

10400

MEMORANDO

ICBF-Cecilia de La Fuente de Lleras
Al contestar cite No. : S-2019-214794-0101
Fecha: 2019-04-12 20:19:30
Enviar a: DIRECTORES REGIONALES
JURÍDICO

Para: **Directores Regionales Jurídicos ICBF** No. Folios: 1

Asunto: Lineamiento de defensa judicial en procesos ordinarios laborales, en los cuales se vincula al ICBF por solidaridad prevista en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo

Respetados directores:

La Oficina Asesora Jurídica en cumplimiento de lo ordenado por el Comité de Defensa Judicial y Conciliación, en sesión del pasado 2 de abril, difunde el contenido del memorando anexo a esta comunicación, por medio del cual se establece el "Lineamiento de defensa judicial en procesos ordinarios laborales, en los cuales se vincula al ICBF por solidaridad prevista en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo", con el fin de que sea socializado entre los apoderados de la entidad.


En dicho documento se adelantó un análisis de la causa generadora de la litigiosidad, en relación con la falta de pago de las acreencias laborales por parte de instituciones, asociaciones o empresas que ejecutan programas del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, procesos que son resueltos en forma disímil, toda vez que los operadores judiciales aplican la solidaridad laboral prevista en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo.


Así mismo, se hace un estudio concienzudo de los precedentes judiciales que niegan la existencia de solidaridad, se elaboraron fichas de análisis de las sentencias más relevantes y se hace una serie de recomendaciones a las Regionales.

Aunado a lo anterior, me permito allegar el documento titulado "La escritura como herramienta de defensa", elaborado por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, con el fin de que los apoderados de la Entidad mejoren los documentos jurídicos ante los estrados judiciales, identifiquen los principales problemas de la

www.icbf.gov.co

 ICBFColombia

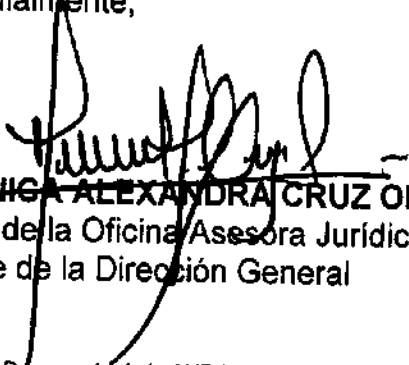
 @ICBFColombia

 @icbfcolombiaoficial



escritura jurídica y establezcan buenas prácticas en la calidad de los textos que se producen en el marco de la defensa jurídica del ICBF.

Cordialmente,



MONICA ALEXANDRA CRUZ OMAÑA
Jefe de la Oficina Asesora Jurídica (E)
Sede de la Dirección General

Anexo: Documento de la ANDJE, en un (1) CD y memorando en 14 folios

Proyectó: Leandro Alberto López Rozo/ Asesor – Contratista OAJ 

10400

MEMORANDO

Para: **María Mercedes Liévano Alzate**
Subdirección General

Eduardo Andrés González Mora
Secretaria General

Alvaro de Fátima Gómez Trujillo
Dirección Administrativa

Andrés Vergara Ballón
Dirección Financiera

Asunto: Lineamiento de defensa judicial en procesos ordinarios laborales, en los cuales se vincula al ICBF por solidaridad prevista en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo

Respetados Miembros del Comité:

La Oficina Asesora Jurídica en cumplimiento de las funciones fijadas en el Decreto 987 de 2012, artículo 6º, numerales 1º y 7º, así como en la Resolución No. 60 de 2013, artículo 8º, numerales 3, 5⁴ y 6⁵, presenta a consideración del Comité de Defensa Judicial y Conciliación el lineamiento de defensa en los procesos ordinarios laborales que se ocasionan por el no pago de acreencias laborales a trabajadores de instituciones, asociaciones o empresas que ejecutan programas del Sistema Nacional de Bienestar Familiar.

¹ Asesorar al Director General en la organización de los asuntos jurídicos relativos a la representación judicial y en la unificación y coordinación de criterios jurídicos sobre materias en que se vea comprometida la posición, derechos o intereses del Instituto.

² Formular las recomendaciones jurídicas dirigidas al fortalecimiento de los Programas del Instituto y unificar los criterios jurídicos cuando existan divergencias de interpretación entre diversas Dependencias.

