siguiente a su notificación, tenía hasta el 24 de mayo de 2018 para presentar la demanda; no obstante, la radicó el día 26 de septiembre de 2019, siendo extemporánea.

Frente al cargo de indebida notificación, afirma que, la UGPP notificó los actos preparatorios y definitivos a la dirección registrada por el RUT, esto es a la CR 65 A 27 99 AP. A ED Cormoranes de Manizales; siendo debidamente notificada, debiendo prosperar la excepción propuesta.

5. Alegatos de conclusión.

- Demandada UGPP (Documento 029 del expediente digital)

La demandada UGPP reitera los argumentos planteados en la contestación de la demanda; afirma que los actos demandados fueron debidamente notificados a la dirección del RUT de la demandante, y que, por ello, hay lugar a declarar la caducidad de la acción.

- Demandante (Documento 031 del expediente digital)

La parte demandante se ratifica en los hechos y pretensiones de la demanda relacionados con la indebida notificación; exponiendo que, el procedimiento establecido por el ET para efectos de notificación fue vulnerado por la UGPP, pues ésta solo expone que, “*la notificación fue devuelta por parte del operador postal*”, sin si quiera agotar todos los medios para establecer la dirección del contribuyente. Y, que, por estar indebidamente notificado el acto demandado, no puede hablarse de caducidad de la acción, pues la demandante solo hasta el día 15 de agosto del 2019, recibió en su residencia, un documento físico expedido por la UGPP, ordenando seguir adelante con el proceso,

6. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público no rindió concepto como dice la constancia secretarial del 1° de febrero de 2022, que se encuentra en el documento 033 del expediente digital.

I. Consideraciones de la Sala

Cuestión previa.

Previa la determinación de los problemas jurídicos a resolver, esta Sala debe dejar claro que, si bien es cierto que en la pretensión segunda de la demanda, se citan como causales de nulidad del acto demandado el haberse proferido con infracción de las normas en que debía fundarse; haberse emitido y publicado en forma irregular, por desconocimiento del derecho de defensa que debía tener la entidad demandante; y, por haber actuado la entidad demanda con evidente desviación de las atribuciones que le fueron asignadas; el concepto de violación se centra exclusivamente en la indebida notificación, sin que se haga alusión alguna la desviación de atribuciones asignadas a la demandante, y menos aún, sin que se ataquen aspectos de fondo relacionados con la liquidación, montos de la misma, ni temas relacionados con el contenido del acto, más allá que se su indebida notificación.

Dicho lo anterior, los problemas jurídicos en esta instancia se contraen a absolver los siguientes planteamientos:

1. Problemas jurídicos a resolver.

El problema jurídico general se centra en establecer de acuerdo a la discusión en el presente asunto si, se entiende o no por notificada en debida forma la liquidación oficial No. RDO- 2017-03941 del 30 de noviembre de 2017; y de ser así, determinar si ha operado el fenómeno de caducidad.

En caso contrario, se estudiará si, dicha liquidación debe ser declarada nula por haberse proferido con infracción de las normas en que debía fundarse; por haberse emitido y publicado en forma irregular y con desconocimiento del derecho de defensa que debía tener la entidad demandante; y si encuentra

acreditada la desviación de las atribuciones que le fueron asignadas; ello por no haberse notificado a la demandante.

2. Análisis normativo

Se transcriben las normas que la demandante cita como vulneradas, y las necesarias para resolver la controversia en el presente asunto, las cuales corresponden al Estatuto Tributario vigente para los años del periodo que se discute y al momento en que se adelantó la actuación administrativa:

“Artículo 563. Dirección para notificaciones.

La notificación de las actuaciones de la Administración Tributaria deberá efectuarse a la dirección informada por el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, en su última declaración de renta o de ingresos y patrimonio, según el caso, o mediante formato oficial de cambio de dirección; la antigua dirección continuará siendo válida durante los tres (3) meses siguientes, sin perjuicio de la validez de la nueva dirección informada.

Cuando el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante no hubiere informado una dirección a la Administración de Impuestos, la actuación administrativa correspondiente se podrá notificar a la que establezca la Administración mediante verificación directa o mediante la utilización de guías telefónicas, directorios y en general de información oficial, comercial o bancaria.

Cuando no haya sido posible establecer la dirección del contribuyente, responsable, agente retenedor, o declarante, por ninguno de los medios señalados en el inciso anterior, los actos de la Administración le serán notificados por medio de la publicación en el portal de la web de la DIAN, que deberá incluir mecanismos de búsqueda por número identificación personal.”

“Artículo 565. Formas de notificación de las actuaciones de la administración de impuestos. Los requerimientos, autos que ordenen inspecciones o verificaciones tributarias, emplazamientos, citaciones, resoluciones en que se impongan sanciones, liquidaciones oficiales y demás actuaciones administrativas, deben notificarse de manera electrónica, personalmente o a través de la red oficial de correos o de cualquier servicio de mensajería especializada debidamente autorizada por la autoridad competente.

(...)

Parágrafo 1o. La notificación por correo de las actuaciones de la administración, en materia tributaria, aduanera o cambiaria se practicará mediante entrega de una copia del acto correspondiente en la última dirección informada por el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante en el Registro Único Tributario - RUT. En estos eventos también procederá la notificación electrónica. (...)

Artículo 568. Notificaciones devueltas por el correo. Los actos administrativos enviados por correo, que por cualquier razón sean devueltos, serán notificados mediante aviso, con transcripción de la parte resolutive del acto administrativo, en el portal web de la DIAN que incluya mecanismos de búsqueda por número identificación personal y, en todo caso, en un lugar de acceso al público de la misma entidad.

La notificación se entenderá surtida para efectos de los términos de la administración, en la primera fecha de introducción al correo, pero para el contribuyente, el término para responder o impugnar se contará desde el día hábil siguiente a la publicación del aviso en el portal o de la corrección de la notificación.

Lo anterior no se aplicará cuando la devolución se produzca por notificación a una dirección distinta a la informada en el RUT, en cuyo caso se deberá notificar a la dirección correcta dentro del término legal.” (Subraya la Sala).

“Artículo 566-1. Notificación electrónica. Es la forma de notificación que se surte de manera electrónica a través de la cual la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales pone en conocimiento de los administrados los actos administrativos producidos por ese mismo medio.

La notificación aquí prevista se realizará a la dirección electrónica o sitio electrónico que asigne la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales a los contribuyentes, responsables, agentes retenedores o declarantes, que opten de manera preferente por esta forma de notificación, con las condiciones técnicas que establezca el reglamento.

Para todos los efectos legales, la notificación electrónica se entenderá surtida en el momento en que se produzca el acuse de recibo en la dirección o sitio electrónico asignado por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Dicho acuse consiste en el registro electrónico de la fecha y hora en la que tenga lugar la recepción en la dirección o sitio electrónico. La hora de la notificación electrónica será la correspondiente a la hora oficial colombiana.

Para todos los efectos legales los términos se computarán a partir del día hábil siguiente a aquel en que quede notificado el acto de conformidad con la presente disposición.

Cuando la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales por razones técnicas no pueda efectuar la notificación de las actuaciones a la dirección o sitio electrónico asignado al interesado, podrá realizarla a través de las demás formas de notificación previstas en este Estatuto, según el tipo de acto de que se trate.

(...)

El Gobierno Nacional señalará la fecha a partir de la cual será aplicable esta forma de notificación.” (Subraya la Sala)

3. Jurisprudencia.

El Consejo de Estado se ha pronunciado en reiteradas oportunidades sobre la procedencia de la notificación por aviso en los casos en que ha sido devuelto el correo enviado al contribuyente, por causales diferentes a la de dirección errónea o inexistente en los siguientes sentidos:

(...) 4- Ahora bien, el supuesto en el que la notificación no puede efectuarse, porque la copia del acto a notificar es devuelta por una razón distinta a la dirección errada, se encuentra contemplado en el artículo 568 del mismo Estatuto, en ese evento la autoridad tributaria procede a notificar mediante aviso la parte resolutive en la página web de la DIAN. No se establece el deber a cargo de la DIAN de realizar varios intentos de entrega del acto, sino que basta con que se haya pretendido entregar copia del acto en la dirección informada por el contribuyente en el Registro Único Tributario (RUT), para que quede legalmente habilitada la posibilidad de notificar mediante aviso (Exp. 22360, sentencia del 28 de marzo de 2019, C.P. Milton Chaves García).

(...)

Ahora, el artículo 563 del E.T indica que “la antigua dirección continuará siendo válida durante los tres (3) meses siguientes, sin perjuicio de la validez de la nueva dirección informada”, por esto, aunque la demandante actualizó la dirección registrada en el RUT, también es cierto que, según el artículo mencionado, la dirección antigua conserva validez durante tres meses, contados desde la fecha de actualización, esto es, hasta el 23 de agosto de 2014, toda vez que tal actualización se llevó a cabo el 23 de mayo de 2014 (f. 181).

(...)

5- En este caso, la DIAN utilizó la dirección informada por la contribuyente en el RUT, Corr Prado Sevilla (f. 167), para notificar por medio de correo el pliego de cargos nro. 192382013000102 de 20 de diciembre de 2013, el cual fue devuelto por la empresa de mensajería por la causal: “devolución zona urbana se trasladó” y dejando como observación: “datos incompletos para confirmar” (f. 168), motivo por el cual la DIAN dispuso su publicación a través de la página web el 5 de marzo de 2014 (f. 169), conforme lo dispuesto en el Estatuto Tributario.

De acuerdo a lo anterior, para la Sala es claro que no se vulneró el derecho de defensa que alegó el demandante, toda vez que la DIAN procuró hacer la notificación del acto administrativo por correo a la dirección de notificación inscrita en el RUT por el contribuyente (f. 168) y adelantó el procedimiento dispuesto en los artículos 565 y 568 del Estatuto Tributario. El hecho de que la empresa de mensajería dejara la observación de “datos incompletos por confirmar”, no desvirtúa que la notificación se adelantó a la dirección correcta. 1(...)

1 Consejo de Estado. Sección cuarta. Sentencia de 3 de julio de 2020. CP. Dr. Julio Roberto Piza Rodríguez (E). Rad. 47001-23-33-000-2018-00014-01.

También sostuvo:

“(…) Sobre la correcta notificación por correo, el parágrafo primero del artículo 565 del Estatuto Tributario, en la versión vigente para los hechos de la demanda, dispuso que este tipo de notificación consiste en la entrega de una copia del acto administrativo «en la última dirección informada por el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante en el Registro Único Tributario – RUT».

En concordancia, el artículo 568 del Estatuto Tributario, modificado por el artículo 47 de la Ley 1111 de 2006, indicó que cuando sea devuelto el correo por cualquier motivo, los actos «serán notificados por aviso». Y precisó que la notificación se entenderá surtida para efectos de los términos de la DIAN en la primera fecha de introducción al correo, siempre que el correo sea enviado a la dirección inscrita en el RUT.

Teniendo esto presente, en el caso bajo examen está probado que Rodolfo Domingo Fandiño Isaza inscribió en el RUT, el 8 de julio de 2016, la siguiente dirección de notificación: Calle 16 Nro. 17-87, Barrio Centro, Municipio de Ciénaga, Departamento del Magdalena.

La DIAN ordenó notificar el Pliego de Cargos Nro. 19-238-2017-00.0900.003 del 18 de agosto de 2017 en la dirección inscrita en el RUT. En cumplimiento de lo anterior, la autoridad tributaria depositó el correo el 26 de septiembre de 2017, que fue dirigido a la «CL 16 17 87 BRR CENTRO» del municipio de «CIENAGA/MAGD». Pese a que esta dirección coincide con la inscrita en el RUT, el correo fue devuelto con la anotación «DESCONOCIDO». Esto permitió que la DIAN realizara la notificación por aviso el 4 de octubre de 2017, según el artículo 568 del Estatuto Tributario.

(…)

pues el artículo 565 del Estatuto Tributario ordena que se utilice la dirección inscrita en el RUT, salvo que se suministre una dirección procesal. (…)² (Subraya la Sala)

4. Lo que se encuentra probado en el proceso.

- La UGPP profirió el requerimiento de información No. RQI – M 1927 de 26 de septiembre de 2016 (Fls. 12 a 14 C. 1); el requerimiento para declarar y/o corregir No. RCD – 2017 – 00631 de 16 de mayo de 2017 (Fls. 15 a 21 C. 1); y, la Liquidación Oficial No. RDO – 2017 – 03941 de 30 de noviembre de 2017 (Fls. 22 a 25 C. 1).
- Guía de servicio postal de correo 472 de enero de 2018 y notificación por aviso de la Liquidación oficial en mención, fijado el día 22 de enero de 2018

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de veintidós (22) de julio de dos mil veintiuno (2021). CP. Dra. Myriam Stella Gutiérrez Argüello. Rad. 47001-23-33-000-2018-00270-01 (25246)

(Carpeta 03 de la carpeta de antecedentes administrativos del expediente digital).

- Histórico de RUT de la demandante (documento PDF carpeta antecedentes administrativos del expediente digital).

5. De la notificación por aviso.

Sea lo primero dejar presente que, de las normas transcritas se concluye que, la administración debe notificar los actos administrativos en la dirección que ha sido informada en el RUT; y, en este caso, si bien el demandante no aporta el RUT correspondiente, la UGPP con la contestación de la demanda aporta el histórico del RUT de la demandante, señora Paula Marcela Álvarez Marín, y las modificaciones que éste ha tenido, evidenciándose que, entre el 6 de diciembre de 2004 y el 21 de diciembre de 2016 la dirección que allí aparece de la citada señora es la CR 65 A 27 99 AP 401 A ED Cormoranes en la ciudad de Manizales.

Ahora, al revisar la dirección a la cual la UGPP envió la Liquidación Oficial RDO – 2017 – 03941 de fecha 30 de noviembre de 2017, es totalmente coincidente, tal como se evidencia en el encabezado del documento remitido, y de la guía de la empresa de Servicios Postales Nacionales SA 472.

Según las normas en mención, la UGPP debía notificar al correo de la dirección informada en el RUT, y la informada hasta diciembre de 2016 era la CR 65 A 27 99 AP 401 A ED Cormoranes en la ciudad de Manizales; y, si bien es cierto que, el 6 de marzo de 2018 aparece en el RUT cambio de dirección por el Conj Palmares de la Alhambra CA 7 de Manizales; esa dirección aparece actualizada después de haberse intentado la notificación de la Liquidación Oficial, la cual según la guía del correo, se envió el 11 de diciembre de 2017.

De igual manera, debe tenerse presente que, el artículo 563 del Estatuto Tributario dispone que la antigua dirección continuará siendo válida durante los 3 meses siguientes, sin perjuicio de la validez de la nueva dirección informada.

Así que, en primer lugar, la UGPP procedió a notificar de la Liquidación Oficial a la demandante a la dirección que a la fecha aparecía en el RUT, como lo dispone la norma, y, ésta fue devuelta por motivos ajenos al error en la dirección, por la causal “desconocido”; situación que facultaba a la UGPP a proceder con la notificación por aviso, en virtud del contenido del artículo 568 del Estatuto Tributario aplicable a este asunto, por cuanto los actos enviados por correo, que por cualquier razón sean devueltos, serán notificados mediante aviso, con la transcripción de la parte resolutive del acto administrativo.

En efecto, la UGPP, una vez intentada la notificación al correo del RUT, y haber sido devuelto por causa desconocida, procede a la notificación por aviso, publicado el día 22 de enero de 2018, el cual tiene inserta toda la parte considerativa y resolutive de la Liquidación Oficial, como consta en el documento que reposa en la carpeta 3 denominada Liquidación Oficial, de la carpeta de antecedentes administrativos del expediente digital.

También debe decirse que, si bien no hay prueba que la demandante hubiera informado a la UGPP una dirección específica para notificaciones, también lo es que, en virtud del párrafo 1° del artículo 565 del ET, las notificaciones por correo se practicarán, mediante entrega de copia del acto correspondiente en la última dirección informado por el contribuyente responsable o el declarante en el RUT, tal como ocurrió en este caso; y como lo respalda la jurisprudencia en cita.

Por lo expuesto, para esta Sala la UGPP realizó debidamente la notificación a la demandante, ajustándose a las reglas de notificación previstas en el Estatuto Tributario para tal fin, reiterando que, la Liquidación Oficial fue remitida a la dirección que se encontraba reportada en RUT, vigente al momento de surtir la notificación; y ante la devolución del correo, era procedente que la Liquidación Oficial se notificara por aviso; dejándose presente que, contrario a lo que afirma la demandante, la UGPP no estaba facultada para hacer uso de otros medios como información bancaria o comercial, ya que conforme con el artículo 563 del Estatuto Tributario, los mismos solo proceden cuando el contribuyente no ha informado dirección alguna.

Ahora, es necesario resaltar que, en este caso particular, la demandante no discute en ninguna oportunidad que, no informó dirección para notificación, que haya informado una dirección procesal diferente, que no era su dirección a la que se intentó entregar la Liquidación Oficial la consignada en el RUT; sino que se limita a afirmar que hubo indebida notificación porque no se emplearon otros medios; y contrario a ello, ella misma, en el hecho 3 de la demanda afirma que *“De dicho acto administrativo mi representada no tuvo conocimiento, pues no fue notificada a su residencia, y tampoco por ningún medio de notificación”*, hecho que se encuentra totalmente desvirtuado en este momento, pues si fue intentada notificar a su residencia consignada en el RUT vigente al momento de la expedición del acto, y también se intentó la notificación por aviso; por lo que, en este caso, no hay duda que, la dirección para la notificación era la consignada en el RUT, sin que en la demanda se haga una afirmación contraria a ello.

Por lo anterior, para esta Sala se encuentra debidamente notificado el acto demandado, esto es la Liquidación Oficial número RDO – 2017 – 03941 de 30 de noviembre de 2017, sin que se adviertan en este caso las causales de nulidad invocadas que centra la demandante, exclusivamente en la indebida notificación, y la necesidad de usar otros medios para ello; sin que haya alguna otra discusión que se haya planteada ni en los hechos, pretensiones, ni concepto de violación de la demanda; así como tampoco hay discusión sobre el fondo del acto demandado.

Finalmente, no puede pasarse por alto que, la demandante cita como vulnerado el artículo 566-1 del ET el cual tiene que ver con las notificaciones electrónicas; no obstante, la demandante tampoco afirmó, ni demostró haber suministrado a la UGPP una dirección electrónica para la notificación de los actos administrativos, y autorizar de manera expresa, ser notificada allí de manera preferente con las condiciones técnicas establecidas para ello, por lo que no hay lugar a mayor análisis de ese artículo mencionado.

5. De los efectos de la debida notificación y de la caducidad de la acción.

Claro como está que el acto demandado, Liquidación Oficial número RDO – 2017 – 03941 de 30 de noviembre de 2017, emanada de la entidad Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de

la Protección Social – UGPP, fue notificada debidamente mediante aviso; se sigue el estudio de la caducidad de la acción de la siguiente manera:

5.1. De la fecha en que se entiende debidamente notificado el acto acusado.

De conformidad con el artículo 568 del ET vigente para este caso, los actos administrativos enviados por correo, que por cualquier razón sean devueltos, serán notificados mediante aviso; y, *“la notificación se entenderá surtida para efectos de los términos de la administración, en la primera fecha de introducción al correo, pero para el contribuyente, el término para responder o impugnar se contará desde el día hábil siguiente a la publicación del aviso en el portal o de la corrección de la notificación.”*

Ahora, en este caso se tiene que la notificación pro aviso se surtió el día 22 de enero de 2018, por lo que se entendía notificado el acto al día hábil siguiente, eso es el, 23 de enero de 2018.

Por su parte, el literal d numeral segundo del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contempla:

“Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

(...)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

(...)

d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales... (Subraya la Sala).

En este caso, la demandante contaba con cuatro meses contados a partir del 24 de enero de 2018 para la interposición del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, esto es, hasta el 24 de mayo de 2018, sin embargo, la demanda fue presentada en este caso el día 26 de septiembre de 2019, como consta en el acta individual de reparto que reposa en el primer folio del cuaderno principal.

Es decir, que la demanda fue presentada más de 15 meses después de acaecido el término legal para su radicación el, el cual vencía el 24 de mayo de 2018.

