

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA

Ibagué, 3 de marzo de dos mil veintidós (2022)

RADICACIÓN: 73001-33-33-005-2017-00361-01
INTERNO: 0763/20
ACCIÓN: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
DEMANDANTE: Luz Ángela Correa Venteros
APODERADA: Aidé Alvis Pedreros
DEMANDADO: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar
APODERADA: Sandra Liliana Monroy Gómez
REFERENCIA: Apelación sentencia.

Decide la Sala¹ el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la **sentencia del 8 de junio de 2020, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué**, dentro del proceso promovido por **Luz Ángela Correa Venteros** en contra del **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF)**, que denegó las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES.

La demanda.

La señora Luz Ángela Correa Venteros mediante representante judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 138 del C de P. A y de lo C.A. (fls. 159-171 Documento 003_ CUADERNO PRINCIPAL 1, expediente digital), pretende se declare la nulidad del oficio No. S-2016-109795-7300 del 9 de marzo de 2016, expedido por el Director Regional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Tolima, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de todo el tiempo de servicio a la actora, los salarios, auxilio de cesantías, intereses sobre las cesantías, prima de servicios, vacaciones, dotaciones, afiliación a EPS, ARP, Caja de Compensación Familiar, afiliación a fondo de cesantías y pensiones, horas extras y dominicales y festivos, que continúe pagado el reajuste de acuerdo a la pérdida del poder adquisitivo de la moneda conforme al IPC, y los

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

intereses corrientes y moratorios en los términos del artículo 177 del C.C.A. (Sic) (fls. 16-19 Documento 003_ CUADERNO PRINCIPAL 1, expediente digital).

A título de restablecimiento del derecho.

Se condene a la entidad demandada a

- Cancelar y pagar los salarios, el auxilio de cesantías, los intereses sobre las cesantías, las primas de servicios, las vacaciones, las dotaciones, la afiliación a la EPS, ARP, Caja de Compensación Familiar, afiliación a fondo de pensiones y cesantías, conforme el régimen salarial contemplado para las Jardineras hasta la fecha de la sentencia.
- *“3. Las obligaciones laborales que tiene el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR pendientes con mi poderdante ascienden a la suma de NOVENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y UN MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS M/CTE. (\$93.891.392)”*
- Al reintegro de la demandante a un cargo igual o mejor al que tenía al momento de ser desvinculada del ICBF.
- Actualizar la condena respectiva conforme el artículo 192 del C.C.A. (Sic) y pagar los intereses legales desde la fecha de ocurrencia de los hechos hasta cuando se le dé cumplimiento a la sentencia ejecutoriada.
- Pagar los intereses corrientes y moratorios sobre las sumas líquidas a que ascienden las pretensiones, en los términos de los artículos 193 y 195 del C.C.A. (Sic.)
- Se condene al pago de las costas de conformidad con lo preceptuado en el artículo 188 del C.C. Ad. (Sic).

Fundamentos fácticos.

A través de apoderado judicial, la señora Luz Ángela Correa Venteros, narró como situación fáctica la siguiente (fls. 161-163 Documento 003_ CUADERNO PRINCIPAL 1, expediente digital) (Sic):

1. *Mi representada laboro para EL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR REGIONAL TOLIMA como jardinera desde el 16 de noviembre de 1989 hasta el 30 de enero de 2016 el cuando fue despedida sin justa causa.*

2. *Mi poderdante fue contratada por EL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR REGIONAL TOLIMA el cual la envió a firmar el correspondiente contrato de trabajo con la junta administradora del HOGAR INFANTIL MI RINCONCITO ENCANTADO DE VENADILLO ahora asociación de padres de familia de hogar infantil mi rinconcito encantado.*

3. *Disfrazando EL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR REGIONAL TOLIMA una verdadera relación laboral por medio de la junta administradora ahora asociación de padres de familia del HOGAR INFANTIL MI RINCONCITO ENCANTADO DE VENADILLO., teniendo pleno conocimiento de que esta entidad es una simple intermediaria, vulnerando así los derechos y garantías laborales, prestacionales, sindicales y de seguridad social, consagrados en nuestro ordenamiento jurídico en favor de los trabajadores.*

4. *Vulnerando de esta manera la obligación de dar estricto cumplimiento a los principios de transparencia, selección objetiva, economía y responsabilidad, de que tratan los artículos 24 y siguientes de la Ley 80 de 1993, los cuales rigen las actuaciones contractuales de las entidades estatales, en concordancia con los postulados que rigen la función pública, señalados en el artículo 209 de la Constitución Política.*

5. EL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR REGIONAL TOLIMA para evitar las obligaciones propias de una relación laboral contrato a su personal con la junta administradora ahora ASOCIACION DE PADRES DE FAMILIA HOGAR INFANTIL MI RINCONCITO ENCANTADO DE VENADILLO, pero como en el caso que nos ocupa esta figura fue abusada y desfigurada, surgió un contrato de trabajo realidad entre el mi poderdante y la empresa contratante es decir EL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR REGIONAL TOLIMA.

6. Nuestro ordenamiento jurídico es muy claro al manifestar que la intermediación laboral no es legal, que el trabajador debe en primer lugar estar bajo la gestión y administración de la empresa que lo contrato y no de la empresa contratante como en caso que nos ocupa es decir EL INSTITUTO COLOMBIANO PE BIENESTAR FAMILIAR REGIONAL TOLIMA, pero si la empresa contratante se presenta como directo empleador en la medida en exige al trabajador la sumisión a su poder de subordinación, usurpando a la asociación de padres de familia su facultad administrativa y de gestión, da pie a que el trabajador pueda reclamar un contrato realidad con la empresa puesto que la asociación de padres de familia se ha transformado en una simple intermediaria laboral, como ocurre en el caso en comento.

7. Es claro que si la empresa contratante en este caso el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIA REGIONAL TOLIMA obra como verdadero empleador frente a los trabajadores de la asociación de padres de familia MI RINCONCITO ENCANTADO DE VENADILLO, estos pueden alegar la existencia de una relación laboral con la empresa, puesto que en el derecho laboral prima la realidad frente a las formalidades y apariencias.

8. Vemos como en el caso que nos ocupa EL INSTITUTO COLOMBIANO DE BINESTAR FAMILIAR obro siempre como verdadero empleador de la señora LUZ ANGELA CORREA VENTEROS, pues con solo observar las nominas de pago de salario que le entregaban a mi poderdante se demuestra la subordinación, dependencia y el horario de trabajo que cumplía la trabajadora demandante.

9. La prestación del servicio de la señora LUZ ANGELA CORREA VENTEROS fue de manera continua e interrumpida.

10. Las labores encomendadas fueron ejecutadas por mí representada de manera personal en las instalaciones del HOGAR INFANTIL, atendiendo las instrucciones del empleador en días ordinarios, sin que se llegare a presentar queja alguna o llamado de atención contra mi poderdante.

11. EL horario de trabajo que cumplió la señora LUZ ANGELA CORREA VENTEROS fue el de tiempo completo que cumplen las jardineras del ICBF.

12. La demandada nunca afilio a mi mandante a ninguna Entidad Prestadora de Salud, como lo exige la ley, ni ARP, ni a ningún fondo de cesantías, pensiones.

13. A la demandante se le cancelaba su salario mensualmente de recursos propios de la demandada.

14. Es importante tener de presente que mi representada devengo como último salario la suma de SETECIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL PESOS M/TE. (\$769.000).

15. Hasta la presente fecha la parte aquí demandada no ha cancelado ninguna de las acreencias laborales adeudadas.

16. Para agotar el requisito de procedibilidad se presentó solicitud de conciliación prejudicial ante la procuraduría I y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR no asistió a la conciliación por lo tanto no concilio según consta en la certificación acta que se anexa a la presente.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Se señalaron las siguientes disposiciones: Artículos 1, 2, 25, 53 de la Constitución Política; artículo 85 del C.C.A.; el artículo 6 de la Ley 60 de 1993; el artículo 1º de la Ley 70 de 1988; el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 (fl. 163 Documento 003_ CUADERNO PRINCIPAL 1, expediente digital).

Adujo que el acto demandado adolece de falsa motivación en razón a que su fundamentación es falsa, vulnerando el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Más adelante señaló como vulnerado el Decreto Ley 2400 de 1968 y el artículo 87 de la Ley 443 de 1998, normas que se aplican a los empleados del Estado que prestan sus servicios en los niveles indicados en el artículo 30 de la misma normatividad, como en el caso de la demandante que ejerció funciones como jardinera de manera permanente por varios años y nunca fue nombrada conforme lo exige aquella.