³ Consolidar la información de todos los procesos judiciales, extrajudiciales, concursales, conciliaciones y de vocaciones hereditarias, bienes vacantes y mostrencos que se adelantan en la Sede de la Dirección General y Direcciones Regionales del ICBF.

⁴ Diseñar las políticas de Defensa Judicial a nivel nacional, y proyectar lineamientos y recomendaciones a los Grupos Jurídicos de las Direcciones Regionales o quienes hagan sus veces y demás dependencias del ICBF, con el fin de prevenir la ocurrencia del daño antijurídico.

⁵ Evaluar las causas generadoras de los conflictos por las cuales resulta demandado o condenado el Instituto, como las deficiencias de las actuaciones procesales por parte de los apoderados, con el objeto de proponer correctivos.

1. Análisis preliminar

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ha identificado como causa generadora de litigiosidad, la falta de pago de las acreencias laborales por parte de instituciones, asociaciones o empresas que ejecutan programas del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, dichos procesos son fallados en forma disímil, toda vez que los operadores judiciales aplican la solidaridad laboral prevista en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo.⁶

La aplicación de la solidaridad laboral al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar constituye un **error de derecho**, toda vez que el Sistema Nacional de Bienestar Familiar está excluido de la aplicación de dicha figura, como se explicará a continuación:

2. Marco constitucional que señala que los particulares cumplen funciones administrativas

Desde la reforma constitucional de 1945 el ordenamiento jurídico colombiano acepta la posibilidad de que los particulares (personas naturales o jurídicas⁷) realicen funciones públicas o administrativas que antes eran de competencia del Estado, autorización que se amplió con la Constitución Política 1991.

En efecto, el artículo 123 constitucional instituye, que: "(...) La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio. (...)"; en la misma línea el artículo 210 superior indica: "(...) Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley. (...) " y finalmente, el artículo 365 referente a la prestación de los servicios públicos, prescribe: "(...) Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. (...) "

Las reglas fijadas por el constituyente han sido ampliamente interpretadas por la Corte Constitucional, la cual ha señalado que los particulares asumen obligaciones en la ejecución de servicios públicos, por ejemplo, en la Sentencia C-644 de 2011, se determinó: "(...) De otra parte, la responsabilidad en el cumplimiento de los fines del Estado no corresponde solamente a los servidores públicos en el Estado social de derecho. **Los particulares asumen en él una serie de obligaciones y de tareas que antes cumplían de manera exclusiva y en ocasiones excluyente las autoridades estatales. Así, la Carta señala que**

⁶ <https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/politica-dano-antijuridico-icbf.pdf>

⁷ Sentencia C-091/97 Demanda de inconstitucionalidad del artículo 233 (parcial) de la ley 223 de 1995, "Por la cual se expiden normas sobre racionalización Tributaria y se dictan otras disposiciones" MP. Dr. Jorge Arango Mejía: "La Constitución, autoriza el cumplimiento de funciones administrativas por los particulares. Como la Constitución no distingue, hay que entender que "los particulares" pueden ser personas naturales o personas jurídicas. Los particulares cumplen funciones administrativas en las condiciones que señale la ley. La Constitución asigna al legislador la facultad de establecer cuándo los particulares pueden cumplir funciones administrativas y en qué condiciones." Negrilla fuera de texto

sectores tan importantes como la salud (C. Po. art. 49), la seguridad social (C. Po. art. 48), la educación (C. Po. art. 67), la ciencia y la tecnología (C. Po. art. 71), la protección especial de las personas de la tercera edad (C. Po. art. 46), de los niños (C. Po. art. 44) y de los discapacitados (C. Po. art. 47), no son responsabilidad única del Estado, sino que la familia, la sociedad y los propios interesados deben también contribuir a su amparo y desarrollo. (...)” Negrilla fuera de texto

Ahora bien, es preciso advertir que la Corte Constitucional ha instituido de forma clara y expresa que asignar a los particulares el ejercicio de funciones públicas, no modifica su estatus de particulares, ni los convierte por ese hecho en servidores públicos⁸, dicha postura ha sido pacífica y reiterada: “(...) sin desconocer la libertad de las personas en su iniciativa y en sus actividades económicas y laborales, la Constitución haya previsto formas de vinculación de los particulares a la gestión de intereses y asuntos públicos sin que en virtud de ella pierdan su condición privada (...)”⁹ Negrilla fuera de texto