Basta lo expuesto, para determinar que, efectivamente en este caso se configuró el fenómeno de la caducidad, por lo que hay lugar a declarar probada dicha excepción, propuesta por la demandada UGPP, como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia.

6. Costas

No se condenará en costas a la parte actora vencida, de conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión a las normas procedimentales civiles, contenida en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por cuanto no se encuentran acreditadas las mismas, acorde con la posición que ha asumido el Consejo de Estado que, luego de señalar el criterio objetivo- valorativo para la imposición de costas¹, en la que se indicó que: *“(...) En esta oportunidad la Subsección A varía aquella posición y acoge el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe). Se deben valorar aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365”*, y, ha proferido número de sentencias² sin condena en costas, al considerar que no se encuentra demostrada su causación.

Pues bien, teniendo en cuenta que la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso), dispone en el numeral octavo del artículo 365, entre otras que: *“Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*; una vez revisado el expediente, se advierte que no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen las erogaciones por concepto de costas en esta instancia, así como tampoco se observa ningún tipo de conducta que amerite la condena por ese concepto, razonamientos estos que son trasunto de los que las diferentes secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado han señalado en punto a costas, donde la regla general ha sido la no condena por tal

concepto. En consecuencia, al no existir fundamento para su imposición la Sala concluye que no es procedente la condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Caldas**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Falla

Primero: Se declara próspera la excepción de caducidad propuesta por la demandada Unidad Administrativa de Gestión pensional y Contribuciones Parafiscales –UGPP-, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentado por la señora Paula Marcela Gálvez Marín contra ésta.

Segundo. Negar las demás pretensiones de la demandante.

Tercero: Sin condena en costas.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, **liquidar** los gastos del proceso, **devolver** los remanentes si los hubiere, y **archivar** el proceso, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

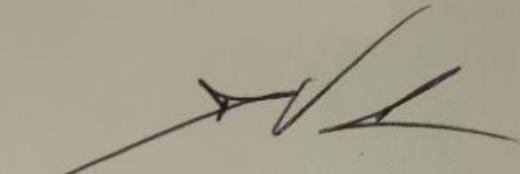
Notifíquese y cúmplase

Discutido y aprobado en Sala de Ordinaria de Decisión celebrada en la fecha.

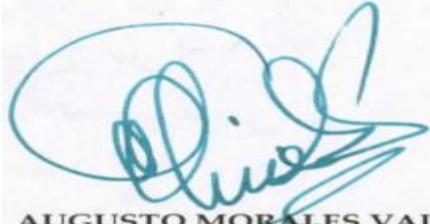
Magistrados



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala Segunda de Decisión
Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, tres (3) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación	17-001-33-39-008-2020-00054-02
Demandante	Elvia Marín Muñoz
Demandado	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio
Vinculado	Departamento de Caldas
Providencia	Sentencia No. 8

La Sala Segunda Oral de Decisión desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales el 13 de septiembre de 2021, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la parte demandante.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones

La parte demandante, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicita:

“DECLARACIONES

1. Declarar la nulidad del acto ficto configurado el día 27 de septiembre de 2019, frente a la petición presentada el día 27 de junio de 2019, en cuanto negó el derecho a pagar la SANCIÓN POR MORA a mi mandante establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

2. Declarar que mi representado tiene derecho a que la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente aun (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud

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

CONDENAS:

1. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a que le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006 a mi mandante, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

2. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A)

3. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCION MORATORIA referida en el numeral anterior, tomando como base la variación de índice de precios al consumidor desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso.

4. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de la SANCION MORATORIA reconocida en esta sentencia.

5. Condenar en costas a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- de conformidad con lo estipulado en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.

2. Hechos.

La parte demandante solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías parciales el 21 de enero de 2019.

Por medio de la Resolución No. 1126-6 del 28 de febrero de 2019 le fue reconocida la cesantía solicitada.

El pago de la referida prestación, según se dice en la demanda, se produjo el día 15 de mayo de 2019 a través de entidad bancaria.

Finalmente, afirma que la solicitud de pago de sanción mora fue respondida mediante acto ficto administrativo negativo.

3. Normas Violadas y Concepto de Violación

Considera vulneradas las siguientes:

Constitución Política

Artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989.

Artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995.

Artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

Consideró que las entidades obligadas a responder por dicha prestación a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio han estado menoscabando las disposiciones que regulan la materia, al incurrir en una mora injustificada en el pago de las prestaciones sociales.

Sostuvo que la Ley 1071 del 2006 fue desconocida por parte de las entidades demandadas tanto en el trámite de reconocimiento y pago de las cesantías, como en la negativa y pago de los intereses moratorios, que, a su vez, se desconoció el artículo 4 que habla de un término de quince (15) días para el reconocimiento de las cesantías y los cuarenta y cinco (45) días hábiles para cancelar dicha prestación social; recalcando que se desconocieron tales términos a pesar de su perentoriedad.

4. Contestación de la Demanda

4.1. La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la parte actora.

Se refirió a la naturaleza jurídica del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio así como al procedimiento para el reconocimiento de cesantías por parte de las entidades territoriales certificadas. Propone la excepción genérica.

4.2. Departamento de Caldas.

Contestó la demanda dentro del término legal, manifestando que se opone a las pretensiones. Propuso las siguientes excepciones de fondo: "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA": Afirma que la Gobernación de Caldas-Secretaría de Educación cumple con funciones procedimentales en cuanto al trámite y reconocimiento de las prestaciones sociales

a cargo del FNPSM, razón por la cual no tiene competencia ni está autorizada legalmente para desembolsar dineros ni reconocer derechos, pues dicha competencia radica en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY”: Sostiene que al departamento de Caldas no le asiste responsabilidad alguna en cuanto al pago de la obligación que se reclama, y que no se puede aplicarse una norma de carácter general al sector docente, puesto que estos poseen un régimen especial. “BUENA FE”: Afirma que, en el pago de prestaciones sociales en el régimen excepcional de los docentes, el ente territorial siempre ha obrado con correcto diligenciamiento y cumplimiento cabal a los términos de ley.

5. Fallo de primera instancia.

El Juzgado Octavo Administrativo, mediante sentencia del 23 de julio de 2021, resolvió la litis en los siguientes términos:

PRIMERO. - DECLARAR PROBADA la excepción de “**FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA**”, propuesta por el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**; en consecuencia, se absuelve a dicho ente en el presente caso.

SEGUNDO. - DECLARAR la nulidad del acto ficto surgido de la petición elevada por la parte demandante el 27 de junio de 2019, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora.

TERCERO. - A título de restablecimiento del derecho, CONDENAR a la NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN –FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a que reconozca y pague a **ELVIA MARÍN MUÑOZ**, identificada con la cédula de ciudadanía número 25.231.453, la sanción por mora de que trata el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el período comprendido entre el **04 de mayo de 2019 inclusive**, y el **14 de mayo de 2019 inclusive**, teniendo como base el salario percibido en el año 2018.

CUARTO. - Negar la pretensión relacionada con el pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria, por las razones expuestas en la parte considerativa.

[..]”

El a quo encontró demostrado que la señora Elvia Marín Muñoz solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías parciales el 21 de enero de 2019, las cuales le fueron reconocidas mediante la Resolución No. 1126-6 del 28 de febrero de 2019, y que las mismas quedaron a su disposición a partir del 15 de mayo de 2019, por lo que solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria el 27 de junio de 2019, la cual le fue negada mediante acto administrativo ficto. Señaló que el término para que se cause la sanción moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de la cesantía, que para el presente caso será a partir del 21 de enero de 2019, descontando setenta (70) días hábiles.

Negó la indexación de la sanción moratoria, para lo cual citó la sentencia de unificación del Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, emitida el 18

de julio de 2018.

En cuanto a las costas considero lo siguiente: i) Existe poder debidamente otorgado por la demandante a la abogada Laura Marcela López Quintero, togada que ha ejercido la representación judicial según el mandato a ella conferido; ii) Procede la condena en costas a cargo de la Nación –Ministerio de Educación –FNPSM, cuya liquidación y ejecución atiende a lo previsto en el artículo 366 del Código General del Proceso; iii) Se fijan agencias en derecho por valor de \$92.000 de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016.

6. Recurso de apelación.

La parte demandada presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia en relación con la condena en costas, pues según dice, sólo habrá lugar a ellas cuando en el expediente se pruebe de manera objetiva su causación de conformidad con el artículo 188 del CPACA y artículo 365 del CGP; en otro apartado del recurso manifiesta que la condena en costas no es objetiva, toda vez que el Juez debe tener en cuenta la buena fe de la entidad en sus actuaciones procesales.

Finalmente, alude al contrato de transacción suscrito entre las partes para que fuese valorado por el a quo en aras de dar por terminado el proceso. Agrega que, en virtud de este acuerdo de voluntades, Fiduprevisora S.A. procedió a realizar el pago de la obligación transada respecto de la señora ELVIA MARÍN MUÑOZ, asociada al proceso radicado 17001333900820200005400. Dicho acuerdo se observa en la fila No. 1 del contrato que se anexa. Dicho pago fue realizado el día 21 de abril de 2021.

Solicita se revoque la condena en costas y se declare la terminación del proceso por transacción.

7. Alegatos de Conclusión en segunda instancia.

Las partes guardaron silencio.

7.1. Ministerio Público.

No emitió concepto.

II. Consideraciones de la Sala

Teniendo en cuenta los aspectos que de manera puntual fueron señalados por la parte demandada como fundamento de su inconformidad frente a la sentencia de primera instancia,

corresponde en esta instancia resolver los siguientes problemas jurídicos:

- ¿La condena en costas impuesta a la parte demandada en primera instancia está acorde con el criterio fijado por el Consejo de Estado vía jurisprudencial?
- ¿Debe declararse la terminación del proceso por transacción?

1. Costas en primera instancia.

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado¹ ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

La condena en costas no se impone a la parte vencida en juicio únicamente en razón a ello, esto es, por el sólo hecho de no salir avante su pretensión o argumento de defensa. Existe un criterio adicional al meramente objetivo y es, precisamente, el criterio valorativo que debe acompañar una decisión de tal naturaleza; es por esto que el juez ha de evaluar que los gastos y agencias en derecho se encuentren causadas y demostradas en favor de la parte vencedora, para lo cual tendrá que valorar entre otros aspectos, las actuaciones surtidas mediante apoderado judicial, las etapas en que este intervino, los recursos interpuestos, la asistencia a audiencias y diligencias, y en general, toda aquella gestión útil realizada en favor del poderdante.

En este caso, la sustentación de la condena en costas hecha por el a quo, aunque exigua, permite entrever que el criterio aplicado fue el objetivo valorativo; de igual forma, el expediente da cuenta de que la parte demandante, a través de apoderado judicial, presentó la demanda y alegó de conclusión, actuaciones que dan paso a la fijación de agencias en derecho.

El criterio subjetivo que invoca la parte demandada no resulta aplicable actualmente; de ahí que la buena fe con que hubiese actuado la parte vencida no es un criterio a tener en cuenta al momento de imponer una condena en costas.

¹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación No.05-001-23-33-000-2012-00439-02(0178-2017), C.P: William Hernández Gómez

2. Terminación del proceso por Transacción.

El Código Civil establece lo siguiente respecto de este modo de extinguir las obligaciones:

ARTICULO 1625. Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula.

Las obligaciones se extinguen además en todo o en parte:

(...)

3o.) Por la transacción.

(...)

El mismo estatuto, en el artículo 2469, define la transacción como el acuerdo de voluntades en virtud del cual, las partes resuelven extrajudicialmente un conflicto sometido al conocimiento de la jurisdicción, así: *"La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa."*

De acuerdo con lo anterior, la transacción es un mecanismo de solución de conflictos y también una forma de terminación del proceso a través de la resolución directa y de común acuerdo de una controversia.

Seguidamente el Código mencionado dispone:

ARTICULO 2470. No puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción.

ARTICULO 2471. Todo mandatario necesita de poder especial para transigir. En este poder se especificarán los bienes, derechos y acciones sobre que se quiera transigir.

Ahora, el artículo 176 de la Ley 1437 de 2011 se refiere a la transacción en los siguientes términos:

ARTÍCULO 176. *Cuando la pretensión comprenda aspectos que por su naturaleza son conciliables, para allanarse a la demanda la Nación requerirá autorización del Gobierno Nacional y las demás entidades públicas requerirán previa autorización expresa y escrita del Ministro, Jefe de Departamento Administrativo, Gobernador o Alcalde o de la autoridad que las represente o a cuyo Despacho estén vinculadas o adscritas. En los casos de órganos u organismos autónomos e independientes, tal autorización deberá expedirla el servidor de mayor jerarquía en la entidad.*

En el evento de allanamiento se dictará inmediatamente sentencia. Sin embargo, el juez podrá rechazar el allanamiento y decretar pruebas de oficio cuando advierta fraude o colusión o lo pida un tercero que intervenga en el proceso.

Con las mismas formalidades anteriores podrá terminar el proceso por transacción.

En relación con el trámite de la transacción, observa la Sala que el Código General del Proceso aplicable por remisión del artículo 306 del CPACA, dispone en los artículos 312 y 313 lo siguiente:

ARTÍCULO 312. TRÁMITE. *En cualquier estado del proceso podrán las partes transigir la litis. También podrán transigir las diferencias que surjan con ocasión del cumplimiento de la sentencia.*

Para que la transacción produzca efectos procesales deberá solicitarse por quienes la hayan celebrado, dirigida al juez o tribunal que conozca del proceso o de la respectiva actuación posterior a este, según fuere el caso, precisando sus alcances o acompañando el documento que la contenga. Dicha solicitud podrá presentarla también cualquiera de las partes, acompañando el documento de transacción; en este caso se dará traslado del escrito a las otras partes por tres (3) días.

El juez aceptará la transacción que se ajuste al derecho sustancial y declarará terminado el proceso, si se celebró por todas las partes y versa sobre la totalidad de las cuestiones debatidas o sobre las condenas impuestas en la sentencia. Si la transacción solo recae sobre parte del litigio o de la actuación posterior a la sentencia, el proceso o la actuación posterior a este continuará respecto de las personas o los aspectos no comprendidos en aquella, lo cual deberá precisar el juez en el auto que admita la transacción. El auto que resuelva sobre la transacción parcial es apelable en el efecto diferido, y el que resuelva sobre la transacción total lo será en el efecto suspensivo.

Cuando el proceso termine por transacción o esta sea parcial, no habrá lugar a costas, salvo que las partes convengan otra cosa.

Si la transacción requiere licencia y aprobación judicial, el mismo juez que conoce del proceso resolverá sobre estas; si para ello se requieren pruebas que no obren en el expediente, el juez las decretará de oficio o a solicitud de parte y para practicarlas señalará fecha y hora para audiencia.

ARTÍCULO 313. TRANSACCIÓN POR ENTIDADES PÚBLICAS. *Los representantes de la nación, departamentos y municipios no podrán transigir sin autorización del Gobierno Nacional, del gobernador o alcalde, según fuere el caso.*

Cuando por ley, ordenanza o acuerdo se haya ordenado promover el proceso en que intervenga una de las mencionadas entidades la transacción deberá ser autorizada por un acto de igual naturaleza.

De conformidad con lo expuesto, para el estudio de la terminación del proceso por la suscripción de un acuerdo a través de contrato de transacción, se requiere la concurrencia de una serie de presupuestos a saber: (1) que las partes que estén debidamente representadas, y que los representantes tengan capacidad o facultad para transar; (2) legitimación en la causa de la demandante; (3) que verse sobre derechos económicos disponibles por las partes; (4) que lo reconocido patrimonialmente esté debidamente respaldado en la actuación; (5) que verse sobre derechos conciliables, que no involucre el desconocimiento de derechos irrenunciables ; y (6) que se ajuste al derecho sustancial.

Ahora bien, en la sentencia de primera instancia, la juez señaló respecto de la solicitud de terminación del proceso por transacción, lo siguiente:

“Una vez revisado el expediente digital se observa que la parte demandante arribó contrato de transacción celebrado entre las partes del proceso de la referencia, sin embargo, una vez revisados los mismos se advierte que la documentación requerida para que sea admitida la transacción se encuentran incompleta, por ello y en virtud a que con antelación el proceso se encontraba a despacho para sentencia, procede el Despacho a proferir el fallo correspondiente dentro del presente asunto.”

Aparte de esa consideración, no se observa otro pronunciamiento en donde se explique en detalle las falencias de tal solicitud.

Ahora bien, observa la Sala que la entidad demandada, a través de apoderado judicial, allegó solicitud de terminación del proceso con fundamento en i) el acuerdo de transacción al que llegaron las partes según contrato del 15 de abril de 2021, ii) certificación expedida por el Secretario Técnico del Comité de conciliación y defensa judicial del Ministerio de Educación Nacional en sesión permanente del 16 de julio de 2020, y iii) Resolución 013878 del 28 de julio de 2020 “por la cual se delega la facultad de transigir y se autoriza la transacción para precaver o terminar procesos judiciales relacionados con sanción por mora en el pago de cesantías a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”. /Archivos 18 y 19, Cuaderno 1/

No obstante lo anterior, al revisar la certificación expedida por el Secretario Técnico del Comité de conciliación y defensa judicial del Ministerio de Educación Nacional en sesión permanente del 16 de julio de 2020, la Sala encuentra que allí solamente se indica lo siguiente: /Archivo 19 Anexo/

En desarrollo de la sesión permanente de “sanción por mora por el pago tardío de las cesantías de los docentes del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG)”, aperturada desde el 16 de julio de 2020 como la sesión No. 30, se ingresaron a esta sesión del Comité de Conciliación y Defensa Judicial un grupo de 1.065 procesos judiciales de sanción por mora para aprobación de la procedencia de la transacción. Conforme a lo anterior, en decisión adoptada el 13 y 14 de abril de 2021 dentro de la sesión permanente, se autorizó celebrar contrato de transacción respecto del grupo de 1.065 procesos judiciales ingresados, cuya liquidación final fue radicada en el sistema de gestión documental del Ministerio de Educación Nacional con el consecutivo 2021-ER-053666. De acuerdo con la información ingresada al Comité de Conciliación y Defensa Judicial, los datos relativos al valor total de los procesos, valor de la transacción y ahorro para la Nación, corresponden a los siguientes:

Total de procesos	1.065
Valor total de los procesos judiciales	\$9.973.044.727,00
Valor de la transacción	\$8.547.858.474,46
Ahorro para la Nación	\$1.425.186.252,54

Hace parte de la presente certificación el archivo con radicado No. 2021-ER-053666, que contiene el detalle de la liquidación de cada uno de los procesos judiciales.

Y es precisamente el archivo con radicado No. 2021-ER-053666, que contiene el detalle de la liquidación de cada uno de los procesos judiciales -entre ellos, el del epígrafe -, es lo que en esta oportunidad echa de menos la Sala de Decisión, pues a partir de ese documento es que se puede obtener información concreta en relación con aquello que es materia de transacción y que cuenta con el aval o autorización del Comité, esto es, radicación del proceso, parte demandante y parte demandada, tipo de cesantía (parcial o definitiva), identificación del acto administrativo por medio del cual se reconoció dicha prestación, fecha de solicitud de las cesantías, fecha de pago, número de días de mora, asignación básica aplicable, valor de la mora y valor de la suma transada. Todo lo anterior, con el fin de contrastarlo con la información consignada en el contrato de transacción, especialmente con

el valor objeto de transacción.

La ausencia del documento que permite verificar tal información, impide concluir que lo reconocido patrimonialmente está debidamente respaldado en la actuación; tampoco permite avanzar con el análisis en punto al cumplimiento de los demás requisitos antedichos.

En ese sentido, le asistió razón al a quo para afirmar que la documentación requerida para que sea admitida la transacción se encuentra incompleta. De ahí que hubiese procedido a resolver de fondo la presente litis a través de la sentencia materia de apelación.

3. Costas en segunda instancia.

No habrá condena en costas debido a la inactividad de la parte demandante en esta instancia.