Contestación de la demanda.

Corrido el traslado de la demanda al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, de conformidad con lo ordenado por auto del 10 de octubre de 2016 (fl. 187-188 Documento 003_ CUADERNO PRINCIPAL 1, expediente digital), ante lo cual la demandada contestó oportunamente la demanda.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF).

Mediante apoderada² (fls. 213-237 Documento 003_ CUADERNO PRINCIPAL 1, expediente digital) manifestó su oposición a las pretensiones de la demanda por considerar que el único vínculo legal surgió entre el ICBF y la Asociación de Padres del Jardín Infantil Mi Rinconcito Encantado, del municipio de Venadillo, a través de la suscripción del **Contrato de Aporte** No. 042 de 2015.

Señaló que este tipo de asociaciones tienen personería jurídica propia, se regulan por sus propios estatutos y como tales son autónomas en el manejo de todos los asuntos que tienen a su cargo, por lo que la vinculación que esta hiciera para con la Demandante no es competencia del ICBF.

Aclaró que el negocio jurídico de aporte es un contrato estatal especial suscrito entre el ICBF y un contratista, en el que el primero se compromete, como su nombre lo indica, a efectuar aportes o contribuciones en dinero o especie a una persona natural o jurídica, con el fin de atender bajo su exclusiva responsabilidad y con su propio personal humano y técnico, un área específica del sistema de bienestar social.

Planteó que los contratos que suscribe el ICBF con entidades sin ánimo de lucro, como es el caso de las Asociaciones de Padres de los Hogares Infantiles, infieren la no existencia de ánimo de lucro, toda vez que el aporte no entra al patrimonio del contratista; los dineros que se entregan, tienen una destinación específica, como es la prestación total o parcial de un servicio. Aquí entonces el destinatario del servicio no es otro que la misma Comunidad que se beneficia del programa. En vista de ello, el ICBF no interviene en las decisiones que sobre contratación o desvinculación de personal realiza la asociación.

² Abogada Sandra Liliana Monroy Gómez.

Propuso las siguientes excepciones: **i.** *falta de legitimación en la causa por pasiva*, por cuanto entre el ICBF y la parte demandante no existió ningún tipo de relación laboral, **ii.** *inexistencia de un contrato laboral entre el demandante y el ICBF*, por ser la relación laboral solamente con la Asociación de Padres de Familia del Hogar Infantil Mi Rinconcito Encantado del municipio de Venadillo, **iii.** *Imposibilidad jurídica del ICBF para celebrar contratos de trabajo*, por ser un establecimiento público y su única forma de vinculación es la modalidad estatutaria, además la labor desempeñada por la demandante no puede ser catalogada como de aquellas a que se refiere el artículo 3º del Decreto Reglamentario 1848 de 1969; **iv.** *Inexistencia o falta de causa para demandar* porque el ICBF no ha tenido relación laboral con los trabajadores de los hogares infantiles por ser sus empleadores las asociaciones de padres de familia o el hogar infantil; **v.** *cobro de lo no debido*, por no existir contrato laboral con la entidad; **vi.** *Inexistencia de la obligación*, por no existir vínculo laboral, **vii.** *Inexistencia de solidaridad prestacional*, debido a la falta de vínculo laboral.

LA SENTENCIA APELADA

El Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, mediante Sentencia de fecha 8 de junio de 2020 (fls. 164-177, documento 004_CUADERNO 2 DEL PRINCIPAL, expediente digital), denegó las súplicas de la demanda, por cuanto no se acreditó la existencia de una relación laboral entre la demandante y el ICBF toda vez que las personas vinculadas a los hogares infantiles que celebraron Contrato de Aporte con esa entidad, no configuran relación laboral con esta.

Lo anterior debido la intervención o injerencia del ICBF para con el Hogar Infantil “Mi Rinconcito Encantado” del municipio de Venadillo (Tolima) consistió en supervisar y velar porque los dineros aportados o girados para la función de apoyo a la niñez, se cumpliera realmente.

La apelación.

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia (documento 005_Recurso de apelación luz angela correa venteros, expediente digital), en la que señaló su descontento al manifestar que existió falta de análisis de la prueba testimonial ya que no hizo alusión a si esta fue exacta, completa, si concordaba con los hechos y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se prestó el servicio.

Señaló además que no se calificó la prueba documental y que es incorrecta la afirmación consignada en el fallo, en el sentido que entre la demandante y la Asociación de Padres de Familia del Hogar Infantil Mi Rinconcito Encantado se configuró una verdadera relación laboral, puesto que lo debatido es la relación laboral con el ICBF.

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de fecha 20 de mayo de 2021, se admitió el recurso de apelación impetrado por la parte demandante; mediante auto del 28 de junio de 2021 (documento 017_AUTO CORRE TRASLASO PARA ALEGAR, expediente digital), se ordenó correr traslado para que el Ministerio Público emitiera su concepto y las partes presentaran sus alegatos de conclusión.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

De la parte demandante.

Presentó escrito (documento 020_PARTE ACTORA ALEGA DE CONCLUSIÓN-fusionado, expediente digital) por medio del cual consignó argumentos similares al del escrito de apelación al cual añadió que se probó el elemento de la subordinación de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, para lo cual transcribió una sentencia de esa Corporación, sin anotar su identificación.

De la parte demandada (ICBF).

Presentó escrito (documento 021_ICBF ALEGA DE CONCLUSIÓN-fusionado, expediente digital) por medio del cual expresó que se atiene a los argumentos del escrito de contestación de la demanda, añadiendo que de los contratos de aporte no se predica la denominada solidaridad laboral por cuanto aquellos celebrados con las Asociaciones de Padres de Familia, tiene su fuente en el artículo 127 del Decreto 2388 de 1979, reglamentario de la Ley 7ª del mismo año, que facultó a esa entidad para celebrar contratos de aporte para proveer a una institución de utilidad pública o social de los bienes (edificios, dinero, etc.) indispensables para la prestación total o parcial del servicio.

Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa (llamada en garantía).

Por medio de escrito, remitido por medio digital (documento 024_ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA PRESENTA ALEGATOS DE CONCLUSIÓN-fusionado, expediente digital), su apoderada planteó que no se acredita la causal de nulidad reclamada respecto del acto administrativo que negó la vinculación laboral entre la demandante y el ICBF porque se expidió dentro del marco de la legalidad y no está viciado de falsa motivación por considerar que se logró demostrar de manera clara que si bien entre el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-ICBF y el HOGAR INFANTIL MI RINCONCITO ENCANTADO se suscribió contrato de aporte, en el marco de las competencias del ICBF, en dicho contrato se encuentran trazadas las directrices que el HOGAR INFANTIL debe seguir para efectos de la ejecución del contrato, aduciendo que las situaciones de carácter laboral son exclusivamente entre el HOGAR y el personal que labora para ellos, tal como se expuso en el acto administrativo (oficio) número S-2016-109795-7300 de fecha 09 de marzo de 2016 que hoy se demanda.

Señaló que el contrato de aporte no encuadra típicamente en un contrato ni de obra, ni de servicios, en la medida que con éste se obtiene la posibilidad de financiamiento estatal para el cumplimiento de las políticas públicas de la administración. Este contrato tiene una regulación propia como lo es entre otras la Ley 7 de 1979 y el decreto 2388 de 1979. Para lo cual señaló como referente jurisprudencial las siguientes sentencias del Consejo de Estado:

- Consejo de Estado sección segunda, subsección b en auto de febrero 27 de 2017 en radicación número: 05001-23-33-000-2016-02537-01(AC).
- Consejo de Estado-Sección Tercera Radicación número: 11001-03-26-000-2001-00030-01(20410) del 09 de diciembre de 2011, Consejero ponente Dr. DANILO ROJAS BETANCOURTH.
- Corte Constitucional, sentencia T-023/12 con fecha 23 de enero de 2012 con ponencia del Magistrado Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.

Agente del Ministerio Público.

No emitió concepto de fondo.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

La competencia.

Este tribunal es competente para conocer de la presente apelación de conformidad con los artículos 104 -Inc. 1º.-, 153 y 243 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; pues se cuestiona una sentencia proferida por un Juez del Circuito Administrativo de Ibagué en la que es parte una entidad pública, por causa de una actuación sujeta al derecho administrativo.

Es importante esclarecer que, el límite competencial del *ad quem* en la resolución del conflicto **lo marca el libelo impugnatorio**, como tantas veces se reconoce en la jurisprudencia³ y lo tiene definido el Legislador -artículos 320 y 328 del Código General del Proceso y artículo 306 de la Ley 1437 de 2011-; lo anterior, sin perjuicio de los deberes que se imponen al Juez Especializado de lo Contencioso para aplicar las disposiciones que rigen nuestra jurisdicción.