En la misma línea argumentativa, tenemos que la Corte Constitucional instituyó: “(...) No exige la Constitución que la ley establezca una específica retribución para el particular que ejerza funciones públicas. Al fin y al cabo, ésta es una forma de “participar en la vida política, cívica y comunitaria”. Cumplir así este deber, sin una específica retribución, no quebranta la justicia ni la equidad: por el contrario, las realiza, porque es una expresión de la solidaridad social. Y no puede afirmarse, en general, que el ejercicio de la función pública represente un perjuicio para el particular, porque no lo hay en el servicio a la comunidad. Sólo podría haberlo si la función asignada implicara una carga excesiva, desproporcionada, y contraria, por lo mismo, a la equidad y a la justicia. (...)”¹⁰ Negrilla y subrayado fuera de texto

Del marco constitucional y la línea jurisprudencial citada se puede concluir con claridad, que los particulares son responsables directos de la ejecución de funciones administrativas, en los términos que establezca el legislador.

3. Marco legal del Sistema Nacional de Bienestar Familiar

La Ley 75 de 1968 creó el ICBF y en ella se delegó la función de la inspección y vigilancia¹¹ sobre las instituciones de utilidad común¹² y señala que la Entidad debía organizar comités en los entes territoriales encargados de servir de órganos de coordinación para el desarrollo de las actividades de protección familiar.¹³

⁸ Sentencia C- 644/11 - Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 140 (parcial) y 144 (parcial) de la Ley 1437 de 2011, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

⁹ C-286/96, M.P. José Gregorio Hernández Galindo

¹⁰ Sentencia C-091/97

¹¹ ordinal 19 del artículo 120 de la Constitución de 1886

¹² Artículo 53, Literal B

¹³ Art. 61

El ICBF fue reestructurado mediante la Ley 7ª de 1979, y en esta norma se creó el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, el cual está fundado como un servicio público a cargo del Estado, y está compuesto por organismos oficiales y particulares,¹⁴ consecuente con ello, la norma autoriza celebrar contratos con entidades privadas para el desarrollo del objeto del ICBF.¹⁵

La Ley 7ª de 1979, fue reglamentada por el Decreto 2388 de 1979, el cual en el artículo 127 crea el **contrato de aporte**, por medio del cual, 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 institución.

De la normatividad se concluye que el Constituyente ordenó al Congreso la promoción de instituciones de utilidad pública, dentro de las cuales encontramos a las juntas de acción comunal, asociaciones de usuarios de los servicios rurales, asociaciones de padres de familia y cualesquiera otras entidades representativas de grupos comunitarios.

También se concluye que, el Decreto 2388 de 1979 excluyó al contrato de aporte de la solidaridad laboral que se encuentra prevista en el artículo 34 del C.S.T, exclusión que se reiteró en el Decreto 289 de 2014.¹⁶

4. Diferencias del contrato de aporte y de prestación de servicios

El artículo 127 del Decreto 2388 de 1979, señala: "(...) **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 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. (...)**" Negrilla y subrayado fuera de texto

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que, el Contrato de Aporte no es asimilable al contrato de obra, prestación de servicios o cualquier otro tipo de contratación:

"(...) 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

¹⁴ Arts. 12, 16, 21 núm. 3, 27 literal a

¹⁵ Arts. 21 núm. 9, 28 literal b

¹⁶ Art. 3º: "De conformidad con el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012, las Madres Comunitarias no tendrán la calidad de servidoras públicas. Sus servicios se prestarán a las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios, las cuales tienen la condición de único empleador, *sin que se pueda predicar solidaridad patronal con el ICBF.*" Negrilla y cursiva fuera de texto

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 Nacional 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. (...)"

"(...) 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 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.

"(...) 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. (...)”¹⁷ Negrilla y cursiva fuera de texto

La sentencia en comentó, ha servido de fundamento de derecho en múltiples decisiones, por lo cual constituye precedente jurisprudencial¹⁸ que define de manera pacífica el alcance del Contrato de Aporte.