9. Consideración final.

En razón a que procesos similares al presente ya han sido decididos mediante sentencia por esta Corporación, la Sala ha procedido a dictar fallo dentro de este, por autorizarlo así el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, lo que hace también en aplicación de los principios de economía y celeridad.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

III. Falla

Primero: Se confirma la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales el 23 de julio de 2021, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la parte demandante dentro del proceso de la referencia.

Segundo: Sin condena en costas.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección A, sentencia del 26 de agosto de 2019, C.P. William Hernández Gómez.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Sentencia del 5 de agosto de 2010, Expediente No. 08001-23-31-000-2008-00394-01(1521-09), Actora: Aminta Elena Galvis Baldovino.

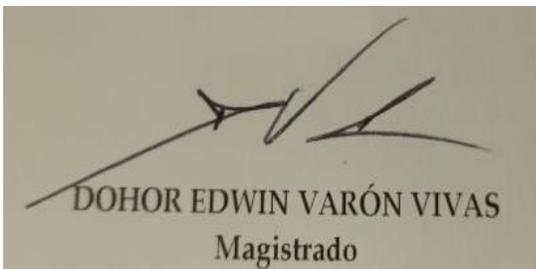
¹⁹ Acuerdo PSAA-16 10554 del 5 de agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Notifíquese y cúmplase

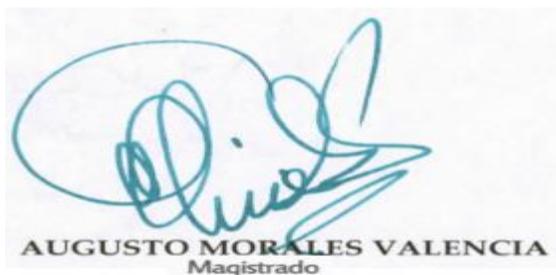
Discutida y aprobada en Sala de Decisión Ordinaria celebrada en la fecha.



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 019

Manizales, tres (3) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17-001-33-33-001-2020-00065-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Luz Adielá Bernal Betancourth
Demandado: Departamento de Caldas

Se emite fallo con ocasión del recurso apelación impetrado por la parte demandada contra la sentencia que accedió a las pretensiones de la accionante.

I. Antecedentes

1. La demanda

1.1. Pretensiones

Se deprecia la nulidad del oficio 0645/19 UJ-SED del 11 de septiembre de 2019 expedido por el departamento de Caldas, por medio del cual negó el reconocimiento de una relación laboral. A título de restablecimiento del derecho se solicitó que se ordene reconocer a la demandante los tiempos de servicios para efectos pensionales.

1.2. Hechos

En síntesis, se señaló que la demandante laboró como docente por órdenes de prestación de servicios emitidas por el departamento de Caldas en instituciones educativas administradas desde 1996 a 2003, para un total de 88 meses. Finalmente señala que, nunca le fueron cancelados aportes al sistema de pensiones.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación.

Se citaron los artículos 53 de la Constitución; 32 de la Ley 80 de 1993; la sentencia C-154 de 1997 de la Corte Constitucional y proveídos 18 de marzo de 1999, 15 de abril 1999 y 12 de octubre de 2000 del Consejo de Estado. Se expuso que, sería ilógico afirmar que funciones como la de docencia puedan ser prestadas esporádicamente y de forma independiente, pues por su naturaleza requieren una prestación permanente y una subordinación indispensable para que se puedan desarrollar.

Por lo anterior, se disfrazó una verdadera relación laboral bajo la figura de las ordenes o autorizaciones de prestación de servicios, a pesar que la demandante se encontraba en la misma situación de hecho predicable de los educadores incorporados a la planta de personal de la entidad territorial.

2. Contestación de la demanda

El **departamento de Caldas** se opuso a las pretensiones de la demandante, sostuvo que la labor prestada por esta tuvo como génesis la expedición de órdenes de prestación de servicios, las cuales tienen su fundamento en el numeral 3, artículo 32 de la Ley 80 de 1993, sin que la demandante demostrara que, en la ejecución de los mencionados servicios se cumplieran con los requisitos esenciales que debe contener toda relación laboral, tal como está consagrado en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

Advirtió que, basta observar como la contratación de la accionante tuvo como causa y razón de ser una situación transitoria como era la falta de personal docente de planta que supliera las vacancias temporales, razón por la cual precisamente aquella prestó sus servicios en periodos eventuales e incluso con solución de continuidad en todos los casos. Que en todo caso, la demandante permitió que trascurrieran más de 15 años entre la última relación de servicios que fundamenta sus pedimentos y la respectiva reclamación ante la entidad, razón por la cual se encuentran prescritas las acreencias que reclama.

Propuso como excepciones las que denominó: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”*, *“No cumplimiento de los requisitos esenciales que regulan un contrato laboral”* y *“Prescripción”*.

3. Sentencia de primera instancia

El a *quo* **accedió** a las pretensiones de la demandante advirtiendo que, el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación continuada, caso en el cual surge el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista.

Que al analizar la relación sostenida entre el demandante y la entidad territorial demandada, *“la actividad docente se cumple conforme a las instrucciones, directrices y orientaciones de sus superiores en el centro escolar, la secretaría de educación territorial y el Ministerio de Educación Nacional, es decir, no bajo su propia dirección y gobierno de lo cual se infiere que la subordinación y la dependencia se encuentran inmersas en dicha labor, esto es, connaturales al ejercicio docente sujeto a los reglamentos propios del magisterio”*.

De lo anterior advirtió que, la demandante fue contratada para prestar el servicio docente, razón por la cual, los elementos de la relación laboral se desprenden del mero análisis de la naturaleza de este servicio, pues es claro que, la docencia debe ser prestada de forma personal por quien es contratado para el efecto, personal que necesariamente se hallará sujeto a una relación de subordinación o dependencia atendiendo a los criterios que se imparten por las entidades públicas y la normativa pertinente sobre cómo debe ser desempeñada esta labor; todo ello aunado a que, debe ser ejecutada en los horarios de clase preestablecidos y en las instalaciones de la respectiva institución educativa.

Finalmente, tras considerar acreditados los elementos de la relación laboral advirtió que, si bien de la misma se derivan una serie de prestaciones que deben ser recodidas al docente contratista, para el caso particular, únicamente hay lugar a los respectivos aportes pensionales, pues estos son imprescriptibles, por lo que dispuso su reconocimiento y pago con destino al fondo de pensiones al que se encuentre afiliada la demandante.

4. Recurso de apelación

El departamento de Caldas recurrió la sentencia arguyendo que, la Ley 715 de 2001 permite hacer uso de la figura de contrato de prestación de servicios para el sector docente. Por otro lado, con fundamento en sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda radicación No. 68001-23-15-000-2000-01793-01(2094-07), señaló que no fue demostrada la subordinación y dependencia de la demandante con la entidad demandada, resaltando que no se desvirtuó la coordinación de actividades entre ambos extremos contratantes.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

Vista la sentencia de primera instancia y el recurso de apelación interpuesto se debe establecer: *¿Se acreditaron los elementos de una relación laboral entre la señora Luz Adielá Bernal Betancourth y el departamento de Caldas, con ocasión de los servicios docentes prestados por aquella a través de órdenes de prestación de servicios?*

2. Tesis de la Sala

Se hallan acreditados los elementos de la relación laboral, pues se probó la efectiva prestación del servicio docente por parte de la demandante durante los lapsos que, sumados superan los dos años y la remuneración directa de estos servicios, lo cual permite inferir que las labores docentes prestadas por la demandante no fueron simplemente transitorias; aunado a que este tipo de tareas por su mera naturaleza implican el apego a unos criterios de subordinación y dependencia propias de la actividad educativa.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia a: i) el marco normativo y jurisprudencial sobre la primacía de la realidad sobre las formalidades; los elementos de la relación laboral; iii) las pruebas y hechos acreditados relevantes para la resolución del asunto; para luego descender al iv) análisis del caso concreto.

3. Marco normativo y jurisprudencial¹

3.1. La primacía de la realidad sobre las formalidades

El artículo 53 de la Constitución consagró el principio de la *“primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”*, como aquella garantía de los trabajadores más allá de las condiciones que formalmente se hayan pactado.

La finalidad de este articulado es la de exigir al legislador la consagración uniforme en los distintos regímenes de los principios mínimos fundamentales que protegen a los trabajadores y la manera de garantizarlos, en aras de hacer efectivo el principio de igualdad ante la ley.

¹ Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 16 de agosto de 2018, Radicación número: 19001-23-31-000-2006-01070-01(1007-12)

Desde tiempo atrás, la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.)², expresamente consagró en su Preámbulo el *“reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor”* premisa que se fundamentó en el artículo 2 del Convenio 111 de la OIT³ al señalar que: *“todo miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva los métodos adecuados a las condiciones y a las prácticas nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto”*.

Dicho Convenio en Colombia es fuente de derecho de aplicación directa en virtud del artículo 53 de la Constitución Política, al decir: *“los Convenios Internacionales del Trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna”*, cuyo contenido es norma interpretativa de los derechos en virtud del artículo 93 de la Constitución Política.

3.2. Elementos propios de la relación laboral

El Código Sustantivo de Trabajo en sus artículos 23 y 24 estableció los elementos para estructurar una relación laboral, así: i) La actividad personal del trabajador; ii) la continuada subordinación o dependencia *“del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al País”*; y iii) un salario como retribución del servicio.

Sobre el elemento de la prestación personal del servicio, el Consejo de Estado señaló que, *“Como personal natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente por este⁴; pues, gracias a sus capacidades o cualificaciones profesionales, fue a él a quien se eligió y no a otro; por lo que, dadas las condiciones para su ejecución, el contratista no pudo delegar el ejercicio de sus actividades en terceras personas”⁵*.

En lo referente a la subordinación o dependencia, el Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 09 de septiembre de 2021⁶ señaló una serie de situaciones indicativas de su existencia y que deben ser valoradas a la luz de cada caso particular, así:

“104. i) El lugar de trabajo. Considerado como el sitio o espacio físico facilitado por la entidad para que el contratista lleve a cabo sus actividades. Sin embargo, ante el surgimiento de una nueva realidad laboral, fruto de las innovaciones tecnológicas, esta Sala Plena estima necesario matizar esta circunstancia, por lo que el juzgador habrá de valorarla, en cada caso concreto, atendiendo a las modalidades permitidas para los empleados de planta.

105. ii) El horario de labores. Normalmente, el establecimiento o imposición de una jornada de trabajo al contratista no implica, necesariamente, que exista subordinación laboral y, por consiguiente, que la relación contractual sea simulada. Así, ciertas actividades de la

² Aprobada en 1919

³ Aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967

⁴ **Cita de cita:** Código Sustantivo del Trabajo, literal b) del artículo 23: [Es uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo] «La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo».

⁵ **Cita de cita:** Al respecto, véase entre otras sentencias, la del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B; de 1 de marzo de 2018; radicado 2013-00117-01 (3730-2014); C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

⁶ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. SUJ-025-CE-S2-2021

Administración (servicios de urgencia en el sector salud o vigilancia, etc.) necesariamente requieren la incorporación de jornadas laborales y de turnos para atenderlas. Por ello, si bien la exigencia del cumplimiento estricto de un horario de trabajo puede ser indicio de la existencia de una subordinación subyacente, tal circunstancia deberá ser valorada en función del objeto contractual convenido.

*106. **iii) La dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar.** Bien sea a través de la exigencia del cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, o la imposición de reglamentos internos, o el ejercicio del poder de disciplina o del *ius variandi*, la dirección y control efectivo de las actividades del contratista constituye uno de los aspectos más relevantes para identificar la existencia o no del elemento de la subordinación. En ese sentido, lo que debe probar el demandante es su inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la entidad, de manera que demuestre que esta ejerció una influencia decisiva sobre las condiciones en que llevó a cabo el cumplimiento de su objeto contractual. Así, cualquier medio probatorio que exponga una actividad de control, vigilancia, imposición o seguimiento por parte de la entidad, que en sana crítica se aleje de un ejercicio normal de coordinación con el contratista, habrá de ser valorado como un indicio claro de subordinación.*

*107. **iv) Que las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral.** El hecho de que el servicio personal contratado consista en el cumplimiento de funciones o en la realización de tareas idénticas, semejantes o equivalentes a las asignadas en forma permanente a los funcionarios o empleados de planta de la entidad, puede ser indicativo de la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente, siempre y cuando en la ejecución de esas labores confluyan todos los elementos esenciales de la relación laboral a los que se refiere el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. En ese orden de ideas, incumbe al actor demostrar, además de la prestación personal de sus servicios a cambio de una remuneración, la existencia de unas condiciones de subordinación o dependencia, en las que el representante de la entidad contratante o la persona que él designe, ostentó la facultad de exigirle el cumplimiento de órdenes perentorias y de obligatoria observancia. Por consiguiente, el interesado deberá acreditar, además de la permanencia de sus servicios, que la labor desarrollada se enmarca en el objeto misional de la entidad." (Subrayado y negrillas de este Tribunal).*

Finalmente, sobre la existencia de remuneración por las actividades desarrolladas precisó que *"Por los servicios prestados, el presunto contratista ha debido recibir una contraprestación económica, con independencia de si la entidad contratante fue la que directamente la realizó. Lo importante aquí es el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo. En la práctica, esta retribución recibe el nombre de honorarios, los cuales pueden acreditarse a través de los recibos que, por dicho concepto, enseñen los montos que correspondan a la prestación del servicio contratado".*⁷

Ahora bien, para el caso de las funciones docentes el H. Consejo de Estado ha avalado que esta particular tarea que otrora fuere desempeñada por docentes contratados a través de ordenes o autorizaciones de prestación de servicios, debe ser analizada desde una óptica más laxa, pues el ejercicio de la labor docente en institución de educación pública conllevan intrínsecamente elementos de subordinación y dependencia, tales como el sometimiento a los horarios de funcionamiento de la institución pública, el acatamiento de la directrices del

⁷ Ibidem.

cuerpo directivo docente y necesariamente el ceñimiento a los criterios de instrucción desarrollados por las entidades reguladoras del servicio educativo. En efecto dicha corporación ha advertido⁸:

“En lo que se refiere a la vinculación de docentes a través de contratos de prestación de servicios, sea lo primero advertir que el artículo 2 del Decreto ley 2277 de 1979 define como docente a quien ejerce la profesión de educador, ...

La mencionada definición de la labor docente fue reafirmada por el artículo 104 de la Ley 115 de 1994 (ley general de educación) ...Este criterio coincide con la línea jurisprudencial consolidada de las subsecciones de esta Sala, en el sentido de que la labor del docente contratista no es independiente, sino que el servicio se presta de manera personal y subordinada al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público de la educación.

Igualmente, es menester anotar que la actividad docente no se desarrolla en virtud de la coordinación imperante en los contratos de prestación de servicios[52], comoquiera que se cumple conforme a las instrucciones, directrices y orientaciones de sus superiores en el centro escolar, la secretaría de educación territorial y el Ministerio de Educación Nacional, es decir, no bajo su propia dirección y gobierno[53], de lo cual se infiere que la subordinación y la dependencia se encuentran inmersas en dicha labor, esto es, connaturales al ejercicio docente sujeto a los reglamentos propios del magisterio.

A manera de conclusión y de acuerdo con los derroteros trazados por ambas subsecciones, dirá la Sala que la vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicios, no desvirtúa el carácter personal de su labor ni mucho menos es ajena al elemento subordinación existente con el servicio público de educación, en razón a que al igual que los docentes – empleados públicos (i) se someten permanentemente a las directrices, inspección y vigilancia de las diferentes autoridades educativas, por lo que carecen de autonomía en el ejercicio de sus funciones, (ii) cumplen órdenes por parte de sus superiores jerárquicos y (iii) desarrollan sus funciones durante una jornada laboral de acuerdo con el calendario académico de los establecimientos educativos estatales en los que trabajen, motivo por el cual en virtud de los principios de primacía de la realidad sobre las formalidades e igualdad, los docentes-contratistas merecen una protección especial por parte del Estado.

*En relación con la **subordinación**, como último elemento de la relación laboral, se observa que la actora pese a vincularse como docente mediante contratos de prestación de servicios celebrados bajo los principios de la Ley 80 de 1993, la ejecución de su actividad docente necesariamente implicó la prestación de sus servicios intelectuales de manera directa y sin independencia en el cumplimiento de su labor, pues por el contrario debió cumplir el horario y los parámetros fijados por los reglamentos del servicio público de educación, por lo que se generó dependencia y subordinación con la entidad territorial para la cual trabajaba.*

Por lo tanto, las actividades desarrolladas por la demandante revisten las características propias de un empleo de carácter permanente...

⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, 25 de agosto de 2016, radicado 3001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, M.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

En este orden de ideas, a la presente controversia le es aplicable el principio de "la primacía de la realidad sobre formalidades", pues es indudable que la demandante se encontraba en las mismas condiciones de los docentes nombrados en planta, en tanto desempeñaba personalmente la labor, en un cargo que revestía la característica de permanente, motivo por el cual estaba sujeta a subordinación y dependencia.

...

3.4 Caso concreto. *El material probatorio traído al plenario da cuenta de la situación respecto de los hechos a los cuales se refiere la presente demanda, en tal virtud, se destaca:*

a) El 16 de octubre de 2012, la actora solicitó del secretario de hacienda del municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba), el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales por haber laborado 12 años y 1 mes, sin que estas le fueran canceladas, las que pide le sean incluidas en el acuerdo de reestructuración de pasivos de la Ley 550 de 1999[54].

...

Y si bien, según los documentos allegados, existieron algunas interrupciones, las probanzas coinciden en el hecho de que la demandante prestó sus servicios por trece (13) años y un (1) mes como maestra al municipio de Ciénaga de Oro, lo cual demuestra su atadura con la entidad territorial, que persistió pese a la modalidad de contratación utilizada por la Administración.

En este orden de ideas, a la presente controversia le es aplicable el principio de "la primacía de la realidad sobre formalidades", pues es indudable que la demandante se encontraba en las mismas condiciones de los docentes nombrados en planta, en tanto desempeñaba personalmente la labor, en un cargo que revestía la característica de permanente, motivo por el cual estaba sujeta a subordinación y dependencia". (Se resalta)

4. Pruebas y hechos acreditados relevantes para la resolución del asunto

- La Secretaría de Educación de Caldas emitió Autorización de prestación de servicios 1447 del 23 de abril de 2003, para que la demandante prestara servicios en Colegio General Ramón Marín Torri del municipio de Marmato. Se indica que: *"el pago de los servicios transitorios se hará por medio de reconocimiento mensual, previa certificación de la efectiva prestación del servicio, expedido por el respectivo Directivo Docente y se imputará con cargo Presupuesto General de Participaciones... Queda bajo la responsabilidad del Directivo Docente comprobar previamente que el autorizado esté afiliado en Salud una E.P.S debidamente reconocida por el estado, como requisito para que pueda asignarle funciones. Solo se cancela el tiempo efectivamente servido, no se cancela periodo de Semana Santa y vacaciones escolares. La no aceptación del docente debe manifestarlo el Directivo por escrito, expresando las razones del hecho".⁹*
- Mediante Resolución 01823 del 13 de junio de 2003¹⁰ se hace un reconocimiento de honorarios a la demandante, advirtiendo que los mismos son cancelados por servicios prestados entre el 23 de abril al 31 de mayo de 2003.
- Mediante Resolución 02217 del 18 de julio de 2003¹¹ se hace un reconocimiento de honorarios a la demandante, advirtiendo que los mismos son cancelados por los servicios prestados entre el 1° al 22 de junio de 2003.