Considera la Sala que el medio de control de Nulidad y restablecimiento del derecho instaurado (artículo 138, C. de P.A. y de lo C.A.) es el procedente, toda vez que por esta vía se pretende la declaratoria de existencia de una relación laboral de derecho público, el reconocimiento y pago de acreencias laborales.

Problema jurídico.

En virtud de lo expuesto, la Sala entrará a analizar si confirma o revoca la sentencia del *a quo*, para lo cual, deberá determinar si existe un indebido análisis probatorio por parte del Juez de primera instancia, que trajo por consecuencia la absolución del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), respecto de la existencia de una relación legal y reglamentaria, con ocasión de los contratos de aporte que celebrara con la Asociación de Padres de Familia del HOGAR INFANTIL MI RINCONCITO ENCANTADO de Venadillo, y con base en los cuales esta última vinculó a la señora Luz Ángela Correa Venteros, entre los años 1989 y 2015, que tenga como consecuencia el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que no devengó durante el tiempo en que permaneció vinculada.

Se trata entonces de establecer en el fondo del asunto y de conformidad con la apelación interpuesta contra la sentencia de instancia, sobre la legalidad del acto administrativo contenido en el oficio S-216-109795-7300 de fecha 9 de marzo de 2016,

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ; Sentencia del 9 de febrero de 2012, Radicación número: 50001-23-31-000-1997-06093-01 (21060), Actor: Reinaldo Idárraga Valencia y Otros, Demandado: Nación - Ministerio de Defensa – Ejército.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero Ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ; Sentencia del 22 de noviembre de 2018, Radicación número: 08001-23-33-000-2014-01649-01 (2275-16), Actor: Jennifer Sarmiento Sossa, Demandado: Ministerio de Defensa, Policía Nacional, Dirección de Sanidad de la Policía y Clínica de la Policía Nacional.

expedido por el Director Regional del ICBF, mediante el cual se negó el reconocimiento de una relación laboral con la demandante.

En consecuencia, la controversia planteada radica en determinar **i)** si yerra el Juez *a quo* en determinar que no se acreditó la desnaturalización de la vinculación como jardinera en las Instalaciones del HOGAR INFANTIL MI RINCONCITO ENCANTADO de Venadillo, como paso previo para resolver el tema prestacional, y **ii)** si el vínculo entre la señora Luz Ángela Correa Venteros y el **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar**, constituye una realidad laboral diferente a la prestación de servicios, y por ello, da origen al pago de prestaciones sociales insolutos.

Marco jurídico.

De la nulidad y restablecimiento del derecho

El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho tiene fundamento en el artículo 138 del C. de P. A. y de lo C. A., al alcance de toda persona que considere que con un acto administrativo se infringió agravio a sus derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, ejercicio con el cual se obtienen, de forma simultánea, tanto la nulidad del acto como el restablecimiento de los derechos personales violados por la decisión contenida en el acto o en los actos objeto de demanda.

Del principio de legalidad enunciado se aprecia, claramente, que la acción se origina en **un acto administrativo** que el demandante considera ilegal; **persigue** (objeto) la nulidad del acto y además el restablecimiento de un derecho, y/o la indemnización y/o la devolución de lo indebidamente pagado. Tal acción se encamina a: 1) **impugnar** la validez de un acto jurídico administrativo y, como declaración consecucional, 2) **restablecer** el derecho subjetivo lesionado.

La señora Luz Ángela Correa ha ejercido la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con el fin de cuestionar el del oficio No. S-2016-109795-7300 del 9 de marzo de 2016, expedido por el Director Regional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Tolima, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de todo el tiempo de servicio a la actora, los salarios, auxilio de cesantías, intereses sobre las cesantías, prima de servicios, vacaciones, dotaciones, afiliación a EPS, ARP, Caja de Compensación Familiar, afiliación a fondo de cesantías y pensiones, horas extras y dominicales y festivos, que continúe pagado el reajuste de acuerdo a la pérdida del poder adquisitivo de la moneda conforme al IPC, y los intereses corrientes y moratorios en los términos del artículo 177 del C.C.A. (Sic) (fls. 16-19 Documento 003_ CUADERNO PRINCIPAL 1, expediente digital).

Al respecto se observa que se trata de un acto que impone una decisión administrativa proferida en una entidad pública que afecta, por no satisfacer o atender un derecho o interés subjetivo, individual o concreto; por consiguiente, es susceptible de control por esta jurisdicción mediante la pretensión que se ha promovido, y la Sala es competente para conocer de ello.

El Consejo de Estado⁴ ha advertido al respecto:

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Dr. GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR; Sentencia del 7 de septiembre de 2.000, Ref: Expediente No. 12244 – Contractual, Actor: María del Consuelo Herrera Osorio, Demandada: La Nación - Ministerio de Comunicaciones, Referencia: Contractual.

“Conforme lo ha precisado la doctrina y la jurisprudencia, el acto administrativo es una especie dentro del género de los actos jurídicos, caracterizado por ser expresión del ejercicio de la función administrativa del Estado, independientemente del órgano que lo expide o produce⁵, entendida ésta como aquella actividad estatal que cumplen o desarrollan los agentes del Estado y los particulares expresamente autorizados por la ley⁶, la cual, a diferencia de la función legislativa, se ejerce en el plano sublegal⁷, y, que excepto las supremas autoridades administrativas, por esencia, participa de la presencia de un poder de instrucción⁸.

Por lo tanto, desde el punto de vista de su contenido, el acto administrativo consiste entonces en la expresión de la voluntad, generalmente unilateral⁹, de la administración o de los particulares -expresamente autorizados para hacerlo-, en cumplimiento de función administrativa, dirigida a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas particulares o generales, entendidas éstas a su vez, como las distintas posiciones que pueden tener las personas frente a determinadas normas o formas de derecho, como por ejemplo, las situaciones de servidor público, contribuyente, usuario de un servicio público, contratista, oferente, etc.

En ese contexto, desde el punto de vista de su estructura, los elementos del acto administrativo son los siguientes: a) El objeto (una decisión); b) la competencia (facultad o capacidad para producir el acto); c) los motivos (razones de hecho y de derecho que sirven de fundamento a la decisión); d) las formalidades (conjunto de requisitos sucesivos que integran un procedimiento para la expedición del acto), y e) la finalidad (objetivo o propósito que se busca alcanzar con el acto, la cual comprende una común de todo acto, que es el interés general, y las específicas de cada acto en particular), los cuales, desde una perspectiva metodológica de su presentación, podría decirse que corresponden, en su orden, a los siguientes interrogantes: qué, quién, por qué, cómo y para qué.”. El acto demandado pues, cumple con todos estos requisitos y por ello es un acto administrativo digno de ser juzgado.

Del principio de primacía de la realidad sobre las formas

La Constitución Política de 1991, en su artículo 53 consagra el principio de la «primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales», como

⁵ GORDILLO, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo - El Acto Administrativo”, 1ª Ed. Colombiana, Edit. Biblioteca Jurídica Dike, Santafé de Bogotá, 1999, pág. I-14.

⁶ Como es el caso por ejemplo de las Cámaras de Comercio, a quienes la ley les ha encomendado el manejo del registro mercantil (arts. 26 y 27 del Código de Comercio) y el registro de proponentes para la contratación estatal (art. 22 de la ley 80 de 1993), o la función notarial confiada a particulares (art. 1º del decreto 960 de 1979), o las entidades bancarias en cumplimiento del encargo de recaudación de tributos, etc.

⁷ Es decir, con una doble subordinación normativa: la primera a la Constitución Política y, la segunda, la ley; en tanto que la función legislativa se ejerce con arreglo a la primera de tales sujeciones.

⁸ Esta es precisamente una de las notas tipificadoras que permite distinguir la función administrativa de la función jurisdiccional. Sin embargo, por orden lógico de organización y de colocación de las cosas, de ese poder de instrucción se exceptúan las supremas autoridades administrativas, como acontece por ejemplo con el Presidente de la República, los gobernadores departamentales y los alcaldes municipales (con excepción de algunas precisas materias en las que éstos, por expresa disposición constitucional, constituyen agentes del Presidente, v. gr. en el manejo del orden público, art. 296).

⁹ Aunque hoy en día, en desarrollo de la participación de los administrados en la gestión de las tareas del Estado en general y de la actividad administrativa en particular, lo mismo que, como producto del fenómeno de la concertación como estrategia de gobierno, el acto administrativo ha dejado de ser exclusivamente expresión de la voluntad “unilateral” de la administración pública, para dar paso a la participación del gobernado en la producción de los actos administrativos, como por ejemplo, en la adopción de medidas como la fijación de los incrementos salariales, la liquidación consensual de los contratos estatales, la adopción de planes y programas de desarrollo, etc.

una garantía de los trabajadores a que se reconozca su relación laboral más allá de las condiciones que formalmente se hayan pactado. La referida norma es del siguiente tenor:

“Artículo 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”. Negrilla y subrayado fuera de texto.

Por lo anterior, se advierte que la finalidad es la de exigir al legislador la materialización uniforme, en los distintos regímenes, de los principios mínimos sustantivos que protegen a los trabajadores. En consecuencia, toda relación jurídica que implique conductas o actividades laborales, incluidas, aquellas donde el Estado es el empleador, deberá ser analizada con base en dichos principios y bajo una perspectiva ampliamente garantista.

A su turno, el Código Sustantivo del Trabajo en sus artículos 23 y 24 estableció los elementos para estructurar una relación laboral en los siguientes términos: **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, presupuestos que han servido de sustento a esta corporación para determinar la existencia de un vínculo laboral.

Por otra parte, el Consejo de Estado¹⁰ desarrolló los elementos de la relación laboral así: **(i)** la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; **(ii)** le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y, **(iii)** por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE; Sentencia del 4 de febrero de 2016, Radicación número: 81001-23-33-000-2012-00020-01(0316-14), Actor: Magda Viviana Garrido Pinzón, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca.

a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión.

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

En conclusión, la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo. Por otra parte, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión, elementos de juicio que enmarcan el análisis del tema y que se tendrán en cuenta para decidir el asunto *sub examine*.

Así las cosas, para demostrar la desnaturalización del contrato de prestación de servicios, la parte demandante debe comprobar la actividad personal, la permanencia, la continua 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 la duración del contrato- y una retribución del servicio.

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

Respecto de los Contratos de Aporte celebrados por el ICBF.

Al respecto ha indicado el Consejo de Estado¹¹:

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH, sentencia del 30 de junio de 2016, radicación: 25000-23-26-000-2004-01381-01(33130) actor: Asociación Colombiana de Padres con Hijos Especiales (ACPHES), demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF referencia: acción contractual.

26. De otra parte, lo primero que cabe destacar sobre los **contratos de aporte** celebrados por el ICBF es su particular régimen jurídico, formado por un marco general de habilitación para celebrar contratos, dado por la Ley 7 de 1979 (artículo 21 – numeral 9), por la posibilidad de auxiliar a los organismos que presten los servicios de bienestar familiar (artículo 21 – numeral 14), y una normatividad encargada de especificar sus elementos particulares: el decreto reglamentario 2388 de 1979. A continuación, se citan en lo pertinente los mencionados preceptos, vigentes para la época en la que se celebró el contrato y en toda su extensión por su importancia para la decisión que nos atañe:

Ley 7 de 1979 - Artículo 21. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar tendrá las siguientes funciones:

(...) 9. Celebrar contratos con personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o internacionales para el manejo de sus campañas, de los establecimientos destinados a sus programas y en general para el desarrollo de su objetivo.

(...)14. Crear programas de protección preventiva y especial para menores de edad, lo mismo que auxiliar técnica y económicamente a los organismos de esta naturaleza existentes en el país, cuando lo considere conveniente.

Decreto 2388 de 1979¹²:

Artículo 123. El ICBF, cuando las necesidades del servicio así lo demanden, podrá celebrar contratos con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras. Estos contratos se considerarán como administrativos y deben contener, entre otras, las cláusulas que sobre garantías, caducidad administrativa y reclamaciones diplomáticas, la Ley exige para los del Gobierno. La declaratoria de caducidad, llegado el caso, se hará mediante resolución motivada firmada por el Director General, y de acuerdo con el procedimiento señalado en el Decreto 150 de 1976¹³.

Artículo 124. De las controversias relativas a estos contratos conoce la jurisdicción contenciosa administrativa según las reglas de competencia.

Artículo 125. El ICBF, podrá celebrar los contratos de que trata el artículo 21, numeral 9º de la Ley 7ª de 1979 con Instituciones de Utilidad Pública o Social de reconocida solvencia moral y técnica, dando preferencia a las más antiguas y que hayan sobresalido por sus méritos y dotes administrativos.

Parágrafo. Cuando no se pueda celebrar contratos con Instituciones sin ánimo de lucro, se suscribirán con personas naturales de reconocida solvencia moral.

Artículo 126. En todo caso, los contratos deben ceñirse en su celebración, desarrollo, cumplimiento e interpretación, a la naturaleza y a las modalidades del servicio de bienestar familiar.

Artículo 127. Por la naturaleza especial del Servicio de Bienestar Familiar, el ICBF podrá celebrar contratos de aporte, entendiéndose por tal, cuando el instituto se obliga a proveer a una institución de utilidad pública o social de los bienes (edificios, dineros, etc.) indispensables para la prestación total o parcial del servicio, actividad que se cumple bajo la exclusiva responsabilidad de la

¹² Hoy día recogidos por el Decreto 1084 de 2015 (Único del Sector de Inclusión Social y Reconciliación), en sus artículos 2.4.3.2.5. a 2.4.3.2.10.

¹³ Hoy en día la Ley 80 de 1993.

institución, con personal de su dependencia, pero de acuerdo con las normas y el control del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, su vigencia será anual, pero podrá prorrogarse de año en año.

Artículo 128. Los contratos de aporte que el ICBF celebre para la prestación de los servicios de bienestar familiar sólo están sujetos a las cláusulas obligatorias de todo contrato administrativo.

El Instituto también podrá celebrar contratos innominados y de carácter mixto.

26.1. Como se desprende de su articulado, aunque tenga rasgos específicos delineados a través de los preceptos que lo rigen, este tipo contractual es evidentemente estatal, y en lo que no dispongan las normas anteriormente citadas, se somete a las normas generales de la contratación pública. Para la Sala, el contrato de aporte es “una clase de convención atípica encaminada a que el ICBF –en virtud de su función de propender y fortalecer la integración y el desarrollo armónico de la familia, proteja al menor de edad y le garantice sus derechos– suscriba con personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o internacionales el manejo de sus campañas, de los establecimientos destinados a sus programas y en general para el desarrollo de su objetivo.”¹⁴

26.2. Ahondando en las características del contrato estatal de aporte, en la providencia recién citada la Sala puntualizó:

Como se aprecia, el contrato de aporte tiene las siguientes características esenciales: i) es un contrato estatal regido por la ley 80 de 1993; ii) se trata de un negocio jurídico atípico, principal y autónomo; iii) oneroso, solemne y formal al igual que todos los contratos estatales, por cuanto se requiere que medie una contraprestación a favor del contratista; constar por escrito y debe estar suscrito por las partes, en los términos consagrados en el artículo 41 de la ley 80 de 1993; iv) bilateral y sinalagmático, en la medida que se desprenden obligaciones y cargas para las dos partes del negocio, esto es, el aportante y el contratista; y vi) conmutativo, toda vez que las prestaciones contenidas en el negocio jurídico son equivalentes, puesto que el contratista asume la prestación de un servicio propio del sistema de bienestar familiar y social a cambio de una contraprestación, al margen de que el contratista pueda ser una institución sin ánimo de lucro.

En efecto, el negocio jurídico de aporte es un contrato estatal especial suscrito entre el ICBF y un contratista, en el que el primero se compromete, como su nombre lo indica, a efectuar aportes o contribuciones en dinero o especie a una persona natural o jurídica, nacional o extranjera, y especialmente a instituciones de utilidad pública o de beneficencia, o de reconocida capacidad técnica o social con el fin de que atienda bajo su exclusiva responsabilidad y con su propio personal humano y técnico, un área específica del sistema de bienestar social, es decir, aquellas dirigidas a la atención a la integración y realización armónica de la familia, así como a la protección efectiva de la niñez y adolescencia.¹⁵

27. Al compararlo con el contrato de prestación de servicios, la sentencia citada manifestó lo siguiente:

En ese orden de ideas, al margen de las similitudes que pudieran evidenciarse entre el contrato de aporte y el de prestación de servicios, lo cierto es que aquél

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 11 de agosto de 2010. Rad. 76001-23-25-000-1995-01884-01(16941). C.P. Enrique Gil Botero. En este aspecto, reitera lo señalado por la Sala de Consulta y Servicio Civil de la misma Corporación, mediante concepto del 2 de diciembre de 1996. Rad. 907. C.P. Luis Camilo Osorio Isaza.