⁹ A.D. "28Autorizacio"

¹⁰ A.D. "29Resolucion_REVISAR_FECHA"

¹¹ A.D. "30Resolucion_REVISAR_FECHA"

- Mediante Resolución 02534 del 14 de agosto de 2003¹² se hace un reconocimiento de honorarios a la demandante, advirtiéndose que los mismos son cancelados por servicios prestados entre el 14 y el 31 de julio de 2003.
- Mediante Resolución 03501 del 10 de noviembre de 2003¹³ se hace un reconocimiento de honorarios a la demandante, advirtiéndose que los mismos son cancelados por servicios prestados entre el 1° y el 30 de octubre de 2003.
- Mediante Resolución 03950 del 15 de diciembre de 2003¹⁴ se hace un reconocimiento de honorarios a la demandante, advirtiéndose que los mismos son cancelados por servicios prestados entre el 1° y el 30 de noviembre de 2003.
- La Secretaría de Educación del departamento de Caldas, en respuesta a solicitud probatoria efectuada por el juzgado de primera instancia, emitió constancia el 23 de marzo de 2022, en la que certificó los tiempos de servicios laborados como docente por la señora Luz Adielá Berna Betancourt.¹⁵

Conforme a la constancia expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas se señaló que la demandante **laboró y le fueron remunerados** los siguientes lapsos de servicio docente:

O.P.S.	Periodo laborado
No. 1447 del 23 de abril de 2003	23 de abril a 31 de mayo de 2003 (1 mes y 8 días); 1 al 22 de junio de 2003 (22 días); 14 al 31 de julio de 2003 (18 días); y 1 al 30 de noviembre de 2003 (2 meses). Total (4 meses, 18 días)

5. Análisis sustancial del caso concreto.

Como puede verse, se encuentra acreditado que, la actora desempeñó labores docentes en una institución educativa del departamento de Caldas, funciones que, como se advirtió tienen una naturaleza dependiente y subordinada al hallarse sometidas a los horarios de funcionamiento de la institución pública, al acatamiento de la directrices del cuerpo directivo docente de cada institución educativa en que prestó sus servicios y ser desempeñadas en estricto ceñimiento a los criterios de instrucción impartidos por las diferentes autoridades educativas que ejercen inspección y vigilancia sobre este servicio público.

Sobre la suficiencia de la prueba respecto de la subordinación en el desempeño de labores docentes, el Consejo de Estado¹⁶ en sentencia del 24 de febrero de 2022, al analizar un asunto similar, precisó que:

¹² A.D. "31Resolucion_REVISAR_FECHA"

¹³ A.D. "32Resolucion_REVISAR_FECHA"

¹⁴ A.D. "32Resolucion_REVISAR_FECHA"

¹⁵ AD. "36CertificaciónSecretariaEducación"

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda – Subsección A C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Sentencia del 24 de febrero de 2022., Rad.: 080012333000201390041-01 (4881-2014)

*“En el caso concreto, para el periodo comprendido entre el 20 de junio de 2009 y el 29 de octubre de 2009, si bien la Sala tiene presente los lineamientos de la sentencia de unificación CE-SUJ2-005-16 del 25 de agosto de 2016, respecto de lo implícito del elemento subordinación en la actividad docente, también debe señalar que dentro del expediente no obran elementos probatorios suficientes para establecer la configuración de los demás elementos de laboralidad, puesto que **la parte actora únicamente aportó, para acreditar la prestación personal del servicio y la remuneración en dicho periodo, la resoluciones de pago por servicios (hechos probados vii y viii) que expidió la Secretaría de Educación del Atlántico por el periodo comprendido entre el 30 de octubre de 2009 y el 30 de junio de 2010; es decir, pagos o remuneraciones que claramente no abarcan el lapso del 20 de junio de 2009 al 29 de octubre de 2009.***

En igual sentido, la Sala tampoco encuentra elementos de juicio suficientes que indiquen que el señor Víctor Manuel Ahumada Mozo prestó sus servicios de manera personal en ese periodo, o que hubiese cumplido con obligaciones relacionadas con su actividad docente en el plante educativo. Por ello, ante la ausencia de material probatorio que ofrezca siquiera indicios de la configuración de todos los elementos del contrato de trabajo, no es posible declarar la existencia de una relación laboral subyacente o encubierta entre el demandante y la Secretaría de Educación Departamental del Atlántico, para el mencionado lapso”. (Se resalta)

En el caso concreto, de acuerdo a la prueba documental aportada, en especial, las resoluciones de pago por servicios y la constancia de servicios prestados, se encuentra acreditada la prestación personal del servicio docente por parte de la demandante, y la remuneración en dicho periodo y atendiendo la naturaleza de la labor docente, se infiere la existencia de la subordinación, tal como se indicó en la sentencia apelada.

6. Conclusión

Por lo anterior, no prosperan los argumentos expuestos por el departamento de Caldas en el recurso de apelación, por cuanto la demandante logró demostrar con certeza los elementos de la relación laboral. Corolario, la Sala confirmará la decisión impartida por el a quo.

7. Costas

Atendiendo al criterio objetivo valorativo que ha sido desarrollado por el Consejo de Estado con respecto a la imposición de costas (gastos procesales y agencias en derecho), no se condenará en costas de segunda instancia advirtiendo que no se encuentran acreditadas, toda vez que las partes no incurrieron en gastos procesales, ni actuaron en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera del Tribunal Administrativo de Caldas, Sala de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve

Primero: Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Manizales el 30 de septiembre de 2022 dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Luz Adielá Bernal Betancourth contra el departamento de Caldas.

Segundo: Sin Costas en esta instancia.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 08 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 020

Manizales, tres (3) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17-001-33-33-002-2020-00328-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Alba Marina Acosta Cadavid
Demandado: Departamento de Caldas

Se emite fallo con ocasión del recurso apelación impetrado por la parte demandada contra la sentencia que accedió parcialmente a las pretensiones de la demandante.

I. Antecedentes

1. La demanda

1.1. Pretensiones

Se solicitó se declare la nulidad de los oficios J. G. T. H. -614 del 27 de agosto de 2020 y J. G. T. H. -708 de octubre de 2020, expedidos por el Departamento de Caldas, mediante los cuales se negó a la demandante el reconocimiento y pago de los aportes a la Seguridad Social en Pensión del periodo comprendido entre el 1 de mayo de 1986 y el 30 de julio de 1987.

Que se declare que la demandante laboró para la Secretaría de Hacienda del Departamento de Caldas desde el 01 de mayo de 1986 hasta el 30 de julio de 1987 mediante un contrato realidad en el que prestó personalmente el servicio, cumplió horario, devengó un salario periódico y estuvo bajo subordinación continuada y permanente y en consecuencia, condenar al departamento de Caldas a título de restablecimiento del derecho a reconocer y pagar los aportes a seguridad social en Pensión a órdenes de Colpensiones por medio de un cálculo actuarial, en favor de la demandante, de los periodos comprendidos entre el 1 de mayo de 1986 y el 30 de julio de 1987.

1.2. Hechos

Se señala que, la demandante se vinculó mediante contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones como auxiliar en el área de presupuesto de la Secretaría de Hacienda del departamento de Caldas, cumpliendo funciones consistentes en responder memoriales y proyectar oficios; servir de soporte en el área de contratación con labores de transcripción de contratos; apoyar en la gestión de proyección de asientos contables elaborados a mano; archivar documentación; atender llamadas telefónicas y demás actividades propias de una auxiliar administrativa, desde el 1 de mayo de 1986 hasta el 30 de julio de 1987.

Que durante toda la vinculación, sostuvo una verdadera relación de índole laboral, teniendo en cuenta que reunía los requisitos de pago de un salario, subordinación, prestación personal del servicio y cumplimiento estricto de horarios y que no le fueron canceladas todas las acreencias laborales producto de la mencionada relación laboral.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

Invocó los artículos 1, 2, 4, 13, 25, 53, 83 y 93 de la Constitución; Decreto 3135 de 1968; Decreto 848 de 1969 y Decreto 2127 de 1945. Señaló que existió un verdadero contrato de trabajo, dado que la actividad de la demandante no era independiente, ni la desarrollaba en horarios propios, sino siguiendo los lineamientos, instrucciones y órdenes, lo anterior teniendo en cuenta que la demandante se desempeñó cumpliendo funciones propias de un empleado público.

2. Contestación de la demanda

El **Departamento de Caldas** se opuso a las pretensiones de la demandante, sostuvo que la labor prestada por esta tuvo como génesis la expedición de órdenes de prestación de servicios como auxiliar temporal, las cuales tienen su fundamento en el numeral 3, artículo 32 de la Ley 80 de 1993, sin que la demandante demostrara que, en la ejecución de los mencionados servicios se cumplieran con los requisitos esenciales que debe contener toda relación laboral, tal como está consagrado en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

Advirtió que, la accionante cumplió unas labores de apoyo como auxiliar en la Secretaría de Hacienda Departamental por un periodo limitado que no genera la existencia de un contrato realidad o la declaratoria de un servidor público de hecho que impliquen el pago de aportes al sistema de seguridad social.

Propuso como excepciones las que denominó: *“inexistencia de vinculación legal y reglamentaria o relación laboral”, “cobro de lo no debido”, “aplicación de la sentencia de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado del 25 de agosto de 2015” y “Prescripción”*.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró de oficio probada la excepción de *“inepta demanda”* respecto del oficio JGTH 614 del 27 de agosto de 2020 y no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada. En consecuencia, **accedió a las pretensiones** de la demandante, por lo que declaró la nulidad de los oficios *“...JGTH 614 del 27 de agosto de 2020 y JGTH 708 de octubre de 2020...”*; declaró que entre ambos extremos procesales existió una relación laboral por el lapso comprendido entre el 1 de mayo a 30 de septiembre de 1986; 1 de noviembre a 30 de diciembre de 1986; 1° al 30 de febrero de 1987; 1° al 30 de abril de 1987 y del 1° a 23 de julio de 1987. Por otro lado, negó reconocimiento y pago de los aportes a seguridad social de octubre de 1986 y, enero, marzo, mayo, junio y del 24 de julio al 30 de julio de 1987, por no haber allegado prueba de ejecución de contrato durante esos periodos.

A título de restablecimiento del derecho condenó al departamento de Caldas a pagar la totalidad de los aportes respectivos para pensión a favor de la demandante, tomando el ingreso como base de cotización (IBC) pensional del demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se

debieron efectuar, los consigue a Colpensiones por la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Señaló además que, *“en la eventualidad que la demandante no hubiese hecho cotizaciones al sistema de seguridad social en pensión o existiese diferencia en su contra según los porcentajes que correspondía aportar para las fechas de causación, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador”*¹.

4. Recursos de apelación

La parte demandada solicitó revocar el fallo y negar las pretensiones de la demandante argumentando que, si bien existen actos administrativos donde aparece un emolumento que se le reconocía a la demandante por cada mes de trabajo, no existe prueba de que efectivamente los haya recibido o que hayan ingresado a su patrimonio.

Que el fallo fundó su tesis, en que la demandante al prestar los servicios en el sitio de trabajo implicaba la subordinación de aquella con la entidad; frente a lo cual, señaló que dicho elemento no se encuentra suficientemente demostrado. Censuró los testimonios practicados a instancia de la parte actora, señalando que ninguno identificó la fecha en que la demandante prestó sus servicios, tampoco fueron claros respecto a las órdenes que se le impartían a la señora Acosta.

Señaló que la accionante cumplió labores de apoyo como auxiliar de la Secretaría de Hacienda Departamental por un periodo limitado, lo cual no genera la existencia de contrato realidad el cumplimiento de horario de labores, el establecimiento de una jornada de trabajo al contratista, no implica necesariamente que exista subordinación.

Indicó que el Juzgado de primera instancia, incurrió en un error al declarar parcialmente probada la excepción de inepta demanda, señalando que el oficio JGTH 614 del 27 de agosto de 2022 no era un acto enjuiciable por ser de trámite y en el ordinal tercero se declara su nulidad; señalando que, no puede comprenderse como se considera que dicho acto no puede ser enjuiciado, pero más adelante declara su nulidad.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

Vista la sentencia de primera instancia y el recurso de apelación interpuesto, es necesario establecer: *¿Fue demostrada la remuneración y la subordinación en la relación que sostuvo Alba Marina Acosta Cadavid con el departamento de Caldas, en la ejecución de las funciones que desempeño bajo órdenes de prestación de servicios o simplemente existió una coordinación de actividades?*

¿El oficio JGTH 614 del 27 de agosto de 2022 es un acto susceptible de ser demandado?

2. Primer problema jurídico

Tesis del Tribunal

¹ Pág. 26 AD “048Sentencia”

Se encuentra demostrada la remuneración y la relación de subordinación de la demandante, con ocasión a las funciones que desempeñó bajo órdenes de prestación de servicios, teniendo en cuenta: el lugar de trabajo, la sujeción a un horario laboral, la dirección y control efectivo de las actividades ejecutadas por la demandante; aunado a que las actividades desarrolladas son inherentes a la misión y objetivo principal de la entidad, y a las condiciones de permanencia de las labores.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia a: **i)** el marco normativo y jurisprudencial sobre el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades y **ii)** los hechos relevantes acreditados; para luego descender, **iii)** al análisis del caso concreto.

2.1. Marco normativo y jurisprudencial²

2.1.1. La primacía de la realidad sobre las formalidades

La Constitución Política, en su preámbulo, asegura a sus integrantes *“la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que asegure un orden político, económico y social justo”*. La anterior premisa fue desarrollada en los artículos 13 y 25 ibidem, según los cuales: i) Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley y *“recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”*; y, ii) se garantiza el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, el cual surge como uno de los valores y propósitos del Estado al ser consagrado en el Preámbulo de la Constitución con particular importancia.

Como sustento de lo anterior, el artículo 53 consagró el principio de la *“primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”*, como aquella garantía de los trabajadores más allá de las condiciones que formalmente se hayan pactado. La finalidad de este articulado es la de exigir al legislador la consagración uniforme en los distintos regímenes de los principios mínimos fundamentales que protegen a los trabajadores y la manera de garantizarlos, en aras de hacer efectivo el principio de igualdad ante la ley.

Desde tiempo atrás, la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT.)³, expresamente consagró en su Preámbulo el *“reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor”* premisa que se fundamentó en el artículo 2 del Convenio 111 de la OIT⁴ al señalar que: *“todo miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva los métodos adecuados a las condiciones y a las prácticas nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto”*.

Dicho Convenio en Colombia es fuente de derecho de aplicación directa en virtud del artículo 53 de la Constitución, al decir: *“los Convenios Internacionales del Trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna”*, cuyo contenido es norma interpretativa de los derechos constitucionales en virtud del artículo 93 de la Constitución Política.

² Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 16 de agosto de 2018, Radicación número: 19001-23-31-000-2006-01070-01(1007-12)

³ Aprobada en 1919

⁴ Aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967

2.1.2. La relación de naturaleza laboral

El Código Sustantivo de Trabajo en sus artículos 23 y 24 estableció los elementos para estructurar una relación laboral, así: i) la actividad personal del trabajador; ii) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador; y iii) un salario como retribución del servicio.

Sobre el elemento de la prestación personal del servicio, el Consejo de Estado ha señalado: *“Como personal natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente por este⁵; pues, gracias a sus capacidades o cualificaciones profesionales, fue a él a quien se eligió y no a otro; por lo que, dadas las condiciones para su ejecución, el contratista no pudo delegar el ejercicio de sus actividades en terceras personas”*.⁶

En lo referente a la subordinación o dependencia ha indicado que: *“se debe entender el elemento esencial y configurativo de la relación laboral, según el cual el empleador, en ejercicio de su potestad de dirección, puede exigir a sus empleados el acatamiento de órdenes e instrucciones sobre el modo y la cantidad de trabajo, el cumplimiento de horarios para el desarrollo de este, y la imposición de los reglamentos internos, en cualquier momento, respetando la dignidad del trabajador y sus derechos mínimos constitucionales y laborales”*⁷.

Sobre la existencia de remuneración precisó que: *“Por los servicios prestados, el presunto contratista ha debido recibir una contraprestación económica, con independencia de si la entidad contratante fue la que directamente la realizó. Lo importante aquí es el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo. En la práctica, esta retribución recibe el nombre de honorarios, los cuales pueden acreditarse a través de los recibos que, por dicho concepto, enseñen los montos que correspondan a la prestación del servicio contratado.”*

De conformidad con lo expuesto, la denominada figura del contrato realidad, en aplicación del principio de realidad sobre las formas debe ser aplicada en aquellos asuntos en que se presenten los tres elementos esenciales de la relación laboral (prestación personal, subordinación o dependencia y remuneración), siendo una carga propia de la parte actora el demostrar su existencia material en cada en caso concreto.

2.2. Hechos relevantes acreditados

- La señora Alba Marina Acosta Cadavid, presto servicios a la Secretaria de Hacienda del departamento de Caldas, durante los siguientes periodos, según se desprende de las siguientes resoluciones de reconocimiento y pago:

Número de Resolución	Periodo	Duración
3466 del 30 de mayo de 1986 ⁸	01-05-1986 a 30-05-1986	1 mes
4154 del 27 de junio de 1986 ⁹	01-06-1986 a 30-06-1986	1 mes
5329 del 15 de agosto de 1986 ¹⁰	01-07-1986 a 30-07-1986	1 mes

⁵ **Cita de cita:** Código Sustantivo del Trabajo, literal b) del artículo 23: [Es uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo] «La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo».

⁶ **Cita de cita:** Al respecto, véase entre otras sentencias, la del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B; de 1 de marzo de 2018; radicado 2013-00117-01 (3730-2014); C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 25 de noviembre de 2021. Rad.: 20001-23-39-000-2015-00195-01(5186-16)

⁸ Pág. 3 AD. “002PruebaDepto”

⁹ Pág. 4 Idem.

¹⁰ Pág. 5 Idem.

5330 del 15 de agosto de 1986 ¹¹	01-08-1986 a 15-08-1986	15 días
5709 del 4 de septiembre de 1986 ¹²	16-08-1986 a 30-08-1986	15 días
6267 del 3 de octubre de 1986 ¹³	01-09-1986 a 30-09-1986	1 mes
7578 del 27 de noviembre de 1986 ¹⁴	01-11-1986 a 30-11-1986	1 mes
8146 del 18 de diciembre de 1986 ¹⁵	01-12-1986 a 30-12-1986	1 mes
1014 del 3 de marzo de 1987 ¹⁶	01-02-1987 a 28-02-1987	1 mes
2427 del 27 de abril de 1987 ¹⁷	01-04-1987 a 03-04-1987	1 mes
4539 del 24 de julio de 1987 ¹⁸	01-07-1987 a 23-07-1987	1 mes

- En todas las resoluciones se indica que la señora Alba Marina Acosta Cadavid prestó sus servicios en la Secretaría de Hacienda.

- La señora Beatriz Elena Ramírez Henao¹⁹, quien rindió testimonio ante el despacho de primera instancia, señaló que:

- Conoció a la señora Alba Marina Acosta Cadavid, toda vez que laboró en la Secretaría de Hacienda del departamento de Caldas, entre 1985 y 1994 en calidad de secretaria ejecutiva.
- Le consta que la señora Acosta laboró en las oficinas de la mencionada dependencia, con un horario laboral de 8 horas diarias, de lunes a viernes de 8 am a 12 m y de 2 pm a 6 pm, servicios que prestó por alrededor de 1 año; manifestó que le consta lo dicho, por cuanto era quien elaboraba las Resoluciones de reconocimiento y pago.
- La demandante tenía como funciones: elaborar memorandos, actos administrativos, elaborar oficios, y que además debían hacerse de forma mensual y periódica.
- El jefe inmediato de la señora Acosta fue Jaime Arturo Aristizábal Nieto, quien fungía como Jefe de Presupuesto y el superior era el Secretario de Hacienda.
- En caso de requerir permiso para ausentarse del lugar de trabajo, debía solicitarlo a sus superiores.

- El señor Carlos Alberto Vélez Arias²⁰, quien rindió testimonio ante el despacho de primera instancia, señaló que:

- Laboró de la Contraloría General del Departamento de Caldas, fungiendo como jefe de control previo, razón por la cual le consta que la señora Alba Marina Acosta hacía parte de un grupo de persona que contrataba permanentemente el Departamento de Caldas, bajo la modalidad de prestación de servicios.
- Sus servicios los prestó en una oficina que se encontraba a 30 metros de donde funciona la Secretaría de Hacienda del departamento, por lo que tenía un permanente contacto con la señora Alba Marina, quien llevaba documentación a la oficina de Control Previo; señalando además que por la cercanía, todos eran amigos.

¹¹ Pág. 6 Idem.

¹² Pág. 7 Idem

¹³ Pág. 8 Idem

¹⁴ Pág. 9 Idem.

¹⁵ Pág. 10 Idem.

¹⁶ Pág. 11 Idem.