¹⁵ *Ibíd.*

reviste una serie de particularidades que no permiten asemejarlo a este último, máxime si el negocio jurídico de aportes supone la intervención de la entidad pública quien se vincula al negocio en una participación de capital o de especie que se traslada de manera definitiva o temporal a favor del contratista para que éste asuma una actividad de bienestar social –integración de la familia o de la protección de la infancia– a cambio de una contraprestación.

(...) En consecuencia, 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.

En esa línea de pensamiento, a esa convención le resultan aplicables los principios del artículo 209 de la Constitución Política, así como los principios y reglas contenidas en la ley 80 de 1993 y normas complementarias, razón por la que en la selección del contratista juegan un papel preponderante aspectos tales como la transparencia, la selección objetiva y planeación, entre otros, máxime si como lo señala expresamente la ley, resulta prioritario que se seleccione a instituciones o personas que acrediten idoneidad en el manejo de la actividad cuya prestación pretende que el contratista asuma, debido a la relevancia de la función a ejecutar, esto es, la protección de la familia y de los niños y niñas, la primera núcleo esencial de la sociedad en los términos establecidos en el artículo 42 de la Carta Política, y los últimos eje central y primordial de la sociedad, cuyos derechos prevalecen sobre los de los demás, como se reconoció expresamente por el Constituyente en el artículo 44 ibidem.

Así las cosas, el contrato de aporte no sólo difiere sustancialmente de cualquier otro negocio jurídico en su objeto, sino de igual manera en su causa, toda vez que la actividad que se asume por el contratista (objeto) es de carácter esencial y de específica relevancia para la sociedad y para el Estado –y no simplemente una función administrativa o propia de la entidad pública–, y la causa es específica consistente en la finalidad de procurar la integración de la familia y la protección de la niñez.¹⁶

28. Parafraseando lo sostenido por los antecedentes jurisprudenciales citados, son claramente distinguibles los contratos de aporte con los de prestación de servicios, aunque estos posean algunos elementos similares. Aunado al objeto y a la causa de todos los contratos de la administración pública, que no son otros que el cumplimiento de los fines y principios del conglomerado de entidades públicas, y la satisfacción de los intereses de la colectividad¹⁷, es posible identificar algunas cualidades comunes a ambos

¹⁶ Ibid.

¹⁷ “5.1. El objeto de los contratos que celebran las entidades públicas, persigue el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Por consiguiente, la causa del contrato es la satisfacción de las necesidades colectivas y de interés general a cuyo logro deben colaborar quienes contratan con la administración, no obstante que pretendan obtener con su ejecución un beneficio económico inicialmente calculado.” (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección “B”. Sentencia del 31 de agosto de 2011. Rad. 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080). C.P. Ruth Stella Correa Palacio).

*tipos contractuales, por ejemplo, que no engendra relaciones jurídicas de carácter laboral*¹⁸.

29. Por lo demás, y como lo decía la Sala en el pronunciamiento anteriormente referenciado, los aspectos que distinguen un tipo contractual del otro son de muy variada índole, siendo aún más notoria la diferencia de linaje entre los dos, cuando el análisis se enfoca en las peculiaridades del contrato de aporte.

29.1. En este tipo de contratos, la finalidad es desarrollar el servicio público de bienestar familiar, que el artículo 3 del Decreto 2388 de 1979 definía como “el conjunto de actividades del Estado, encaminadas a satisfacer en forma permanente y obligatoria las necesidades de la Sociedad Colombiana relacionadas con la integración y realización armónica de la familia, la protección preventiva y especial del menor necesitado y la garantía de sus derechos”¹⁹, concepto que se articula actualmente con los deberes contenidos en la Constitución Política de Colombia²⁰.

29.1.1. En consecuencia, en el contrato de aporte, la causa expuesta funge como elemento esencial del negocio jurídico en comento, en tanto “influye sobre la configuración y tipificación del negocio, decide sobre su justificación y validez, y controla la vida de sus efectos”²¹; y al mismo tiempo, fundamenta que sea el ICBF,

¹⁸ En relación con los contratos de aporte, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación se refirió a este aspecto en estos términos: “1. Los “Contratos de aportes” que celebra el ICBF con personas naturales no generan relación laboral entre ellos. Las personas naturales que desempeñan actividades de dirección u organización de los Hogares Infantiles, únicamente tienen relación laboral con las entidades encargadas de su administración y manejo, las cuales generalmente son organizaciones comunitarias no gubernamentales sin ánimo de lucro, o de naturaleza semejante. Además de las personas vinculadas por contrato laboral, hay otras cuya contribución del trabajo es voluntaria, en cumplimiento de las responsabilidades solidarias de protección a la niñez y por tanto no tiene carácter de trabajadores. 2. Los particulares que celebran con el ICBF “contratos de aportes” no establecen relación laboral con esta entidad, según se consignó en la primera respuesta. Sin embargo, las personas que colaboran en los Hogares mediante contrato laboral, esta relación se establece con las asociaciones o entidades no gubernamentales o con los propios Hogares Infantiles cuando éstos estén dotados de personería jurídica; en tales casos se trata de trabajadores particulares que no tienen carácter de servidores públicos; en consecuencia, no son empleados públicos ni trabajadores oficiales. 3. Las personas vinculadas a los Hogares Infantiles que tienen celebrado contrato de aporte con el ICBF no configuran relación laboral con este organismo, pero eventualmente sí con el Hogar Infantil correspondiente o con la organización comunitaria no gubernamental a cuyo cargo esté el Hogar. 4. Los trabajadores que prestan los servicios y trabajan en favor de los Hogares Infantiles, no pueden presentar pliegos de peticiones al ICBF porque éste no es su patrono laboral.” (Concepto del 2 de diciembre de 1996, ya citado).

¹⁹ Actualmente, el artículo 2.4.1.3. del Decreto 1084 de 2015 (Único del Sector de Inclusión Social y Reconciliación), recoge este concepto: “Se entiende como Servicio Público de Bienestar Familiar el conjunto de acciones del Estado que se desarrollan para cumplir en forma integral y permanente con el reconocimiento, la garantía, protección y restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, así como la prevención de su amenaza o vulneración y el fortalecimiento familiar.”

²⁰ “En relación con la protección de la infancia, la niñez y la adolescencia, la Constitución Política estableció diversos principios, derechos y garantías fundamentales que se traducen en los siguientes postulados: i) el principio de protección constitucional reforzada contenido en el inciso tercero del artículo 13 superior; ii) el principio de interés superior de los niños y niñas y de prevalencia de los derechos de éstos sobre los derechos de los demás (inciso final artículo 44 C.P.) ; iii) la protección especial a los derechos a la integridad física, a la salud, a la seguridad social, a la alimentación equilibrada, al nombre, a la nacionalidad, a tener una familia y no ser separado de ella, al cuidado y el amor, a la educación y a la cultura, a la recreación y a la libre expresión de su opinión (artículo 44 C.P.); iii) el deber en cabeza del Estado de protección especial contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos, y iv) la titularidad de protección de los derechos de los niños y niñas del país por parte de la familia, la sociedad y el Estado.” (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección “A”. Sentencia del 23 de junio de 2011. Rad. 41001-23-31-000-1994-07893-01(20324). C.P. Mauricio Fajardo Gómez).

²¹ BETANCOURT REY. Miguel. “Derecho Privado. Categorías Básicas”. 1ª ed. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá D.C. 1994, p. 209.

como la entidad pública encargada de la ejecución de las políticas en materia de protección a los menores de edad, la única persona jurídica de derecho público capaz de suscribir estos contratos de aporte con cualquier entidad apta para colaborar en la prestación del servicio público de bienestar familiar.

29.1.2. Claramente este aspecto separa el contrato de aportes del de prestación de servicios, cuya finalidad es enteramente más amplia, en tanto se halla ligada a la generalidad (el cumplimiento adecuado de las funciones de la entidad pública), y a la satisfacción de las necesidades coyunturales de la administración. E igualmente, en el contrato de prestación de servicios puede obrar como entidad contratante cualquiera de las señaladas en el artículo 2º - numeral 1º de la ley 80 de 1993, incluyendo -por supuesto- al ICBF.

30. El objeto de todo contrato de aporte es la provisión o entrega de bienes del ICBF a otra institución que se encarga de prestar el servicio público de bienestar familiar, a diferencia del contrato de prestación de servicios. Nótese que no se trata únicamente de la colaboración de una institución apta para atender una necesidad afín con las funciones de la entidad contratante, que es el contenido amplio del contrato de prestación de servicios²²; también es la participación de la contratante, transfiriendo sus bienes hacia la contratista que realiza la prestación indirecta del servicio.

30.1. El parámetro jurisprudencial citado anteriormente (párr. 26.1., 26.2 y 27) postula elementos del contrato de aporte como la onerosidad, la conmutatividad, y la paridad entre las obligaciones del aportante (ICBF) y la institución colaboradora, para reseñar que de este negocio jurídico debe surgir una contraprestación al contratista. Empero, este reconocido factor no ostenta un lugar predominante sobre la prestación misma del servicio de bienestar familiar, que hemos identificado como el ingrediente distintivo más importante de este tipo de contratos, y que concreta la preeminencia de los derechos de la población beneficiada por este servicio.

30.2. En efecto, la Sala entiende que en la interpretación de los contratos de aporte, debe tenerse en cuenta que la satisfacción del servicio público de bienestar familiar irradia la totalidad de las cláusulas pactadas entre las partes, de tal suerte que en la consideración del operador jurídico debe prevalecer, en caso de duda, que la consagración legal y reglamentaria de este contrato atípico posee una exclusiva razón de ser: que se brinde el servicio “público y esencial de bienestar familiar encaminado a la protección específica de la niñez colombiana y, de manera concreta, a la protección y efectividad de los derechos contenidos en el artículo 44 de la Carta Política”²³, sobre el cual el ICBF ejerce facultades de dirección, inspección, vigilancia y control.

31. Conforme a las normas y a la jurisprudencia citada, la selección de un contratista de aporte y uno de prestación de servicios se rige por los mismos principios y reglas - constitucionales y legales- de la contratación pública general, advirtiendo la autorización legal para celebrar directamente este tipo de contratos²⁴, y haciendo

²² Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006. Rad. 25000-23-26-000-2001-01008-01(30832). C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

²³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección “C”. Sentencia del 9 de mayo de 2011. Rad. 05001-23-31-000-2001-01546-02(36912). C.P. Enrique Gil Botero.

²⁴ Decreto Ley 2150 de 1995: “ARTÍCULO 122. SIMPLIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE BIENESTAR FAMILIAR. Se podrán celebrar directamente los contratos para la prestación del servicio de bienestar familiar con entidades sin ánimo de lucro del Sistema Nacional de Bienestar Familiar.”

énfasis en que un contratista de aporte debe tener cualidades especiales para prestar el servicio público encomendado, es decir, debe acreditar que ostenta las condiciones de idoneidad necesarias para atender todas las necesidades de los menores y las familias objeto de protección del ICBF.

31.1. Ahora, el decreto reglamentario privilegia que el contratista sea una entidad sin ánimo de lucro (D. 2388/79 – art. 125), en una manifestación propia de la actividad administrativa de fomento, a través de la cual la entidad pública (en este caso, el ICBF) estimula y promueve que este tipo de organizaciones, en consideración a la finalidad social que las orienta, ejerzan voluntariamente tareas que satisfagan necesidades públicas o de interés general, y susciten el cumplimiento indirecto de la finalidad perseguida por la administración.²⁵ Es interesante marcar que este pensamiento no solo inspiró al creador de la norma reglamentaria, sino también al constituyente, como lo expresa el artículo 355 – inciso 2º de la Carta Política²⁶. (Resalta la Sala).

De lo anterior se colige que, en el marco del contrato de aporte la Asociación de Padres de Familia del HOGAR INFANTIL MI RINCONCITO ENCANTADO DE VENADILLO en ningún momento genera relaciones jurídicas de carácter laboral con la hoy demandante, como dependiente del contratista.

Del caso concreto.

En el caso sometido a consideración de la Sala de Decisión, encontramos que la señora Luz Ángela Correa pretende la nulidad del oficio No. S-2016-109795-7300 del 9 de marzo de 2016, expedido por el Director Regional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Tolima, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de todo el tiempo de servicio a la actora, los salarios, auxilio de cesantías, intereses sobre las cesantías, prima de servicios, vacaciones, dotaciones, afiliación a EPS, ARP, Caja de Compensación Familiar, afiliación a fondo de cesantías y pensiones, horas extras y dominicales y festivos, que continúe pagado el reajuste de acuerdo a la pérdida del poder adquisitivo de la moneda conforme al IPC, y los intereses corrientes y moratorios en los términos del artículo 177 del C.C.A. (Sic) (fls. 16-19 Documento 003_ CUADERNO PRINCIPAL 1, expediente digital). Asimismo, a título de restablecimiento del derecho, pretende se condene a la entidad demandada a cancelar y pagar los salarios, el auxilio de cesantías, los intereses sobre las cesantías, las primas de servicios, las vacaciones, las dotaciones, la afiliación a la EPS, ARP, Caja de Compensación Familiar, afiliación a fondo de pensiones y cesantías, conforme el régimen salarial contemplado para las Jardineras hasta la fecha de la sentencia. Además, pretende el reintegro a un cargo igual o mejor al que tenía al momento de ser desvinculada.

²⁵ Cfr. JORDANA DE POZAS, Luis. “Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo”. En: Revista de Estudios Políticos nº 48. Instituto de Estudios Políticos. 1949. Madrid, p. 41-54. Disponible en página web: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2127752.pdf> Fecha de consulta: 16-may-2016.

²⁶ “En armonía con la transcripción anterior, el ámbito propio del artículo 355, en sus dos incisos, el primero en cuanto prohíbe explícitamente las donaciones y auxilios, y el segundo, que permite la celebración de contratos para el cumplimiento de actividades de interés público, acordes con los planes de desarrollo, con personas jurídicas privadas, sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, es el de la acción benéfica del Estado, de las actividades de fomento que dentro de un Estado Social de Derecho corresponden como función propia, insoslayable, a la organización estatal. Se trata de apoyar la acción de organizaciones de origen privado, que en ejercicio de la autonomía de iniciativa para el desarrollo de las más variadas actividades que las personas realizan en sociedad (Constitución Política, art. 38), buscan la satisfacción de finalidades no simplemente lucrativas.” (Corte Constitucional. Sentencia C-712 del 3 de septiembre de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis).

El Juez Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, en sentencia del 8 de junio de 2020 denegó las súplicas de la demanda, por cuanto no se acreditó la existencia de una relación laboral entre la demandante y el ICBF por cuanto las personas vinculadas a los hogares infantiles que celebraron Contrato de Aporte con esa entidad, no configuran relación laboral con esta. Lo anterior por cuanto la intervención o injerencia del ICBF para con el Hogar Infantil “Mi Rinconcito Encantado” del municipio de Venadillo (Tolima) consistió en supervisar y velar porque los dineros aportados o girados para la función de apoyo a la niñez, se cumpliera realmente.

Hechos probados.

A continuación, procede la Sala a analizar las peculiaridades del caso objeto de juzgamiento frente al marco normativo que gobierna la materia. En ese sentido, en atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos constatados por esta Corporación, se destaca:

- La actora prestó sus servicios como jardinera en el Hogar Infantil Mi Rinconcito Encantado en el municipio de Venadillo, Tolima desde el 16 de noviembre de 1989 hasta finales del año 2015, de conformidad con lo narrado por las declarantes traídas al proceso Gloria Inés Orjuela Basto, Fabiola Gómez y Gloria Esperanza Varón Bravo.
- La Asociación de Padres de Familia del Hogar Infantil “Mi Rinconcito Encantado” era su empleador y recibía órdenes de la directora del hogar infantil, al igual que era ésta quien les concedía los permisos para ausentarse de su lugar de trabajo.
- Quien figuraba en el Sistema de Seguridad Social como empleador era la Asociación de Padres de Familia del Hogar Infantil “Mi Rinconcito Encantado”.
- A folios 36-43, 46-56 del expediente digital, obra la asignación de funciones para jardineros, suscrita por la Directora del Hogar Infantil y la hoy demandante.
- A folios 77 a 85 figura el Contrato de Aporte 73/18/96/034, suscrito el 25 de enero de 1995, entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Tolima y la Asociación de Padres de Familia del Hogar Infantil Mi Rinconcito Encantado del municipio de Venadillo, en el que figuran como responsabilidad del contratista:

El contratista cumplirá el objeto del contrato bajo su exclusiva responsabilidad con personal de su Dependencia, por lo tanto, no existirá ninguna relación laboral entre el ICBF y el contratista o sus trabajadores.