¹⁷ Pág. 12 Idem.

¹⁸ Pág. 13 Idem.

¹⁹ AD. "042AudPruebas"

²⁰ AD. "042AudPruebas"

- Las labores que desempeñó en control previo, fueron durante los años 1985 a 1987, lapso durante el cual le consta que la señora Acosta laboró en la Secretaría de Hacienda.
- La demandante prestó sus servicios en jornada diaria de 8 am a 12 m y 2 pm a 6 pm.
- La señora Acosta tuvo como superior al Jefe de Presupuesto y al Secretario de Hacienda del departamento de Caldas, y quienes eran los encargados de otorgar permisos a la señora Acosta.
- Presenció en ocasiones como el Jefe de Presupuesto, emitió órdenes a la señora Alba Marina, sin embargo no le consta que hubiese recibido llamados de atención.

- El señor José Elver Quinchía Rivera²¹, quien rindió testimonio ante el despacho de primera instancia, señaló que:

- Laboró de la Contraloría General del Departamento de Caldas, fungiendo como auxiliar de presupuesto desde 1986, año en el cual le consta que ingresó a laborar la señora Alba Marina Acosta en el área de presupuesto, quien tenía como jefe directo a Jaime Arturo Aristizábal y le seguía el Secretario de Hacienda quien era Gustavo Restrepo.
- Teniendo en cuenta que laboraron en la misma dependencia, la señora Acosta realizaba las labores que le encomendaban, cumpliendo un horario de lunes a viernes, 8 am a 12 m y de 2 pm a 6 pm, recibiendo un “salario” mensual.
- Enfatizó que tanto él (testigo) como la señora Acosta recibían órdenes directas del Jefe de Presupuesto Jaime Arturo Aristizábal y del Secretario de Hacienda.
- En caso de que tuviera que ausentarse de su puesto de trabajo, debían solicitar permiso a los superiores y que podían recibir llamados de atención en caso de que llegaran tarde.
- Las labores eran desempeñadas en las oficinas de la Secretaría de Hacienda y solo allí podían laborar.
- En cuanto a las labores de la demandante, manifestó que al trabajar en el área de presupuesto, debían realizar proyección de rentas, análisis de gastos, labores que eran habituales y hacían parte del giro ordinario de la Secretaría de Hacienda.

2.3. Análisis del caso concreto

Dado que no existe discusión en lo que respecta a la efectiva prestación personal del servicio, la Sala descenderá al análisis de los demás elementos de la relación laboral que ha sido objeto de litigio por medio del recurso vertical, estos son, la remuneración y la existencia de subordinación o dependencia en el desarrollo de las funciones de la demandante al servicio del ente demandado.

2.3.1 De la remuneración:

Sostiene la parte demandada que si bien existen actos administrativos donde aparece un emolumento que se le reconocía a la demandante por cada mes de trabajo, no existe prueba de que efectivamente los haya recibido o que hayan ingresado a su patrimonio.

Sobre el particular se advierte que en todos los actos administrativos relacionados en el cuadro antecedente, se ordenaba el pago de los servicios prestados, así por ejemplo en la Resolución 3466 del 30 de mayo de 1986, se indicó lo siguiente:

²¹ AD. “042AudPruebas”

“ARTICULO ÚNICO-. Con cargo al artículo 516 del presupuesto de gastos vigentes ordénase los siguientes pagos, por concepto de servicios prestados en la Secretaría de Hacienda, durante el mes de mayo del año en curso así:

(...)

*7-ALBA MARINA ACOSTA C, la suma de DIEZ MIL PESOS (410.000) M/CTE, por los servicios prestados durante la segunda quincena del mes de Mayo”.*²²

Así las cosas, encuentra ampliamente demostrada la remuneración recibida como contraprestación por los servicios prestado por la señora Alba Marina Acosta a la Secretaría de Hacienda del Departamento de Caldas.

Adicionalmente, se observa que las resoluciones fueron suscritos por el Secretaria de Hacienda y el Jefe de Presupuesto, por lo que constituyen verdaderos actos administrativos, que gozan de presunción de veracidad.

2.3.2 De la subordinación

Sobre la forma como debe demostrarse la subordinación, el Consejo de Estado ha precisado:

*“[N]o puede decirse que existe una prueba reina para demostrar el elemento de la subordinación y dependencia continuada, pero esta Sala si ha considerado que **para acreditar este elemento de la relación laboral deben aportarse aquellas que permitan demostrar fehacientemente que el contratista no ejercía su actividad para la cual fue contratado, en forma autónoma e independiente, sino que debía someterse ineludiblemente a las órdenes e instrucciones de funcionarios de la entidad, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que estos impusieran.***

*Lo anterior a través de, por ejemplo, los oficios, llamados de atención, memorandos de los cuales se advierta la imposición de órdenes e instrucciones sobre la forma de prestar el servicio más allá de lo que razonablemente debe realizar el contratista en virtud de la actividad, contratada; las que demuestren las sanciones o el uso del poder disciplinario del nominador por el incumplimiento de las funciones contratadas, el incumplimiento de un horario fijado exclusivamente por la entidad; las que acrediten el deber de disponibilidad permanente como los registros de llamadas y comunicaciones en ese sentido, y que superen lo contratado en caso de que por la actividad requerida así se necesitase; y en materia de testimonios, la asertividad, razonabilidad y completitud de los dichos de estos que permitan inferir la forma en que se exigía el cumplimiento de un horario no convenido con el contratista, la forma en que se daban las órdenes e instrucciones, las consecuencias de su incumplimiento, entre otras.”*²³ (Se destaca)

Adicionalmente en sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del 09 de septiembre de 2021²⁴ reiteró que la prueba de la subordinación laboral puede ser directa, pero también indirecta o de indicios, esto es, de un hecho probado indica la existencia de otro hecho; y señaló una serie de situaciones indicativas de su existencia y que deben ser valoradas a la luz de cada caso particular.

²² Pág. 03 AD “002PruebaDepto”

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 25 de noviembre de 2021. Rad.: 20001-23-39-000-2015-00195-01(5186-16)

²⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. SUJ-025-CE-S2-2021 del 09 de septiembre de 2021

En el caso concreto, del análisis de las pruebas recaudadas, encuentra la Sala configurada una serie de indicios que permiten acreditar la existencia de la subordinación, así:

- Indicio por el lugar de trabajo

Al respecto, el Consejo de Estado²⁵ precisó:

“El lugar de trabajo. Considerado como el sitio o espacio físico facilitado por la entidad para que el contratista lleve a cabo sus actividades. Sin embargo, ante el surgimiento de una nueva realidad laboral, fruto de las innovaciones tecnológicas, esta Sala Plena estima necesario matizar esta circunstancia, por lo que el juzgador habrá de valorarla, en cada caso concreto, atendiendo a las modalidades permitidas para los empleados de planta”.

En el caso concreto, la testigo Beatriz Elena Ramírez, afirmó que conoció a la demandante como servidora del Área de Presupuesto de la Secretaría de Hacienda del departamento de Caldas, situación que le constaba puesto que laboró en la misma Secretaría entre 1985 y 1994 en calidad de secretaria ejecutiva.

El testigo Carlos Alberto Vélez Aris, afirmó que la señora Acosta laboró en el área de presupuesto, situación que le constaba, toda vez que prestó sus servicios como jefe de control previo de la Contraloría General del Departamento de Caldas durante los años 1985 a 1987.

Finalmente, el testigo José Elver Quinchía Rivera, manifestó que la señora Acosta laboró en el área de presupuesto, situación que le constaba, toda vez que también prestó su servicio en la misma dependencia, fungiendo como auxiliar de presupuesto en 1986 hasta 1991.

Por lo tanto, se encuentra acreditado que la demandante desempeñó las actividades para las cuales fue contratada, en las instalaciones de la Secretaría de Hacienda del departamento de Caldas, donde tenía un lugar de trabajo asignado.

- Indicio por cumplimiento de horario:

Al respecto, el Consejo de Estado²⁶ precisó:

“El horario de labores. Normalmente, el establecimiento o imposición de una jornada de trabajo al contratista no implica, necesariamente, que exista subordinación laboral y, por consiguiente, que la relación contractual sea simulada. Así, ciertas actividades de la Administración (servicios de urgencia en el sector salud o vigilancia, etc.) necesariamente requieren la incorporación de jornadas laborales y de turnos para atenderlas. Por ello, si bien la exigencia del cumplimiento estricto de un horario de trabajo puede ser indicio de la existencia de una subordinación subyacente, tal circunstancia deberá ser valorada en función del objeto contractual convenido”.

De la prueba testimonial recaudada se desprende con claridad que la demandante debía desempeñar sus labores dentro de un horario de trabajo previsto, no siendo posible por parte de la señora Alba Marina, realizar dicha labor a su antojo o en el horario que quisiera.

²⁵ Ibidem.

²⁶ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. SUJ-025-CE-S2-2021 del 09 de septiembre de 2021

Los testigos Beatriz Elena Ramírez Henao, Carlos Alberto Vélez Arias y José Elver Quinchía Rivera, fueron contestes y claros en señalar que la señora Alba Marina Acosta Cadavid, desempeñaba sus funciones de lunes a viernes en horario de 8 am a 12 m y de 2 pm a 6 pm.

Cabe señalar que la entidad demandada no refuta el cumplimiento de horario de trabajo por parte de la demandante.

- Indicio por la dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar:

Al respecto, el Consejo de Estado²⁷ precisó:

“La dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar. Bien sea a través de la exigencia del cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, o la imposición de reglamentos internos, o el ejercicio del poder de disciplina o del ius variandi, la dirección y control efectivo de las actividades del contratista constituye uno de los aspectos más relevantes para identificar la existencia o no del elemento de la subordinación. En ese sentido, lo que debe probar el demandante es su inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la entidad, de manera que demuestre que esta ejerció una influencia decisiva sobre las condiciones en que llevó a cabo el cumplimiento de su objeto contractual. Así, cualquier medio probatorio que exponga una actividad de control, vigilancia, imposición o seguimiento por parte de la entidad, que en sana crítica se aleje de un ejercicio normal de coordinación con el contratista, habrá de ser valorado como un indicio claro de subordinación”.

La testigo Beatriz Elena Ramírez Henao señaló que la demandante debía realizar memorando, actos administrativos, elaborar oficios, aduciendo que dichas labores eran indicadas por su jefe inmediato Jaime Arturo Aristizábal Nieto, quien ostentaba el cargo de Jefe de Presupuesto, persona a quien debía solicitar permiso en caso de tener que ausentarse de su lugar de trabajo.

Por su parte, el testigo Carlos Alberto Vélez Arias declaró que le consta que el Jefe de Presupuesto de la Secretaría de Hacienda impartía órdenes a la señora Alba Marina.

El testigo José Elver Quinchía Rivera, quien laboró en la misma dependencia con la demandante, señaló que le consta que la señora Acosta realizaba las labores que le encomendaba, teniendo como jefe directo el Jefe de Presupuesto Jaime Arturo Aristizábal y el Secretario de Hacienda, personas a quienes debía pedir permiso en caso de tener que ausentarse.

Así las cosas, resulta diáfano que la demandante estaba sujeta a las directrices de la entidad contratante, sobre las condiciones de tiempo, modo y lugar, inclusive con sus propios elementos o instrumentos, para que la contratista desarrollara sus labores; sin que a esta le asistiera algún tipo de independencia, lo que demuestra la existencia de una verdadera subordinación.

- Indicio por el criterio funcional o del ejercicio permanente u ordinario de labores misionales asignadas a la entidad pública²⁸

²⁷ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. SUJ-025-CE-S2-2021 del 09 de septiembre de 2021

²⁸ Consejo de Estado Sección Segunda Subsección A Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren Rad.: 73001-23-31-000-2008-00081-01(1618-09)Consejo de Estado Sección Segunda, Subsección "A" C.P.: César Palomino Cortés, 26 de julio de 2018. Rad.: 68001-23-31-000-2010-00799-01.

La testigo Beatriz Elena Ramírez Henao, señaló en su declaración que las funciones que desempeñó la señora Acosta, consistían en: elaborar memorandos, actos administrativos, elaborar oficios, y que además debían hacerse de forma mensual y periódica.

El testigo José Elver Quinchía Rivera, declaró que debían realizar proyección de rentas, análisis de gastos, labores que eran habituales.

De acuerdo a lo anterior, es claro que las labores desarrollada por la demandante en la Secretaría de Hacienda del departamento de Caldas hacían parte del giro ordinario de esa entidad, y que además debían hacerse de forma permanente.

- Indicio de criterio de la continuidad²⁹:

El Consejo de Estado³⁰ ha precisado que, los contratos de prestación de servicios se realizan para adelantar labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional, por lo tanto, si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios, pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración y si la tarea acordada no corresponde a actividades nuevas, que no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados³¹ o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta.

En este caso, de acuerdo con las resoluciones mediante las cuales se ordenaba el pago mensual a la demandante y conforme a las declaraciones rendidas por los testigos, sobre las labores desempeñadas por la señora Acosta en la Secretaría de Hacienda del departamento de Caldas, se infiere lógicamente que, las actividades desarrolladas por la demandante al servicio de esa entidad no eran ocasionales ni extraordinarias; que la vinculación de la demandante era para desempeñar funciones permanentes, esto es, que no tenían el carácter de transitorias, accidentales o esporádicas.

2.4. Conclusión

Se encuentra demostrada la remuneración y la relación de subordinación de la demandante, con ocasión a las funciones que desempeño bajo órdenes de prestación de servicios, teniendo en cuenta: el lugar de trabajo, la sujeción a un horario laboral, la dirección y control efectivo de las actividades ejecutadas por la demandante; aunado a que las actividades desarrolladas son inherentes a la misión y objetivo principal de la entidad, y a las condiciones de permanencia de las labores.

Por lo tanto, contrario a lo afirmado por el apelante, los documentos y testimonios aportados cuentan con suficiente peso probatorio para demostrar la existencia de una relación laboral.

Así las cosas, es claro que los contratos de prestación de servicios por medio de los cuales se vinculó a la señora Acosta Cadavid para la prestación de sus servicios, pretenden

²⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cueter, 1 de marzo de 2018, Rad.: 23001-23-33-000-2013-00117-01(3730-14).

³⁰ Consejo de Estado sentencia de 3 de marzo de 2011. M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Rad 15001-23-31-000-1999-02528-01(0693-10).

³¹ Consejo de Estado Sección Segunda Subsección "A" Consejero Ponente: Alfonso Vargas Rincón Rad.: 68001231500020020210401 (0233-08)

enmascarar una verdadera relación laboral, en detrimento de los derechos laborales de la actora, pues en la prestación del servicio se cumplieron los elementos de subordinación, remuneración y prestación personal del servicio.

Aunado a lo anterior y, teniendo en cuenta que lo perseguido por la parte actora es el reconocimiento de la relación laboral para efectos del pago de los aportes a seguridad social, a voces de la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado³², no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, razón por la cual no es necesario analizar los límites temporales de los contratos frente a la reclamación y, adicionalmente, por cuanto no fue objeto de apelación.

3. Segundo Problema Jurídico *¿El oficio JGTH 614 del 27 de agosto de 2022 es un acto susceptible de ser demandado?*

Tesis del Tribunal

El oficio JGTH 614 del 27 de agosto del 2020, constituía un acto administrativo susceptible de ser demandado por cuanto: i) forma una unidad jurídica junto con el oficio J.G.T.H. – 708 de octubre de 2020 y ii) era un acto administrativo definitivo, en tanto contiene una decisión negativa frente a la solicitud de la ahora demandante.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia a: **i)** el marco normativo y jurisprudencial sobre los actos administrativos demandables y la proposición jurídica incompleta **ii)** los hechos relevantes acreditados; para luego descender, **iii)** al análisis del caso concreto.

3.1. Marco normativo y jurisprudencial

3.1.1. Actos demandables

El artículo 43 de la Ley 1437 establece que: *“Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación.”*

Así, únicamente las decisiones de la administración producto de la conclusión de un procedimiento administrativo, o los actos de trámite que hacen imposible la continuación de esa actuación, son susceptibles de control de legalidad por parte de la jurisdicción contenciosa administrativa, de modo tal que los actos de trámite o preparatorios distintos de los antes señalados se encuentran excluidos de dicho control.

Respecto a los actos administrativos de carácter definitivo, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

El acto administrativo es toda manifestación de voluntad de una entidad pública, o de un particular en ejercicio de funciones públicas, capaz de producir efectos jurídicos. En consonancia con esta definición, se han identificado las siguientes características del acto administrativo: i) constituye una declaración unilateral de voluntad; ii) se expide en ejercicio de la función administrativa, por parte de una autoridad estatal o de particulares; iii) se encamina a producir efectos jurídicos «por sí misma, de manera directa sobre el asunto o la situación jurídica de que se trate y, por ende, vinculante»; iv) los efectos del acto administrativo consisten en la creación, modificación o extinción de una situación jurídica general o

³² Consejo de Estado. Sección segunda. Sentencia de 25 de agosto de 2016. MP. Carmelo Perdomo Cueter. expediente 0088-15, CESUJ2

particular, que impacta los derechos u obligaciones de los asociados, «sean subjetivos, personales, reales o de crédito».

(...)

La jurisdicción de lo contencioso administrativo únicamente se ocupa del estudio de los actos definitivos, expresos o fictos, que culminen un proceso administrativo, en la medida en que se presumen legales, gozan de los atributos de ejecutividad y ejecutoriedad e impactan en las relaciones de las personas naturales y jurídicas, sus derechos y obligaciones. En consecuencia, el control judicial de las decisiones administrativas definitivas se torna obligatorio dentro de un Estado Social de Derecho, en aras de garantizar su validez, así como los valores constitucionales, el imperio del principio de legalidad y los derechos subjetivos de los asociados. (...). Los actos administrativos de ejecución solo serán enjuiciables cuando creen, modifiquen o extingan una situación jurídica particular, aspectos que lo convierten en un acto administrativo susceptible de control ante esta jurisdicción”³³

3.1.2. La proposición jurídica incompleta

El Consejo de Estado, ha señalado que la proposición jurídica incompleta se configura en dos casos: i) cuando el acto demandado torna lógicamente imposible la decisión de fondo debido a una irreparable ruptura de su relación con la causa petendi y ii) cuando el acto acusado no es autónomo porque se encuentra directamente relacionado con otro u otros no impugnados que determinan su contenido, validez o eficacia, eventos en los que le resultaría imposible emitir una decisión de fondo al operador judicial³⁴.

Es por esto que, para ejercer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho resulta necesario acreditar, entre otros, los requisitos establecidos en el artículo 163 del CPACA, particularmente el que hace referencia al deber que le asiste a la parte demandante de individualizar, con toda precisión, el acto administrativo a enjuiciar; además expresamente dispone dicha norma que “*si el acto fue objeto de recursos ante la administración se entenderán demandados los actos que los resolvieron*”.

Así las cosas, debe enjuiciarse el acto administrativo que contiene la manifestación de voluntad de la administración frente a una situación jurídica particular, junto con los demás actos que en la actuación administrativa constituyan unidad jurídica con aquel, toda vez que ello compone el marco de decisión del juez frente a una pretensión de nulidad, precisamente por la identidad y unidad de su contenido y sus efectos jurídicos, con el fin de evitar decisiones inhibitorias. Ello, en garantía del principio de tutela judicial efectiva y para lograr una decisión de mérito.

3.2. Análisis sustancial del caso concreto

Aduce la parte demandada en el recurso de apelación que, de manera poco clara en la parte resolutoria de la sentencia se declaró probada la excepción de inepta demanda frente al oficio JGTH 614 del 27 de agosto del 2020 y en el ordinal tercero se declara su nulidad; señalando que, no puede comprenderse como se considera que dicho acto no puede ser enjuiciado, pero más adelante declara su nulidad.

³³ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia del 14 de mayo de 2020; radicación número: 25000-23-42-000-2017-06031-01(5554-18).

³⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda. 2 de mayo de 2019; radicado número: 05001-23-33-000-2017-01570-01 (4866-18)

En efecto, el fallo de primera instancia en el ordinal primero resolvió: “DECLARASE DE OFICIO PROBADA, la excepción de inepta demanda frente al acto administrativo contenido en el oficio JGTH 614 DEL 27 DE AGOSTO DE 2020”³⁵; como base de lo anterior señaló que dicho acto no adoptó decisiones de fondo, tratándose de un acto de mero trámite o de ejecución, por lo que, no es susceptible de control judicial; no obstante lo anterior, en el ordinal tercero dispuso su nulidad.

De acuerdo con los documentos aportados, se encuentra acreditado que,

- La señora Alba Marina Acosta Cadavid el 5 de agosto de 2020 solicitó al departamento de Caldas³⁶, lo siguiente:

“1 Me permito solicitar de manera muy respetuosa llevar a cabo la certificación de los periodos laborados en cargo de AUXILIAR para la Secretaría de Hacienda del Departamento de Caldas, en el periodo comprendido entre el 01 de mayo de 1986.

2 Emitir copia de la resoluciones de órdenes de los periodos correspondientes de enero y febrero y mayo y junio de 1987

3 Llevar a cabo los aportes a pensión de manera retroactiva y en virtud calculo actuarial por los periodos comprendido entre el 1 de mayo de 1986 al 30 de julio de 1987”. (Sic)

- El Departamento de Caldas dio respuesta, mediante Oficio J.G.T.H. -614 del 27 de agosto de 2020³⁷ en los siguientes términos:

“Para dar respuesta al Derecho de Petición, con fecha 05 de agosto de 2020, me permito informar que revisados los archivos en la oficina de Certificados de la Gobernación de Caldas, no se ha encontrado ninguna información relacionada con su historia laboral”.

- La señora Alba Marina Acosta Cadavid, el 10 de septiembre de 2020 interpuso recurso el cual fue resuelto mediante Oficio J.G.T.H. – 708 de octubre de 2020, manifestando:

“De manera atenta y teniendo en cuenta el recurso de reposición por usted presentado, me permito señalar lo siguiente:

1. El punto primero de su petición corresponde a que se certifique los periodos laborados como “auxiliar”, para la Secretaría de Hacienda del departamento de Caldas.

Para responder de manera clara y de fondo esta petición es menester indicar que en los periodos por usted referenciados, no se generó una relación funcional entre el Departamento de Caldas y usted como empleada, toda vez que no existía un acto administrativo de nombramiento y un acta de posesión. Su vinculación en todo caso fue a través de órdenes de prestación de servicio que no generan una relación de subordinación ni de dependencia del empleado con la administración. Dicho esto, no se puede certificar el tiempo de servicios en los periodos de tiempo por usted solicitados.

2. Para responder el punto dos de su petición, se le indica que, revisados los archivos físicos existentes en la Entidad, no se encontraron órdenes de pago de los meses de enero, febrero, mayo y junio de 1987, por lo que no se procede a su entrega.

³⁵ Pág. 25 AD “048Sentencia”

³⁶ Pág. 16 AD “002PruebaDepto”

³⁷ Pág. 18 ibidem.

3. Finalmente respecto al punto 3 de su petición, y Teniendo en cuenta que su vinculación en el periodo de tiempo señalado lo fue por órdenes de prestación de servicios, no se accede a realizar el pago de aportes de manera retroactiva al sistema de seguridad social en pensiones, lo anterior teniendo en cuenta que no existía una relación de subordinación o dependencia entre usted y la administración.

Conforme a las anteriores respuestas otorgadas a cada uno de los puntos de las peticiones se complementa la otorgada el día 27 de agosto del 2020 mediante el oficio J.G.T.H-614.

De acuerdo con lo anterior, es claro que el oficio JGTH 614 del 27 de agosto del 2020, contiene una decisión frente a la petición elevada por la señora Acosta en sede administrativa, que si bien no fue precisa y concreta, contiene una respuesta negativa, que se fundamentaba en que *“no se ha encontrado ninguna información relacionada con su historia laboral”*.

Lo anterior fue corroborado con la expedición del Oficio J.G.T.H. – 708 de octubre de 2020, a través del cual se resolvió el recurso interpuesto y se confirmó la respuesta negativa al pedimento de la señora Acosta.

Así las cosas, resulta claro que los oficios JGTH 614 del 27 de agosto y J.G.T.H. – 708 de octubre, ambos de 2020, conforman una unidad, que determinó la manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a negar la solicitud de reconocimiento y pago de aportes a seguridad social que consideraba la actora era merecedora en virtud a la relación laboral que sostuvo con el departamento de Caldas.

3.3. Conclusión

Por lo tanto, el oficio JGTH 614 del 27 de agosto del 2020, constituía un acto administrativo susceptible de ser demandado, por cuanto forma una unidad jurídica junto con el oficio J.G.T.H. – 708 de octubre de 2020, además que es un acto administrativo definitivo, en tanto contenía una decisión negativa frente a lo solicitado.

Por lo anterior, es claro que en la sentencia apelada se incurrió en un error al declarar probada de oficio la excepción de inepta demanda frente al oficio JGTH 614 del 27 de agosto del 2020, por lo que, se revocará el ordinal *“primero”* de la sentencia.

4. Costas en esta instancia

Atendiendo al criterio objetivo valorativo que ha sido desarrollado por el H. Consejo de Estado con respecto a la imposición de costas (gastos procesales y agencias en derecho), no se condenará en costas de segunda instancia advirtiéndose que no se encuentran acreditadas, toda vez que las partes no incurrieron en gastos procesales, ni efectuaron actuación alguna en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas, Sala Tercera de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Primero: Revocar el ordinal *“PRIMERO”* de la sentencia del 21 de septiembre de 2022 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales.

Segundo: Confirmar en todo lo demás la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales el 21 de septiembre de 2022 dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Alba Marina Acosta Cadavid contra el Departamento de Caldas.

Tercero: Sin costas en esta instancia.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, devolver el expediente al Juzgado de origen y hacer las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 08 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN UNITARIA

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, tres (03) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

A.I. 012

Radicado: 17-001-23-33-000-2022-00071-00
Naturaleza: Protección de Derechos e Intereses Colectivos
Demandante: Pedro Ocampo
Arnulfo Cifuentes
Arturo Aguirre Valencia
Edwin Ortiz
Coadyuvante: Dagoberto Galvis Hurtado
Demandados: Municipio de Marulanda
Municipio Herveo
Departamento de Caldas
Departamento del Tolima
Ministerio de Transporte
Vinculados: Instituto Nacional de Vías - Invias
Agencia Nacional de Infraestructura

1. En el presente asunto, en audiencia de pacto de cumplimiento del 14 de septiembre de 2022, se decretó las siguientes pruebas de oficio para que fueran aportadas por las entidades demandadas, así como las pruebas que fueron solicitadas por el Invias, en los siguientes términos:

"[...] Se requiere al Invias para que presente Informe a través de profesional idóneo, para que luego de realizar visita física a la vía en cuestión, señale su estado actual, las condiciones de transitabilidad peatonal y vehicular, señale el porcentaje de la vía que cuenta con placa huella y en qué sectores y sus condiciones; la necesidad de obras adicionales en la vía como placa huellas, cunetas, señalización, etc.; la existencia de condiciones de riesgo en dicha vía por movimientos de tierra, erosión o socavamientos por el Rio Perrillo.

Documentales solicitadas por el Invias:

Se requiere al Departamento de Caldas, Departamento del Tolima, Municipio de Marulanda y al Municipio de Herveo para que certifiquen:

- Si la vía que parte del sitio La Libia en el sector de Cerro Bravo hasta el centro poblado El Brasil, es una vía terciaria y si es de su jurisdicción.*
- . Si la vía que parte del centro poblado el Brasil, hasta el centro poblado el Zancudo es una vía terciaria y si es de su jurisdicción.*

Pruebas de Oficio.

Se requiere a: los departamentos de Caldas y Tolima y a los municipios de Marulanda y de Herveo Informes soportados sobre:

- Las acciones realizadas en el 2021 y 2022 para el mantenimiento, mejoramiento o habilitación de la vía en cuestión.
- Los proyecto de inversión para dicha vía, próximos a ser ejecutados.

Se requiere además a: los municipios de Marulanda y de Herveo, informes soportados sobre:

- La existencia de otras vías de acceso a los centros poblados o veredas el Zancudo (Municipio de Marulanda) y Brasil, (Municipio de Herveo) y sus condiciones de transitabilidad.

Se requiere además al municipio de Marulanda Informes sobre:

- Los soportes técnicos y antecedentes que tuvo en cuenta para emitir la responder del 17 de febrero de 2022, dirigido a la señora Tulia Elena Hernández Burbano, a la solicitud 03-0074 de 2022 sobre el valor de la consultoría de diseños, el valor de las obras públicas, e interventoría. Debe preciar a cuáles diseños y obras públicas se refería.
- Informe sobre las acciones que ha adelantado ante las autoridades departamentales y nacionales para encontrar viabilidad presupuestal de esas obras.

Los municipios de Marulanda y Herveo; los departamentos de Caldas y Tolima; y el Instituto Nacional de Vías –Invias-, dieron alcance a las pruebas que fueron decretadas por esta Corporación; así las cosas, con el fin de garantizar el principio de publicidad, se corre traslado de las pruebas documentales arrimadas obrantes en los archivos “075PruebasMunicipioMarulanda”, “079RadicadoInformeInvias” - “080InformeInvias”, “081ContestacionRequerimientoDepartamentoCaldas”, “085ContestacionRequerimientoDepartamentoTolima”, “086AnexosDepartamentoTolima”, “088RespuestaRequerimientoMunicipioHerveo” - “089AnexoUnoPrueba” y “097RespuestaRequerimientoMunicipioHerveo” del expediente digital por el termino de tres (03) días.

2. Por otra parte, mediante memorial allegado al Despacho el 13 de diciembre de 2022 vía correo electrónico, la abogada Beatriz Elena Henao Giraldo actuando en calidad de apoderada judicial del departamento de Caldas, presentó renuncia al poder otorgado para la representación judicial dentro del proceso de la referencia, bajo el argumento que, sería vinculada al ente departamental a través de vinculación legal y reglamentaria.

Al respecto, el artículo 76 de Código General del Proceso, dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO 76. TERMINACIÓN DEL PODER. El poder termina con la radicación en secretaría del escrito en virtud del cual se revoque o se designe otro apoderado, a menos que el nuevo poder se hubiese otorgado para recursos o gestiones determinadas dentro del proceso.

(...)

La renuncia no pone término al poder sino cinco (5) días después de presentado el memorial de renuncia en el juzgado, acompañado de la comunicación enviada al poderdante en tal sentido”.

Conforme a lo anterior, la apoderada del departamento de Caldas acreditó haber remitido a su poderdante la renuncia del poder otorgado para la representación judicial¹. Por lo tanto, la Sala se dispone a **aceptar** la renuncia de la abogada Beatriz Elena Henao Giraldo como apoderada judicial del ente departamental, de acuerdo con lo manifestado en el memorial del 13 de diciembre de 2022.

Notificar



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

¹ Fls. 1-2 exp digital, archivo “099RenunciaPoderDepartamentoCaldas”

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, tres (3) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

A.I. 011

Radicado: 17-001-23-33-000-2022-00250-00
Naturaleza: Controversia contractual
Demandante: Medimás EPS en Liquidación
Demandado: ESE Hospital San José de Caldas

I. Asunto

Procede el Tribunal a decidir sobre la admisibilidad del medio de control controversia contractual iniciado por Medimás EPS en liquidación contra la ESE Hospital San José de Caldas.

II. Antecedentes.

Mediante auto del 3 de noviembre de 2022, se concedió a la parte actora 10 días, para que procediera a corregir la demanda, en los siguientes aspectos:

“(…)

- 1- *Deberá allegar documento que acredite la existencia y representación legal de la ESE Hospital San José (San José – Caldas), ello, de conformidad con el artículo 166, ordinal cuarto del CPACA.*
- 2- *Deberá estimar razonadamente la cuantía de las pretensiones al tiempo de la demanda. Lo anterior teniendo en cuenta que, lo que se pretende es la liquidación judicial del contrato DC-0097-2019 por lo que la cuantía debe corresponder al valor de las facturas o créditos adeudados. Además, debe allegar los elementos probatorios que permitan efectuar las operaciones necesarias para definir quién le debe a quién y cuánto, o para determinar si las partes se encuentran a paz y salvo¹.*
- 3- *Deberá allegar certificado expedido por la Procuraduría Delegada para Asuntos Administrativos, con el fin de acreditar la fecha en la que presentó la solicitud de conciliación y certificación de audiencia de conciliación. (…)*”

La apoderada de la parte demandante, el 22 de noviembre de 2022 ², a través de escrito dirigido al buzón del correo dispuesto para la recepción de memoriales, allegó escrito por medio del cual pretende subsanar los aspectos señalados anteriormente, indicando lo siguiente:

¹ C.E. S. 3B. MP. Martín Bermúdez Muñoz. Rad. Sent. 16 agosto 2022. Rad. 25000-23-26-000-2013-06661-01 (56020)

² AD “017RadicadoSubsanaDemanda”

“1. Se anexa al presente escrito el Acuerdo 028 del 22 de junio de 1994, expedido por el Concejo Municipal de Belén de Umbría Risaralda, por el cual se crea la Empresa Social del Estado Hospital San José. (10 folios)

2. RAZÓN ESTIMADA DE LA CUANTÍA

La cuantía se estima razonablemente en SEISCIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS TRECE MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS (\$635.913.392), según el ejercicio de la liquidación del contrato realizada por mi poderdante teniendo en cuenta lo siguiente:

(...)

Se allegan los siguientes archivos en Excel como elementos probatorios con base en los cuales se puede determinar que la ESE Hospital San José de San José de Caldas adeuda a Medimás EPS S.A.S. en liquidación la suma de SEISCIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS TRECE MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS (\$635.913.392), por concepto de la liquidación del contrato DC-0097-2019.

- 1.Descuentos recobro a la cápita.xlsb*
- 2.Detalle cápita RS ago 17 a sep 22 Hospital San José.xlsb*
- 3.Giro a IPS PUB.xlsx*
- 4.MATRIZ CONTRATOS ESPECIALES CONTRIBUTIVO - SUBSIDIADO DICIEMBRE 2019 10-01-2020.xlsx*
- 5.Plantilla 27 - 810001159.xlsx*
- 6.Preliquidación ESE Hospital Dptal San José - Caldas.xlsx*
- 7.RE_COM-1.EML*
- 8.Reporte 983 ESE Hospital Dptal San José - Caldas.xlsx*
- 9.RV_Solicitud de Conciliación ante la Procuraduría .eml*

3. Se allega el acta de audiencia y constancia de no conciliación expedidas por la Procuraduría 29 Judicial II Para Asuntos Administrativos, radicación N° 644 de 26 de mayo de 2022, convocante: MEDIMAS EPS SAS en Liquidación y convocado ESE HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN JOSÉ DE SAN JOSÉ - CALDAS, donde se acredita que la fecha de presentación de la solicitud de conciliación se realizó el día 26 de mayo de 2022 y la audiencia de conciliación prejudicial se llevó a cabo el día 30 de junio de 2022. (4 folios) (...)" (sic)

II. Consideraciones

El artículo 170 del CPACA señala que: *“Se inadmitirá la demanda que carezca de los requisitos señalados en la ley por auto susceptible de reposición, en el que se expondrán sus defectos, para que el demandante los corrija en el plazo de diez (10) días. Si no lo hiciere se rechazará la demanda”.*

De acuerdo con lo anterior se analizarán los aspectos que ordenó el Tribunal mediante auto del 3 de noviembre de 2022, debían ser subsanados de que a una posible admisión de la demanda:

i) Del requisito de acreditar la existencia y representación legal.

Respecto a la comparecencia del proceso contencioso administrativo y la representación de las entidades públicas, el artículo 159 del CPACA señala: *“Las entidades públicas, los particulares que cumplen funciones públicas y los demás sujetos de derecho que de acuerdo con la ley tengan capacidad para comparecer al proceso, podrán obrar como demandantes, demandados o intervinientes en los procesos contencioso administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados”* (se destaca)

Por su parte, el ordinal 4, artículo 166 del CPACA, dispone que la demanda deberá acompañarse: "(...) 4. La prueba de la existencia y representación en el caso de las personas jurídicas de derecho privado. Cuando se trate de personas de derecho público que intervengan en el proceso, la prueba de su existencia y representación, **salvo en relación con la Nación, los departamentos y los municipios y las demás entidades creadas por la Constitución y la ley.**" (se destaca)

Así las cosas, en el **caso concreto** se advierte que en el escrito de demanda, se señala como entidad demandada la Empresa Social del Estado Hospital San José del municipio de San José (Caldas); no obstante, en el escrito de subsanación de la demanda, indica la apoderada de la parte actora que aporta "el Acuerdo 028 del 22 de junio de 1994, expedido por el Concejo Municipal de Belén de Umbría Risaralda, por el cual se crea la Empresa Social del Estado Hospital San José."

De lo anterior, en primer lugar, se advierte que no fue aportado el documento que señala en su escrito y adicionalmente, enuncia que dicho Acuerdo 028 de 1994, a través del cual se creó la ESE Hospital San José del municipio de Belén de Umbría del Departamento de Risaralda, con lo cual sería claro que no correspondería a la entidad que se está demandando ante este Tribunal.

Razón por la cual, se concluye que no subsanó dicho aspecto.

ii) De la estimación razonada de la cuantía.

El artículo 157 del CPACA establece que la cuantía se: "(...) *determinará por el valor de la multa impuesta o de los perjuicios causados, según la estimación razonada hecha por el actor en la demanda, sin que en ella pueda considerarse la estimación de los perjuicios inmateriales, salvo que estos últimos sean los únicos que se reclamen.*". Así mismo, dicho precepto normativo indica que: "*La cuantía se determinará por el valor de las pretensiones al tiempo de la demanda, que tomará en cuenta los frutos, intereses, multas o perjuicios reclamados como accesorios, causados hasta la presentación de aquella*".

Descendiendo lo anterior al **caso concreto**, y teniendo en cuenta que, lo que se pretende es la liquidación judicial del contrato DC-0097-2019 por lo que la cuantía debe corresponder al valor de las facturas o créditos adeudados, se ordenó por medio del auto del 3 de noviembre pasado allegar los elementos probatorios que permitieran efectuar las operaciones necesarias para definir quién le debe a quién y cuánto, o para determinar si las partes se encuentran a paz y salvo³.

Frente a lo anterior, la parte demandante procedió a estimar la cuantía en la suma de \$635.913.392 y adicionalmente aportó una serie de archivos en Excel donde se consiga una serie de datos y se realizan liquidaciones, sin embargo, dichos documentos no constituyen facturas o elementos que permitan realizar las operaciones respecto a lo presuntamente adeudado, como tampoco se puede colegir que el valor estimativo de la cuantía esté correctamente realizado.

Así las cosas, se tiene que dicho aspecto tampoco fue subsanado de forma correcta.

³ C.E. S. 3B. MP. Martín Bermúdez Muñoz. Rad. Sent. 16 agosto 2022. Rad. 25000-23-26-000-2013-06661-01 (56020)

iii) Del requisito de conciliación previo a demandar.

El ordinal 1 del artículo 161 del CPACA, señala que la presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos: “...Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales.” (se destaca)

Con fundamento en lo anterior, se ordenó a la parte demandante allegar la prueba de haber agotado el requisito de procedibilidad de conciliación extrajudicial previo a presentar la demanda.

La parte demandante frente al aspecto antes señalado indicó en el escrito de subsanación que:

“Se allega el acta de audiencia y constancia de no conciliación expedidas por la Procuraduría 29 Judicial II Para Asuntos Administrativos, radicación N° 644 de 26 de mayo de 2022, convocante: MEDIMAS EPS SAS en Liquidación y convocado ESE HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN JOSÉ DE SAN JOSÉ - CALDAS, donde se acredita que la fecha de presentación de la solicitud de conciliación se realizó el día 26 de mayo de 2022 y la audiencia de conciliación prejudicial se llevó a cabo el día 30 de junio de 2022.”