Además, se consignaron las siguientes obligaciones del contratista:

- 1) *Administrar los recursos y brindar atención integral a los niños observando las Normas y lineamientos técnicos administrativos y financieros del ICBF según lo establecido en los artículos 12, 62 y 127 del Decreto Reglamentario 2388 de 1989.*
- 2) *Destinar los recursos del presente contrato al igual que otros dineros que se lleguen a recaudar exclusivamente al funcionamiento del Hogar Infantil y a la atención de los menores.*
- 3) *proporcionar la formación de los padres alrededor de la concepción de desarrollo infantil planteada por ICBF y su participación en las actividades del Hogar*
- 4) *Observar, en la escogencia de sus trabajadores, el perfil establecido por el ICBF de conformidad con lo estipulado por el Artículo 63 del Decreto Reglamentario 2388 de 1979.*
- 5) *En su condición de único empleador de los trabajadores contratados para prestar sus servicios en el Hogar Infantil, dar estricto cumplimiento a las normas laborales vigentes, en especial las contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo, en la Ley 50 de 1990 y la Ley 100 de 1993, y demás normas que las adicionen o modifiquen.*
- 6) *Vigilar el trato y relación de sus empleados con los niños y tomar medidas necesarias para evitar el maltrato y descuido de los mismos.*
- 7) *Permitir la participación de los padres en la vigilancia de la administración de los recursos y de la prestación del servicio.*
- 8) *Recaudar las tasas compensatorias las cuales son de carácter obligatorio para todos los usuarios y se cobrarán de acuerdo con los parámetros establecidos por la Junta*

Directiva del ICBF. 9) Colocar o mantener un aviso o valla en parte externa visible de sus instalaciones que indique la prestación del Servicio de Bienestar Familiar. 10) Rendir cuentas de conformidad con las Normas Fiscales. 11) Rendir los informes que sobre la ejecución del contrato y la atención a los niños le solicite el ICBF. 12) Recibir, mediante acta, inventarios de los bienes devolutivos que le sean entregados por el ICBF, conservarlos y responder por ellos. 13) A la terminación del contrato reportar mediante acta los elementos devolutivos entregados por el ICBF y los adquiridos con su aporte, y devolver los saldos que a favor del ICBF se presente a la liquidación del contrato. 14) Mantener en el hogar infantil los libros de presupuesto y movimientos financieros con el fin de que puedan ser supervisados por los funcionarios del ICBF. 15) Solicitar al ICBF autorización para cierres temporales del servicio.

– Contrato de Aporte No. 042, con fecha ilegible (fls. 139-157, documento 003_CUADERNO PRINCIPAL 1, expediente digital), celebrado entre el ICBF y la asociación de padres de familia del Hogar Infantil Mi Rinconcito Encantado del municipio de Venadillo, Tolima.

En lo que toca al problema jurídico planteado, es decir, respecto de la existencia de una relación legal y reglamentaria, con ocasión de los contratos de aporte que celebrara con la Asociación de Padres de Familia del HOGAR INFANTIL MI RINCONCITO ENCANTADO de Venadillo, y con base en los cuales esta última vinculó a la señora Luz Ángela Correa Venteros, entre los años 1989 y 2015, que tenga como consecuencia el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que no devengó durante el tiempo en que permaneció vinculada, es necesario aclarar que como bien lo dijo el Consejo de Estado en la sentencia cuyos apartes se han transcrito los contratos de aporte, figura bajo la cual estuvo vinculado el hogar infantil para el cual laboró la demandante, no es una figura creada recientemente, pues están regulados desde la Ley 7 de 1979 (artículo 21 - numeral 9) y el decreto reglamentario 2388 de 1979, que creaban la posibilidad de auxiliar a los organismos que prestaban los servicios de bienestar familiar.

Como características principales ha establecido el Consejo de Estado:

i) es un contrato estatal regido por la ley 80 de 1993; ii) se trata de un negocio jurídico atípico, principal y autónomo; iii) oneroso, solemne y formal al igual que todos los contratos estatales, por cuanto se requiere que medie una contraprestación a favor del contratista; constar por escrito y debe estar suscrito por las partes, en los términos consagrados en el artículo 41 de la ley 80 de 1993; iv) bilateral y sinalagmático, en la medida que se desprenden obligaciones y cargas para las dos partes del negocio, esto es, el aportante y el contratista; y vi) conmutativo, toda vez que las prestaciones contenidas en el negocio jurídico son equivalentes, puesto que el contratista asume la prestación de un servicio propio del sistema de bienestar familiar y social a cambio de una contraprestación, al margen de que el contratista pueda ser una institución sin ánimo de lucro.

Además, el Consejo de Estado fue muy claro en establecer en la sentencia relacionada que:

En relación con los contratos de aporte, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación se refirió a este aspecto en estos términos: “1. Los “Contratos de aportes” que celebra el ICBF con personas naturales no generan relación laboral entre ellos. Las personas naturales que desempeñan actividades de dirección u organización de los Hogares Infantiles, únicamente tienen relación laboral con las entidades encargadas de su administración y manejo, las cuales generalmente son organizaciones comunitarias no gubernamentales sin ánimo de lucro, o de naturaleza semejante. Además de las personas vinculadas por contrato laboral, hay otras cuya contribución del trabajo es

voluntaria, en cumplimiento de las responsabilidades solidarias de protección a la niñez y por tanto no tiene carácter de trabajadores. 2. Los particulares que celebran con el ICBF “contratos de aportes” no establecen relación laboral con esta entidad, según se consignó en la primera respuesta. Sin embargo, las personas que colaboran en los Hogares mediante contrato laboral, esta relación se establece con las asociaciones o entidades no gubernamentales o con los propios Hogares Infantiles cuando éstos estén dotados de personería jurídica; en tales casos se trata de trabajadores particulares que no tienen carácter de servidores públicos; en consecuencia, no son empleados públicos ni trabajadores oficiales. 3. Las personas vinculadas a los Hogares Infantiles que tienen celebrado contrato de aporte con el ICBF no configuran relación laboral con este organismo, pero eventualmente sí con el Hogar Infantil correspondiente o con la organización comunitaria no gubernamental a cuyo cargo esté el Hogar. 4. Los trabajadores que prestan los servicios y trabajan en favor de los Hogares Infantiles, no pueden presentar pliegos de peticiones al ICBF porque éste no es su patrono laboral.” (Concepto del 2 de diciembre de 1996, ya citado).

En los contratos que aportó la demandante con el escrito inicial, se resalta que están suscritos “conforme a lo establecido en la Ley 7 de 1979, el Decreto 2388 de 1979, el Decreto Ley 2150 de 1995 y demás normas concordantes”, además se hizo la aclaración “Que LA ASOCIACIÓN DE PADRES DE FAMILIA DEL HOGAR INFANTIL MI RINCONCITO ENCANTADO DEL MUNICIPIO DE VENADILLO DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, entidad sin ánimo de lucro cumple con la condición jurídica y los requisitos mínimos de idoneidad y experiencia para la adecuada ejecución del contrato, como son: **a.** Experiencia reconocida y probada en atención a la primera infancia. **b.** Acreditar la naturaleza de entidad sin ánimo de lucro. **c.** concepto de idoneidad técnica, administrativa y financiera favorable emitido por el funcionario competente en el que se incluye concepto favorable de la capacidad técnica de operación de sus instalaciones de acuerdo con el instructivo expedido para el efecto.”

Como se puede observar, de la jurisprudencia transcrita y de la naturaleza de los contratos celebrados por el ICBF con el hogar infantil “Mi Rinconcito Encantado” que la figura contractual bajo la cual esa entidad sin ánimo de lucro se vinculó al ICBF fue bajo la de contrato de aporte.

A lo anterior se añade que el material probatorio allegado al expediente muestra lo siguiente: **i.** la actora fue contratada directamente por el Hogar Infantil “Mi Rinconcito Encantado” es decir, no tuvo vínculo contractual con el ICBF, **ii.** siempre su empleador fue La Asociación de Padres de Familia del Hogar Infantil “Mi Rinconcito Encantado”, **iii.** Recibía órdenes y asignación de funciones de la directora del hogar infantil. Además, era a ella a quien debía pedirle permiso para ausentarse de su lugar de trabajo. **iv.** Quien siempre figuró como su empleador en el Sistema de Seguridad Social era la Asociación de Padres de Familia del Hogar Infantil “Mi Rinconcito Encantado”.

Ahora bien, en aras de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que la parte actora pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en el ICBF haya sido **personal** y que por dicha labor haya recibido una **remuneración o pago** y, además, debe probar que en la relación con el empleador exista **subordinación o dependencia**, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.

Como ya se expresó su empleador y quien pagaba su remuneración era el La Asociación de Padres de Familia del Hogar Infantil “Mi Rinconcito Encantado”, y en las de instalaciones de este último era donde prestaba el servicio.