Al revisar el archivo digital “RV_ Solicitudes de Conciliación ante la Procuraduría” que aduce la parte actora contiene la prueba de haber agotado el requisito de procedibilidad, se observó que dicho documento contiene una serie de “pantallazos” de cruce de correos electrónicos, aparentemente entre funcionarios de Medimás, sin embargo, no se observó en ninguno de ellos el certificado expedido la Procuraduría 29 Judicial II Para Asuntos Administrativos, que afirma haber aportado.

De manera que, la parte demandante acudió al presente medio de control, sin acreditar el cumplimiento del requisito de procedibilidad de conciliación extrajudicial.

Conclusión

Teniendo en cuenta que dentro del término otorgado, la parte demandante no corrigió la demanda, y que los aspectos que se ordenaron corregir, son de total relevancia y resultan imprescindibles al momento no solo de admitir la demanda, sino de proferir su fallo, es procedente el rechazo de la misma conforme con lo previsto en los artículos 169 numeral 2, del CPACA.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Tribunal Administrativo De Caldas:

RESUELVE:

Primero: Rechazar la demanda que en ejercicio del medio de control controversias contractuales instauró Medimás EPS en liquidación contra la ESE Hospital San José del municipio de San José (Caldas).

Segundo: Ordenar el archivo del presente expediente, previas las anotaciones en el Sistema Siglo XXI.

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 08 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN UNITARIA
MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, tres (03) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

A.I. 010

RADICADO: 17-001-23-33-000-2022-00280-00
NATURALEZA: Protección de Derechos e Intereses Colectivos
DEMANDANTES: Camilo Abelardo Aguilar Duran y otros
DEMANDADOS: Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado
Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil
Departamento Administrativo Nacional de Planeación
Nación - Presidencia de la República
Municipio de Manizales
Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural
Patrimonio Autónomo Aerocafé Unidad de Gestión

I. ANTECEDENTES

Mediante auto del 30 de noviembre de 2022, el Despacho inadmitió la demanda instaurada por Camilo Abelardo Aguilar Duran y otros, por no cumplir con los requisitos señalados en los artículos 144, 162 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En dicho auto, se le concedió al demandante el término de tres días para que allegara prueba de haber agotado el requisito de procedibilidad frente a las entidades demandadas.

La parte demandante, interpuso recurso de reposición contra el auto que ordenó corregir la demanda, argumentado que, del escrito de demanda se podía concluir que se encontraban acreditados los presupuestos para que se procediera a estudiar de fondo sus argumentos, sin que fuera necesario en su caso agotar el requisito de procedibilidad, dado que se podía prescindir de este, por cuanto se estaba frente a una posible consolidación de un perjuicio irremediable relacionado con la falta de financiación para construir el Aeropuerto del Café, pues de no incluirse el proyecto del Aeropuerto en el Plan de Desarrollo Nacional, su construcción se vería truncada, toda vez que la Nación no podría financiar el valor que le corresponde; teniendo en cuenta que, el proceso para la construcción de dicho plan inició el 15 de noviembre de 2022, según lo establece el artículo 18 de la Ley 152 de 1994.

II. CONSIDERACIONES

Tratándose del medio de control de protección de derechos e intereses colectivos, se estableció en los artículos 144 y 162 de la Ley 1437 de 2011 que, antes de la interposición de la demanda, el actor popular debía agotar el requisito previo de procedibilidad ante la autoridad administrativa que presuntamente amenazó o vulneró los derechos e intereses colectivos, así:

“ARTÍCULO 144. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS. *Cualquier persona puede demandar la protección de los derechos e intereses colectivos para lo cual podrá pedir que se adopten las medidas necesarias con el fin de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.*

Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos.

*Antes de presentar la demanda para la protección de los derechos e intereses colectivos, el demandante debe solicitar a la autoridad o al particular en ejercicio de funciones administrativas que adopte las medidas necesarias de protección del derecho o interés colectivo amenazado o violado. Si la autoridad no atiende dicha reclamación dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación de la solicitud o se niega a ello, podrá acudir ante el juez. **Excepcionalmente, se podrá prescindir de este requisito, cuando exista inminente peligro de ocurrir un perjuicio irremediable en contra de los derechos e intereses colectivos, situación que deberá sustentarse en la demanda.***

ARTÍCULO 161. REQUISITOS PREVIOS PARA DEMANDAR.

(...)

4. Cuando se pretenda la protección de derechos e intereses colectivos se deberá efectuar la reclamación prevista en el artículo 144 de este Código. (Se resalta)

En cuanto al perjuicio irremediable, el Consejo de Estado¹ ha sostenido lo siguiente:

“Siendo ello así, le corresponde a la Sala determinar el alcance de la expresión “cuando exista inminente peligro de ocurrir un perjuicio irremediable en contra de los derechos e intereses colectivos”, contenida en el inciso tercero del artículo 144 del CPCA, en aras de verificar si la situación planteada por el actor, da lugar a eximirlo del requerimiento a las entidades demandadas impuesto por la disposición en comento.

La Corte Constitucional ha precisado de manera reiterada el alcance del concepto de perjuicio irremediable, el cual fue definido, entre otras, en la Sentencia T-293 de 2011, de la siguiente manera:

*“[...] Ahora bien, con relación a la configuración de un perjuicio irremediable, esta Corte ha entendido por tal, **aquel que sólo puede ser reparado en su integridad mediante una indemnización, porque no se puede remediar ni ser recuperado en su integridad.***

Así mismo, se ha dicho en variada jurisprudencia, que para poder determinar si existe o no un perjuicio irremediable en un caso concreto, se deben tener en cuenta ciertos elementos, como son:

¹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejera ponente: María Elizabeth García González, 28 de agosto de 2014, Radicación número: 25000-23-41-000-2014-00972-01(AP)A.

A). El perjuicio ha de ser **inminente**: que amenaza o está por suceder prontamente, esto es, tiende a un resultado cierto derivado de una causa que está produciendo la inminencia; B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser **urgentes**, es decir, se debe precisar una medida o remedio de forma rápida que evite la configuración de la lesión; C) se requiere que éste sea **grave**, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona; y D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea **impostergable**, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna." (Negrillas fuera del texto)

La Sala considera que tal concepto y presupuestos resultan aplicables a las acciones populares, toda vez que lo pretendido por el Legislador al establecer esta excepción a la regla de requerimiento a la autoridad administrativa, es que ante la gravedad e inminencia de un hecho que pueda ocasionar un perjuicio irreparable a los derechos colectivos, se pueda acudir directamente ante la autoridad judicial, para que ésta adopte las medidas necesarias para que cese la vulneración o amenaza de los mismos".

De acuerdo a lo anterior, la Sala encuentra que, los argumentos esgrimidos por el actor no constituyen una razón suficiente para determinar la posible configuración de un perjuicio irremediable, pues si el demandante estimaba que la inminencia del perjuicio se derivaba de la posible no inclusión del proyecto del Aeropuerto en el Plan de Desarrollo Nacional, debió presentar la demanda antes del 15 de noviembre fecha límite en que el Presidente de la República pondría en consideración del Consejo Nacional de Planeación, el proyecto del Plan para su respectivo análisis y discusión, conforme lo establece el artículo 18 de la Ley 152 de 1994². No obstante, la demanda fue radicada el 16 de noviembre de 2022, esto es un día después.

Además, es claro que, si dentro del trámite del medio de control se concluye la real existencia de una afectación a los derechos colectivos que han sido invocados por la parte actora, las ordenes que sean emitidas para su protección, deberán ser acatadas por la autoridad respectiva incluso con posterioridad a la situación que aduce la parte actora generadora del perjuicio irremediable, sin que en este momento se evidencia una situación que haga imposible su cumplimiento o que el daño sólo puede ser reparado mediante una indemnización.

En conclusión, no se evidencia la existencia de un perjuicio irremediable que exima al demandante de agotar el requisito previo de procedibilidad para que las demandadas adoptaran las medidas necesarias para proteger los derechos e intereses colectivos amenazados.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

² Concepto del Consejo Nacional de Planeación. El proyecto del plan, como documento consolidado en sus deferentes componentes, será sometido por el Presidente de la República a la consideración del Consejo Nacional de Planeación a más tardar el 15 de noviembre, para análisis y discusión del mismo, para que rinda su concepto y formule las recomendaciones que considere convenientes, antes del 10 de enero. Si llegado el 10 de enero, el Consejo no se hubiere pronunciado sobre la totalidad o parte del plan, se considerará surtido este requisito en esa fecha. El 15 de noviembre el Presidente de la República enviará al congreso copia del proyecto del plan de desarrollo.

Resuelve:

Primero: No reponer el auto del 30 de noviembre de 2022 mediante el cual se ordenó corregir a la parte accionante y/o aclar los yerros advertidos en el escrito de demanda.

Notificar



DOÑOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

17001333300220170020103

Nulidad y restablecimiento del derecho

Ximena López Giraldo Vrs Nación-DEAJ-Rama Judicial

Admite recurso contra fallo primario

Auto interlocutorio n° 076

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Sala de Conjueces-

Manizales, tres (03) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

El pasado 12 de diciembre de 2022 se celebró sorteo de conjueces y por ese conducto me correspondió el conocimiento y trámite de este proceso, en consecuencia, **AVOCO** su conocimiento y en mi calidad de Conjuez director de este Despacho procedo a estudiar el recurso de apelación, presentado por la parte demandada en contra de la sentencia de 1° instancia emitida el 16 de octubre de 2019, por la Conjuez Dra. Beatriz Elena Henao Giraldo en cabeza del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, parcialmente a las pretensiones de la demanda.

A la luz del artículo 203 del CPACA en concordancia con los artículos 192 inciso 1° y 247 Ibidem, modificado por el artículo 67 n° 5 de la Ley 2080 de 2021. Así las cosas, la sentencia recurrida fue notificada a las partes intervinientes (Demandante, Demandado, Agente del Ministerio Público y a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado), el 6 de noviembre de 2019. Los 10 días de la ejecutoria del fallo se cumplieron el 28 de noviembre de 2019. La parte demandada allegó el recurso en contra de la sentencia el 14 de noviembre de 2019. El recurso se encuentra dentro del término de 10 días, otorgado por el numeral 1° del artículo 247 de la Ley 2080 de 2021.

En consecuencia, se **ADMITE** el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada *Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial* contra la *Sentencia de 16 de octubre de 2019* y emitida por el *Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales*, dentro del medio de control *nulidad y restablecimiento del derecho*, demandante *Ximena López Giraldo*.

Notifíquese esta providencia a través de mensaje de datos a los correos electrónicos conocidos en autos y al *Procurador 29 Judicial II Administrativo de Manizales*. Ejecutoriado este auto, por *Secretaría* pásese a *Despacho* para proferir la Sentencia de 2° Instancia.

Notifíquese y cúmplase

A handwritten signature in black ink that reads "José Norman Salazar G." with a stylized flourish at the end.

JOSE NORMAN SALAZAR GONZALEZ
Conjuez

17001333300320190019003

Nulidad y restablecimiento del derecho

Miriam Leonor Gabelo Ramírez Vrs Nación-DEAJ-Rama Judicial

Admite recurso contra fallo primario

Auto interlocutorio n° 075

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Sala de Conjueces-

Manizales, tres (03) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

El pasado 29 de noviembre de 2022 se celebró sorteo de conjueces y por ese conducto me correspondió el conocimiento y tramite de este proceso, en consecuencia, **AVOCO** su conocimiento y en mi calidad de Conjuez director de este Despacho procedo a estudiar el recurso de apelación, presentado por la parte demandada en contra de la sentencia de 1° instancia emitida el 14 de julio de 2021, por el Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales, accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda.

A la luz del artículo 203 del CPACA en concordancia con los artículos 192 inciso 1° y 247 Ibidem, modificado por el artículo 67 n° 5 de la Ley 2080 de 2021. Así las cosas, la sentencia recurrida fue notificada a las partes intervinientes (Demandante, Demandado, Agente del Ministerio Público y a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado), en estrados. Los 10 días de la ejecutoria del fallo se cumplieron el 29 de julio de 2021. La parte demandada allegó el recurso en contra de la sentencia el 24 de julio de 2021. El recurso se encuentra dentro del término de 10 días, otorgado por el numeral 1° del artículo 247 de la Ley 2080 de 2021.

En consecuencia, se **ADMITE** el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada *Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial* contra la *Sentencia de 14 de julio de 2021* y emitida por el *Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales*, dentro del medio de control *nulidad y restablecimiento del derecho*, demandante *Miriam Leonor Gabelo Ramírez*.

Notifíquese esta providencia a través de mensaje de datos a los correos electrónicos conocidos en autos y al *Procurador 28 Judicial II Administrativo de Manizales*. Ejecutoriado este auto, por *Secretaría* pásese a *Despacho* para proferir la Sentencia de 2° Instancia.

Notifíquese y cúmplase

A handwritten signature in black ink that reads "José Norman Salazar G." with a stylized flourish at the end.

JOSE NORMAN SALAZAR GONZALEZ
Conjuez

17001333300220180034503

Nulidad y restablecimiento del derecho

Patricia González Carrillo Vrs Nación-DEAJ-Rama Judicial

Admite recurso contra fallo primario

Auto interlocutorio n° 073

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Sala de Conjueces-

Manizales, tres (03) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

El pasado 29 de noviembre de 2022 se celebró sorteo de conjueces y por ese conducto me correspondió el conocimiento y tramite de este proceso, en consecuencia, **AVOCO** su conocimiento y en mi calidad de Conjuez director de este Despacho procedo a estudiar el recurso de apelación, presentado por la parte demandada en contra de la sentencia de 1° instancia emitida el 29 de junio de 2021, por el Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales, accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda.

A la luz del artículo 203 del CPACA en concordancia con los artículos 192 inciso 1° y 247 Ibidem, modificado por el artículo 67 n° 5 de la Ley 2080 de 2021. Así las cosas, la sentencia recurrida fue notificada a las partes intervinientes (Demandante, Demandado, Agente del Ministerio Público y a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado), en estrados. Los 10 días de la ejecutoria del fallo se cumplieron el 15 de julio de 2021. La parte demandada allegó el recurso en contra de la sentencia, el 6 de julio de 2021. El recurso se encuentra dentro del término de 10 días, otorgado por el numeral 1° del artículo 247 de la Ley 2080 de 2021.

En consecuencia, se **ADMITE** el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada *Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial* contra la *Sentencia de 30 de junio de 2021* y emitida por el *Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales*, dentro del medio de control *nulidad y restablecimiento del derecho*, demandante *Patricia González Carrillo*.

Notifíquese esta providencia a través de mensaje de datos a los correos electrónicos conocidos en autos y al *Procurador 28 Judicial II Administrativo de Manizales*. Ejecutoriado este auto, por *Secretaría* pásese a *Despacho* para proferir la Sentencia de 2° Instancia.

Notifíquese y cúmplase

A handwritten signature in black ink that reads "José Norman Salazar G." with a stylized flourish at the end.

JOSE NORMAN SALAZAR GONZALEZ
Conjuez

17001333900620180037303

Nulidad y restablecimiento del derecho

Liliana María Castaño García Vrs Nación-DEAJ-Rama Judicial

Admite recurso contra fallo primario

Auto interlocutorio n° 074

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Sala de Conjueces-

Manizales, tres (03) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

El pasado 29 de noviembre de 2022 se celebró sorteo de conjueces y por ese conducto me correspondió el conocimiento y trámite de este proceso, en consecuencia, **AVOCO** su conocimiento y en mi calidad de Conjuez director de este Despacho procedo a estudiar el recurso de apelación, presentado por la parte demandada en contra de la sentencia de 1° instancia emitida el 4 de noviembre de 2021, por el Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales, accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda.

A la luz del artículo 203 del CPACA en concordancia con los artículos 192 inciso 1° y 247 Ibidem, modificado por el artículo 67 n° 5 de la Ley 2080 de 2021. Así las cosas, la sentencia recurrida fue notificada a las partes intervinientes (Demandante, Demandado, Agente del Ministerio Público y a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado), el 5 de noviembre de 2021. Los 10 días de la ejecutoria del fallo se cumplieron el 24 de noviembre de 2021. La parte demandada allegó el recurso en contra de la sentencia, el 16 de noviembre de 2021. El recurso se encuentra dentro del término de 10 días, otorgado por el numeral 1° del artículo 247 de la Ley 2080 de 2021.

En consecuencia, se **ADMITE** el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada *Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial* contra la *Sentencia de 4 de noviembre de 2021* y emitida por el *Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales*, dentro del medio de control *nulidad y restablecimiento del derecho*, demandante *Liliana María Castaño García*.

Notifíquese esta providencia a través de mensaje de datos a los correos electrónicos conocidos en autos y al *Procurador 28 Judicial II Administrativo de Manizales*. Ejecutoriado este auto, por *Secretaría* pásese a *Despacho* para proferir la Sentencia de 2° Instancia.

Notifíquese y cúmplase

JOSE NORMAN SALAZAR GONZALEZ

Conjuez



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA SEXTA

Magistrado: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Referencia: Resuelve reposición
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Tributario
Radicación: 1700123330002020-00246-00
Accionante (s): Jhon James Cárdenas Muñoz
Accionado (s): Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones - UGPP
Acto Judicial: Auto Interlocutorio 19

Manizales, febrero tres (03) de dos mil veintitrés (2023).

Síntesis: Se niega recuso de reposición

Asunto

El despacho decide el recurso de reposición interpuesto por el apoderado judicial de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, frente al auto proferido el seis (6) de octubre del 2022 que decidió sobre las excepciones previas.¹

Antecedentes

La parte resolutive de la providencia recurrida ordenó lo siguiente:

“Primero. DECLARAR NO PROBADAS, la excepciones de “Improcedencia de la demanda por no haberse surtido la actuación administrativa relativa a los recursos previstos en la ley como presupuesto procesal de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho:” e “Indebido agotamiento de la vía administrativa para acudir en Per Saltum” formuladas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones - UGPP.

La anterior decisión fue notificada de manera electrónica el 7 de octubre del 2022, conforme a la constancia secretarial aportada al expediente digital, de conformidad con el artículo 201 del CPACA.

De la sustentación del recurso de reposición

En síntesis, el recurrente sustenta el recurso de reposición con base en los siguientes fundamentos:

- (i) Afirmó que el procedimiento aplicable para la determinación oficial de las contribuciones parafiscales de la protección social y la imposición de sanciones por la UGPP, se encuentra regulado en el artículo 180 de

¹ Expediente digital archivo 017Autoresuelveexcepciones

la Ley 1607 de 2012 modificado por el artículo 50 de la Ley 1739 de 2014. En la preceptiva señala que procede el recurso de reconsideración de manera obligatoria; por ello no es procedente la remisión al artículo 720 del ET.

- (ii) Explicó la demanda *POR SALTO* no es aplicable al procedimiento que adelanta la UGPP, al no permitirse la remisión al ET. Por lo anterior, el recurso de reconsideración contra la liquidación oficial no es facultativo, sino obligatorio. En consecuencia, la parte actora, no presentó dentro del término legal dicho recurso contra la liquidación oficial RDO201903837 del 14 de noviembre de 2019.
- (iii) Solicitó revocar el auto recurrido y declarar probada la excepción propuesta

Oportunidad

El 12 de octubre de 2022, el apoderado judicial de la entidad UGPP, a través de correo electrónico, presentó el recurso de reposición contra el auto que resolvió las excepciones. Como la ejecutoria del auto transcurrió entre el 12 y 14 de dicho mes y año, se entiende presentado de manera oportuna.

Consideraciones

Respecto a la procedencia del recurso de reposición el artículo 242 del CPACA modificado por el artículo 61 de la Ley 2080 de 2021, indica: “*el recurso de reposición procede contra los autos, salvo norma legal en contrario, en cuanto a su oportunidad y trámite, se aplicará lo dispuesto en el Código General del Proceso*”.

Conforme con los argumentos que sustentan los recursos impetrados, se hace el siguiente análisis.

Excepciones al requisito de procedibilidad

En el CPACA, se estableció los requisitos previos para demandar, entre ellos en el numeral 2 de dicha disposición, se estipuló los concernientes a la nulidad de los actos administrativos, donde deben haberse ejercido y decidido los recursos que fueron obligatorios. No obstante, en el inciso segundo, que el mismo no será exigible si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes.