En cuanto a la subordinación, como tercer elemento esencial de toda relación laboral, factor que lo diferencia del contrato de prestación de servicios y/o apoyo a la gestión, para verificar su existencia se deberá analizar el material probatorio que fue recaudado en el proceso, para finalmente determinar si la relación que se suscitó entre las partes cumple con los requisitos para que se configure el contrato realidad a que hace referencia el artículo 53 de la Constitución Política.

La jurisprudencia²⁷ ha definido la subordinación como:

“La subordinación del trabajador al empleador como elemento distintivo y definidor del contrato de trabajo ha sido entendida, según la concepción más aceptable por la doctrina y la jurisprudencia, como un poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos, en lo relativo a la manera como éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa, los cuales son generalmente económicos.

Se destaca dentro del elemento subordinación, no solamente el poder de dirección, que condiciona la actividad laboral del trabajador, sino el poder disciplinario que el empleador ejerce sobre éste para asegurar un comportamiento y una disciplina acordes con los propósitos de la organización empresarial y el respeto por la dignidad y los derechos de aquél”.

Así las cosas, para demostrar la subordinación será necesario que se acrediten una serie de sucesos que giran en torno al contrato, los cuales de manera conjunta llevan a la convicción de este elemento esencial, como por ejemplo las condiciones en que se debe ejecutar la labor contratada, el objeto social de la entidad estatal donde se presta el servicio, las necesidades que justifican la contratación, la temporalidad de la prestación del servicio, entre otras. Empero, es importante aclarar, que los criterios fácticos que se deben acreditar para llegar a concluir que una relación contractual estuvo orientada por la subordinación, son disímiles en cada caso, de tal forma que, a modo de ejemplo, no siempre que haya cumplimiento de horario implica *per se* que nos encontremos ante una relación laboral²⁸.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS; 17 de junio de dos mil 2021, Radicación número: 73001-23-33-000-2015-00351-01(3513-16), Actor: María Magdalena Mendoza Ramírez, Demandado: Municipio Del Guamo (Tolima).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS; Sentencia del 8 de abril de 2021, Radicación número: 20001-23-33-000-2014-00156-01(0974-16), Actor: María Zunilda Cotes Olivella, Demandado: Departamento Del Cesar.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER; Sentencia del 9 de abril de 2021, Radicación número: 47001-23-33-003-2014-00378-01(4266-18), Actor: Nancy Dolores Ortega Castellanos, Demandado: Servicio Nacional De Aprendizaje (Sena).

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS; Sentencia del 17 de junio de 2021, Radicación número: 73001-23-33-000-2015-00351-01(3513-16), Actor: María Magdalena Mendoza Ramírez, Demandado: Municipio Del Guamo (Tolima).

Sin embargo, no es posible enunciar ninguna situación fáctica que permita inferir que la relación enjuiciada pueda estar regida por la subordinación, puesto que el cumplimiento de horario, su relación laboral directa con la Asociación de Padres de Familia del Hogar Infantil “Mi Rinconcito Encantado”, haber recibido órdenes y asignación de funciones por la directora de ese hogar infantil, no permiten establecerla.

Ahora bien, le corresponde a la parte demandante demostrar que en el caso particular los contratos laborales que celebró con La Asociación de Padres de Familia del Hogar Infantil “Mi Rinconcito Encantado” se utilizaron con el propósito de encubrir la continuada subordinación, toda vez que, al contrario de lo que acontece en la jurisdicción laboral ordinaria, en donde toda prestación personal del servicio se presume una relación laboral, y en consecuencia se invierte la carga probatoria de la subordinación; en esta jurisdicción, para efectos de la declaración del contrato realidad a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, lo que se ataca son actos administrativos que se encuentran amparados por la presunción de legalidad, por lo tanto es al ciudadano afectado a quien le corresponde probar que los argumentos y los hechos en que se funda vulneran el ordenamiento jurídico, y debido a ello procede la declaración de nulidad y correspondiente reconocimiento de la relación laboral.

Así las cosas, la demandante no logra demostrar con las pruebas documentales aportadas, ni con los testimonios recaudados, que haya existido una continua subordinación con el ICBF. En primer lugar, porque de la prueba documental se colige que, relación laboral se dio solamente entre ella y La Asociación de Padres de Familia del Hogar Infantil “Mi Rinconcito Encantado” como bien lo estableció el *a quo*.

Por las razones expuestas en precedencia, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia, dado que a la señora Luz Ángela Correa Venteros no le asiste el derecho en lo reclamado.

Costas.

Resuelto el recurso de apelación y no accediendo a las pretensiones de este, es menester hacer el correspondiente análisis de la condena en costas de la segunda instancia.

Ahora bien, el Código General del Proceso sobre costas, tiene dicho que están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho (**artículo 361**), por lo que en la decisión que resuelva una controversia total o parcial, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación o queja o súplica, etc., que haya propuesto (**artículo 365, numerales 1 y 2**); de tal manera que se explicita en la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia, condenando al recurrente en las costas de la segunda (numeral 3), o cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias (numeral 4).

Por lo demás, de acuerdo con el **artículo 366 del C. G. del P.**, “... 3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, **y las agencias en derecho**”

que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado”.

Por su parte, el Acuerdo No. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, señala lo siguiente:

“1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL.

En única instancia.

- a. *Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario, entre el 5% y el 15% de lo pedido.*
- b. *En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y 8 S.M.M.L.V*

En primera instancia.

- a. *Por la cuantía. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario:*
 - (i) *De menor cuantía, entre el 4% y el 10% de lo pedido.*
 - (ii) *De mayor cuantía, entre el 3% y el 7.5% de lo pedido.*
- c. *Por la naturaleza del asunto. En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y 10 S.M.M.L.V.*

En segunda instancia. Entre 1 y 6 S.M.M.L.V.”

Teniendo en cuenta el artículo 365 numeral 8 del Código General del Proceso el cual establece “solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación” y que la parte de demandada no allegó prueba de lo causado, esta Sala se abstendrá de condenar en costas y fijar agencias en derecho, en segunda instancia, aplicando el criterio objetivo valorativo consagrado por el Consejo de Estado²⁹, para no hacer gravosa la condición del actor respecto de la sentencia de primera instancia y garantizando la doble instancia.

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia de fecha 8 de junio de 2020, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, dentro del proceso

²⁹ **“CONDENA EN COSTAS-Criterio objetivo valorativo**

Con el propósito de resolver la controversia que se analiza, se advierte que en el expediente está demostrado que la entidad demandada sí ejerció la defensa durante el trámite de la primera instancia, en forma escrita, con el memorial de contestación de la demanda y, en forma presencial, con su asistencia durante la audiencia inicial; por lo tanto, se debe concluir que sí confluyeron los criterios objetivo y valorativo para que el tribunal impusiera una condena al respecto, a cargo de la parte demandante. En efecto, en aplicación del criterio objetivo, en la sentencia debe haber una disposición o decisión acerca de la condena en costas, bien sea imponiéndola o absteniéndose de hacerlo; en este caso, el juez de instancia decidió condenar en costas. (...) Finalmente, es oportuno señalar que esta Sala ha considerado que para la valoración que debe realizar el juez, con miras a determinar si hay o no lugar a imponer costas, no se incluye el aspecto relativo a la mala fe o temeridad de las partes, pues, de lo que se trata es de verificar la actuación o gestión que haya realizado la parte contraria a aquella a la cual le resultan desfavorables las pretensiones y no de evaluar la conducta leal, adecuada, prudente, oportuna y decorosa de la parte que resulta vencida en la actuación, pues tales circunstancias no impiden la imposición de la condena en costas...”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS; Sentencia del 25 de junio de 2020, Radicación número: 41001-23-33-000-2016-00502-01 (5485-18), Actor: Nohemí Suaza Triviño, Demandado: Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Temas: Régimen de cesantías con retroactividad, Sentencia Segunda Instancia.

promovido por **Luz Ángela Correa Venteros** en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que denegó las súplicas de la demanda.

SEGUNDO: ABSTENERSE de condenar en costas y fijar agencias en derecho de la segunda instancia, conforme a la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: En firme la presente decisión devuélvase el expediente al Juzgado de origen, para lo de su competencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE³⁰,


ÁNGEL IGNACIO ÁLVAREZ SILVA
Magistrado


JOSÉ ALETH RUÍZ CASTRO
Magistrado


JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA
Magistrado

³⁰ **NOTA ACLARATORIA:** La Providencia se tramitó y suscribió por los canales electrónicos oficiales de los Despachos de los Magistrados que integran la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Tolima y de la misma manera fue firmada y notificada.