De otro lado, existe otra excepción a dicho requisito previo a demandar el cual se encuentra regulado en el artículo 720 del Estatuto Tributario² el cual establece la demanda *POR SALTO*. Esta preceptiva establece que el contribuyente podrá prescindir del recurso de reconsideración contra la liquidación oficial cuando haya respondido en debida forma al requerimiento especial, caso en el cual podrá acudir directamente a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

² Art. 720. Recursos contra los actos de la administración tributaria. (...)

PAR. Cuando se hubiere atendido en debida forma el requerimiento especial y no obstante se practique liquidación oficial, el contribuyente podrá prescindir del recurso de reconsideración y acudir directamente ante la jurisdicción contencioso administrativa dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de la liquidación oficial”.

Procedimiento aplicable a la determinación oficial e imposición de sanciones de la UGPP

El artículo 180 de la Ley 1607 de 2012³, modificada por el artículo 50 de la Ley 1739 de 2014⁴, estipuló: “Artículo 180. Procedimiento aplicable a la determinación oficial de las contribuciones parafiscales de la protección social y a la imposición de sanciones por la UGPP. Previo a la expedición de la Liquidación Oficial o la Resolución Sanción, la UGPP enviará un Requerimiento para Declarar o Corregir o un Pliego de Cargos, los cuales deberán ser respondidos por el aportante dentro de los tres (3) meses siguientes a su notificación. Si el aportante no admite la propuesta efectuada en el Requerimiento para Declarar o Corregir o en el Pliego de Cargos, la UGPP procederá a proferir la respectiva Liquidación Oficial o la Resolución Sanción, dentro de los seis (6) meses siguientes, si hay mérito para ello.

Contra la Liquidación Oficial o la Resolución Sanción procederá el Recurso de Reconsideración, el cual deberá interponerse dentro de los dos (2) meses siguientes a la notificación de la Liquidación Oficial o la Resolución Sanción. La resolución que lo decida se deberá proferir y notificar dentro del año siguiente a la interposición del recurso.”

Por su parte, la Sección Cuarta del Consejo de Estado⁵, ha precisado que es procedente que el contribuyente puede demandar *POR SALTO* bajo el procedimiento de determinación y liquidación oficiales adelantados por la UPPG. Sobre el particular puntualizó:

*“recordó que el artículo 180 de la Ley 1607 del 2012, que regula el procedimiento que debe adelantar la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscal (UGPP) para la determinación oficial de las contribuciones parafiscales de la protección social, no prevé que el contribuyente pueda demandar per saltum la liquidación oficial de revisión. No obstante, advirtió que en este aspecto es aplicable el Estatuto Tributario (E. T.), según se extrae del inciso sexto del artículo 156 de la Ley 1151 del 2007, en el cual se establece que lo no previsto allí debe quedar sujeto a lo contemplado en el libro V, títulos I, IV, V y VI del E. T. **En ese entendido, precisó que a ese tipo de liquidaciones les es aplicable lo dispuesto en el parágrafo del artículo 720 del E. T. Así las cosas, cuando el requerimiento especial ha sido atendido en debida forma y, aun así, se practica la liquidación oficial, el contribuyente puede prescindir del recurso de reconsideración y acudir directamente ante la jurisdicción contencioso administrativa dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación de la liquidación oficial. Rft.***

A su vez, la alta corporación ha señalado, en providencia del 11 de febrero de 2021⁶, sobre la posibilidad de acudir *POR SALTO* ante la jurisdicción contencioso administrativa en vigencia de la Ley 1739 de 2014, prevista en el artículo 720 del ET.; siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

*(i) **que el requerimiento se haya atendido en debida forma, es decir, que la respuesta se presente dentro de los 3 meses siguientes a la notificación del requerimiento especial, se haga por escrito y como lo indica el artículo 559 del ET, la suscriba el contribuyente o quien tenga la capacidad legal para hacerlo y contenga las objeciones al requerimiento y (ii) que la demanda contra la liquidación oficial se presente ante la jurisdicción contencioso administrativa dentro de los 4 meses siguientes a la notificación.** La sala concluye que, contrario a lo alegado por el apelante, no se cumplen los requisitos para acudir per saltum a la jurisdicción, en razón a que no se dio respuesta al requerimiento para declarar y/o corregir*

³ Por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=51040>

⁴ Por medio de la cual se modifica el Estatuto Tributario, la Ley 1607 de 2012, se crean mecanismos de lucha contra la evasión y se dictan otras disposiciones.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=60231>

⁵ Consejo de Estado, sección Cuarta CP. Hugo Fernando Bastidas, 17 de febrero de 2017.

⁶ Consejo de Estado, sección Cuarta CP. Julio Roberto Piza Rodríguez, sentencia del 11 d febrero de 2021, radicado 25000-23-37-000-2019-00666-01 (25219) A

la liquidación en el término establecido, lo que supone que no se cumple el primer de los requisitos mencionados. Rft.

Conforme a las previsiones normativas y jurisprudenciales precitadas, se entiende que es viable la presentación de la demanda *POR SALTO*, bajo el procedimiento de determinación de contribuciones parafiscales de la protección social adelantado por la entidad UGPP, en virtud del 720 del ET, en vigencia de la Ley 1739 de 2014.

En este sentido, considera el despacho que no le asiste razón al recurrente al manifestar que no es procedente la aplicación del artículo 720 del ET., frente al procedimiento para la determinación oficial de contribuciones, respecto a la demanda *POR SALTO*, considerando el recurso de reconsideración como mecanismo obligatorio para agotar la actuación administrativa.

De esta manera, se analizará si se cumplen los requisitos para acudir *POR SALTO* ante la jurisdicción contencioso administrativa de acuerdo a los parámetros jurisprudenciales.

Caso concreto

Según la actuación administrativa adelantada por la Subdirección de Determinación de Obligaciones de la UGPP, se profirió el requerimiento para declarar y/o corregir RCD-2019-00698⁷, siendo notificado el 27 de marzo de 2019, con el fin de modificar y pagar como cotizante al Sistema de Seguridad Integral, así como la correspondiente sanción.

Dentro de los tres meses siguientes, el 20 de junio de 2019 el contribuyente radicó oposición al requerimiento para declarar y/o corregir RCD-2019-00698, solicitando que se declare que no es contribuyente inexacto en los aportes de seguridad social en sus contingencias de pensión y salud para el año 2016. Así mismo, el archivo el proceso.

De esta manera, se cumplió el primer requisito jurisprudencial para ejercer la acción *POR SALTO*, o sea: “ *que el requerimiento se haya atendido en debida forma, es decir, que la respuesta se presente dentro de los 3 meses siguientes a la notificación del requerimiento especial, se haga por escrito y como lo indica el artículo 559 del ET, la suscriba el contribuyente o quien tenga la capacidad legal para hacerlo y contenga las objeciones al requerimiento...* ”

El 14 de noviembre de 2019, la Subdirección de Determinación de Obligaciones de la UGPP profirió la resolución número RDO-2019-03837 por el cual se expidió la liquidación oficial por inexactitud en las autoliquidaciones y pagos al Sistema de Seguridad Social Integral y se sanciona por inexactitud.

Frente a la decisión la parte actora presentó recurso de reconsideración de manera extemporánea, y procedió a demandar la liquidación oficial *POR SALTO*, ante la jurisdicción contenciosa administrativa. Luego, conforme al auto recurrido, la demanda se presentó dentro del término oportuno, esto es dentro de los cuatro (4) meses previstos en el CPACA.

Por lo anterior, se confirma que se dieron los requisitos para demandar en *POR SALTO*, al acreditar que el requerimiento ordenado por la UGPP, fue contestado en debida forma argumentando los motivos fácticos y jurídicos de inconformidad.

⁷ Expedient digital archivo 02demandapoderespecial página 20 y ss

A su vez se presentó la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho frente al acto administrativo de liquidación oficial.

En consecuencia, no se repondrá el auto recurrido, y se ordenará continuar con la etapa procesal.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

PRIMERO: NO REPONER el auto del 6 de octubre del 2022, mediante el cual se resolvieron las excepciones propuestas por la parte accionada bajo el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instauró Jhon James Cárdenas Muñoz contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones - UGPP

SEGUNDO: EJECUTORIADA este acto judicial, continúese con el trámite procesal pertinente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

<p>TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS <u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO</u></p> <p>No. 018 FECHA: 6/2/2023</p> <p>SECRETARIO</p>
--

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Manizales, febrero tres (03) de dos mil veintitrés (2023)

A.I. 18

Asunto: Resuelve Nulidad Procesal
Medio de Control: Ejecutivo
Radicación: 170012333-2017-00432
Demandante: Francisco Joel Ángel Gómez
Demandados: Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones

Asunto

Mediante auto del 14 de diciembre de 2022, el Despacho resolvió el recurso de reposición y negó la concesión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la entidad Colpensiones. En el acto judicial recurrido se denegó la solicitud de control de legalidad.

El 16 de diciembre de 2022, a través de correo electrónico el apoderado judicial de la entidad Colpensiones solicitó la nulidad procesal de todo lo actuado por violación al debido proceso en contra del auto que resolvió el recurso de reposición y denegó la apelación. A su vez, interpuso recurso de queja en subsidio de reposición.

Inicialmente se procederá a resolver sobre la nulidad procesal sobre el auto en mención, misma que se encuentra sustentada en los siguientes argumentos:

- (i) Consideró que la nulidad procesal se encuentra determinada en los numerales 3 y 5 del artículo 133 del CGP.
- (ii) La demanda ejecutiva no se realizó en debida forma ya que se debió abrir un incidente de liquidación de condena en abstracto, con el fin de conocer la suma líquida para su cobro conforme lo establece el artículo 193 del CPACA.
- (iii) Al no adelantarse el incidente de liquidación de condena en abstracto se vulneró el debido proceso y el derecho de defensa de la entidad; al no contar con el procedimiento que permitiera conocer el valor de la condena, con el fin de ejercer objeción u oposición.
- (iv) Que los guarismos determinados en el mandamiento de pago resultan impredecibles e intempestivos que no permitieron presentar pruebas, recursos o alegatos en las etapas; además, carente de la respectiva liquidación en concreto, generando un efecto en contra de los intereses de la entidad.

Oportunidad

El término de ejecutoria del auto recurrido transcurrió entre el 11 al 13 de enero de 2023. La parte actora presentó solicitud de nulidad procesal y recurso de queja el 19 de diciembre de 2022.

Una vez expuestos, los fundamentos fácticos y jurídicos proceden el Despacho a resolver la nulidad propuesta por la parte actora.

Procedencia de la Nulidad

El artículo 208 del CPACA señala que serán causales de nulidad en todos los procesos las señaladas en el Código de Procedimiento Civil y se tramitarán como incidente. Seguidamente en el artículo 209 de la citada disposición, determina que las nulidades del proceso entre otras, deberán tramitarse como incidente.

En cuanto a la mencionada solicitud, el artículo 133 del C.G.P., aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la Ley 1437 de 2011, consagra las causales de nulidad al siguiente tenor:

"ARTICULO 133. Artículo 133. Causales de nulidad. El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

1. Cuando el juez actúe en el proceso después de declarar la falta de jurisdicción o de competencia.

2. Cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite integralmente la respectiva instancia.

3. Cuando se adelanta después de ocurrida cualquiera de las causales lega/es de interrupción o de suspensión, o si en estos casos se reanuda antes de la oportunidad debida.

4. Cuando es indebida la representación de alguna de las partes, o cuando quien actúa como su apoderado judicial carece íntegramente de poder.

5. Cuando se omiten las oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas, o cuando se omite la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley sea obligatoria.

6. Cuando se omita la oportunidad para alegar de conclusión o para sustentar un recurso o descorrer su traslado.

7. Cuando la sentencia se profiera por un juez distinto del que escucho los alegatos de conclusión o la sustentación del recurso de apelación.

8. Cuando no se practica en legal forma la notificación de! auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley as! lo ordena. o no se cita en debida forma al Ministerio Publico o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado.

A su vez el artículo 134 del C.G.P consagra la oportunidad para alegar, las nulidades:

"ARTICULO 134. OPORTUNIDAD Y TRÁMITE. Las nulidades podrán alegarse en cualquiera de las instancias, antes de que se dicte sentencia o con posterioridad a ésta si ocurrieren en ella."

De las anteriores preceptivas, considera el Despacho que las nulidades procesales se encuentran de manera taxativa en el Código General del Proceso, atendiendo a las irregularidades procesales que pueden surgir en el transcurso del proceso. Y que fueron contempladas a efectos de evitar decisiones inhibitorias que puedan afectar los derechos frente a los administrados.

Por su parte, la Sección Primera del Consejo de Estado¹, ha referido a la finalidad de las nulidades procesales que permiten garantizar la validez de las actuaciones procesales y los derechos fundamentales. Al respecto ha señalado:

“23. Ahora bien, es importante resaltar que las causales de nulidad procesal han sido definidas por la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado como irregularidades o vicios procedimentales que se presentan en el marco de un proceso jurisdiccional y que tienen el alcance de invalidar las actuaciones surtidas dentro del mismo y que, en este orden de ideas, se trata de un mecanismo intraprocesal orientado a garantizar la validez de las actuaciones procesales y los derechos fundamentales de las partes y demás intervinientes.

24. Ahora bien, es importante resaltar que la taxatividad de las nulidades procesales se deduce del contenido del artículo 135 del Código General del Proceso, al señalar que “[...] [e]l juez rechazará de plano la solicitud de nulidad que se funde en causal distinta de las determinadas en este capítulo o en hechos que pudieron alegarse como excepciones previas [...]” (Destacado fuera de texto).

Teniendo en cuenta que la parte recurrente justifica la nulidad procesal en los artículos 3 y 5 del artículo 133 del CGP, concernientes adelantar actuación después de ocurrida las causales de interrupción o suspensión del proceso. Y por omisión de las oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas.

Sobre el particular, es preciso analizar el procedimiento ejecutivo el cual se encuentra regulado en el CPACA, y por remisión expresa al CGP, así:

Los artículos 297 del CPACA y 422 del CGP consideran como título ejecutivo las sentencias debidamente ejecutoriadas, en este caso, proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mediante las cuales se condene a una entidad pública al pago de sumas dinerarias.

El artículo 192 del CPACA, reguló lo pertinente al cumplimiento de las sentencias y conciliaciones, por parte de las entidades públicas, que impone el deber de las entidades de realizar las medidas necesarias en el término de treinta (30) días y el pago de la obligación en un máximo de diez (10) meses.

En efecto el artículo 422 del Código General del Proceso, reguló las obligaciones que deben demandarse, a través del proceso ejecutivo, el cual señala que pueden demandarse las obligaciones, claras, expresas y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante.

Por su parte, el artículo 193 del CPACA, reguló la condena en abstracto. En la norma se dispuso que las condenas al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios y otros semejantes, impuestas en auto o sentencia, cuando su cuantía no hubiere sido establecida en el proceso se harán en forma genérica conforme lo prevé el Código de Procedimiento Civil hoy CGP.

Sobre el particular, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 22 de octubre de 2009², ha referido que las decisiones judiciales son constitutivas de título

¹ Consejo de Estado, sección primera CP. Hernando Sánchez Sánchez, del 20 de febrero de 2019 radicado número: 85001-23-33-000-2017-00223-01(PI).

² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, MP. Gerardo Arenas Monsalve del 22 de octubre de 2009, radicado número 68001-23-15-000-2000-01966-01(2770-08).

ejecutivo, sin que requieran establecer un valor real, ni constituyan una condena en abstracto que se deba liquidar. Al respecto ha indicado:

*“Por tanto, las sentencias y demás decisiones jurisdiccionales ejecutoriadas que emanen de autoridad judicial competente constituyen por sí mismas título ejecutivo y no requieren, salvo las excepciones de ley, que se fije la condena a través de una suma dineraria específica para que pueda establecerse su valor **real o demandarse ejecutivamente, pues la obligatoriedad y el carácter ejecutivo de las decisiones proferidas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo se desprende de su firmeza –art. 62- y que no haya perdido su fuerza ejecutoria –art. 66-**.”*

*Así mismo, el artículo 176 del C.C.A. dispone que las autoridades que deban dar cumplimiento a la sentencia tendrán 30 días para proferir la correspondiente resolución en la cual se adopten las medidas necesarias para su cumplimiento, acto contra el cual podrán interponerse los recursos de la vía gubernativa, en el evento que, como aduce el recurrente, no se efectúe la **liquidación de manera clara y completa, contraviniendo la orden del Tribunal y, sin perjuicio de adelantar la ejecución de la condena dentro del plazo previsto en el inciso 4º del artículo 177 ibídem, esto es, dieciocho meses después de su ejecutoria.**”*

*De acuerdo con lo anterior, la decisión proferida por el Tribunal de primera instancia no constituye una condena en abstracto, pues el objeto principal de la misma no fue la obligación pagar “frutos, intereses, mejoras o perjuicios”, eventos en los cuales, y la luz del artículo 172 del C.C.A., si se condena a su pago en forma genérica, se liquidarán luego mediante incidente. **El fallo aquí expedido consistió en la orden expresa de pago a favor del actor y a título de indemnización reparatoria del daño, de las mismas prestaciones sociales que devengan los servidores públicos del Municipio demandado tomando como base el valor de cada uno de los contratos de prestación de servicios por los tiempos de duración de éstos y aplicar la actualización de dichas sumas conforme lo establecido en el artículo 178 del C.C.A.**”*

En vista de las normas y pronunciamientos jurisprudenciales precitados se colige que las sentencias ejecutoriadas se conciben como títulos ejecutivos demandables ante la jurisdicción competente dentro de los términos legales previstos para tal efecto. Y de esta manera seguir el trámite de ejecución, a efecto de cobrar la obligación derivada de la orden judicial; sin que la misma constituya una condena en abstracto. Lo anterior atendiendo las particularidades de dicho trámite el cual se encuentra determinado para pagar, frutos, intereses, mejoras o perjuicios.

En suma, para el caso su examine, se tiene que la sentencia dictada en primera instancia ordenó la reliquidación pensional del señor Francisco Joel Ángel Gómez, y posteriormente ante el incumplimiento de la accionada, el actor adelantó el proceso ejecutivo con el fin de hacer efectivo la orden judicial. A su vez, en la sentencia no se ordenó al pago de frutos, intereses, mejora o perjuicios, como lo hace ver la entidad accionada.

Por lo anterior, los argumentos presentados por el apoderado judicial no se enmarcan en la causal 5ª del artículo 133 del CGP; al no vislumbrarse que se haya pretermitido alguna etapa procesal durante el trámite del proceso ordinario y posteriormente en la ejecución del mismo, que permite identificar vulneración alguna al derecho de defensa y contradicción por parte del despacho. Por el contrario, las actuaciones surtidas dentro del proceso hasta su culminación contaron con las garantías procesales previstas en el CPACA y CGP, atendiendo a las oportunidades concedidas para

objetar, presentar recursos, contestaciones entre otras, para controvertir las decisiones judiciales.

De otro lado, respecto a la causal tercera (3) del artículo 133 del CGP, considera el despacho que en el proceso no se presentó ninguna de las causales de suspensión o interrupción previstas en los artículos 159 y 161 de dicha preceptiva. Tampoco fue alegada en el transcurso del proceso por alguna de las partes.

En ese orden de ideas, el Despacho, discrepa de los argumentos esbozados por el apoderado judicial de Colpensiones. Al revisar el trámite procesal surtido en el proceso ejecutivo, ni en el declarativo se observa la presencia de causal de nulidad que haya debido sanearse, ni que impida el trámite judicial que se ha adelantado. A su vez, tampoco se evidencia irregularidad o vicio procedimental que pueda afectar el trámite del proceso judicial.

En consecuencia, considérense suficientes los motivos expuestos para rechazar de plano la solicitud de nulidad formulada por la entidad accionada.

RESUELVE

PRIMERO: RECHAZAR DE PLANO la solicitud de nulidad formulada por el apoderado judicial de la entidad Colpensiones, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta decisión procédase a resolver el recurso de queja formulado por la entidad Colpensiones.

Notifíquese y cúmplase



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

<p>TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS NOTIFICACIÓN POR ESTADO</p> <p>No. 018 FECHA: 6/2/2023</p> <p>SECRETARIO</p>
--