Definido como está que el Contrato de Aporte no es asimilable a los contratos de obra, prestación de servicios u otros tipos de contratación, no se cumplen los presupuestos jurídicos del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, para declarar la solidaridad del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, toda vez que dicha norma señala:

“(...) 1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, **asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva.** (...)” Negrilla y subrayado fuera de texto

Del contenido normativo se extrae que, la solidaridad está prevista frente a los contratos de obra o prestación de servicios, por lo cual, reiteramos que el Consejo de Estado señaló que el contrato de Aporte no es equiparable a estas figuras contractuales; así mismo, es pertinente considerar que la norma en comentó determina:

“(...) Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las

¹⁷ Sentencia del 11 de agosto de 2010. C.P. Enrique Gil Botero. Radicación número: 76001-23-25-000-1995-01884-01(16941), Actor: CORPORACIÓN CIVICA DANIEL GILLARD, Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF-, Referencia: ACCION CONTRACTUAL; 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.

Reiterada mediante Sentencia del 9 de mayo de 2011. C.P. Enrique Gil Botero, en el proceso con Radicación número: 05001-23-31-000-2001-01546-02 (36912); Actor: MARIA RUTH ROJO JIMENEZ Y OTROS, Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIA -ICBF-; Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA y;

Reiterada mediante Sentencia del 30 de junio de 2016. C.P. Danilo Rojas Betancourth. Radicación: 25000-23-26-000-2004-01381-01 (33130), Actor: Asociación Colombiana de Padres con Hijos Especiales (ACPHES), Demandados: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), Naturaleza: Contractual

¹⁸ Sentencia C-836-01 de 9 de agosto de 2001, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil analizó la constitucionalidad del Artículo 10 de Ley 157 de 1887: “(...) Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores. (...)”

garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.
(...)” subrayado fuera de texto

El contenido normativo señala que, cuando el beneficiario de la obra contrata a un tercero para ejecutar actividades que le son propias al objeto de su empresa, existe solidaridad laboral, figura que no aplica al Servicio Público de Bienestar Familiar, pues como se expuso al comienzo del presente escrito, la Constitución Política prevé que la atención a la niñez y la adolescencia es responsabilidad de los particulares, por ende, el ICBF no es el beneficiario de la prestación que desarrollan las instituciones, asociaciones o empresas que hacen parte del Sistema Nacional de Bienestar Familiar.

En efecto, los beneficiarios del servicio es la propia comunidad y no el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, entidad descentralizada que por mandato legal es responsable de las funciones de inspección, vigilancia y control del Servicio Público de Bienestar Familiar, que reiteramos prestan los particulares.

En este punto es pertinente señalar que, la Constitución Política prevé que el Gobierno Nacional invierta recursos en la atención integral a la niñez y la adolescencia de los sectores menos favorecidos, situación que de manera alguna implica que los particulares que prestan el servicio dejen de lado su responsabilidad.

5. Precedentes judiciales que niegan la existencia de solidaridad

La Corte Constitucional ha definido “(...) el precedente judicial como “la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, **debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo**”. Asimismo, la doctrina lo ha definido como el mecanismo jurisdiccional que tiene su origen en el principio stare decisis o estar a lo decidido, el cual consiste en la aplicación de criterios adoptados en decisiones anteriores a casos que se presentan en situaciones posteriores y con circunstancias similares. (...)”¹⁹ Negrilla y subrayado fuera de texto

En tratándose de procesos ordinarios a través de los cuales se pretendía que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, responsa solidariamente por el no pago de acreencias laborales de trabajadores vinculados a instituciones, asociaciones o empresas que ejecutan el Servicio Público de Bienestar Familiar, la Corte Suprema de Justicia y Tribunales de diversos departamentos han absuelto a la Entidad, estas decisiones son las siguientes:

- Sentencia del 2 de agosto de 2007. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, MP Luis Javier Osorio López. Exp. No. 31090.

¹⁹ Sentencia SU354 de 2017, Magistrado Ponente: Iván Humberto Escrucera Mayolo

- Sentencia del 10 de febrero de 2009. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, M. P. Francisco Javier Ricaurte Gómez. Exp. No. 31164.
- Sentencia del 10 de octubre de 2018. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, M.P. Jorge Burgos Ruiz. Exp. No. 54744 (SL4430-2018).
- Sentencia 25 de septiembre de 2018. Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo (Boyacá), demandante: Gloria Inés Ramírez Vaca contra la Corporación Alianza Caribe, la Fundación Universal de Servicios Integrales y la Fundación Camino a la Prosperidad Funcapro, integrantes del Consorcio Alimentar Por Boyacá, decisión que fue confirmada en segunda instancia.
- Sentencia 19 de febrero de 2019. Sala Civil – Familia – Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, resolvió grado de consulta en el proceso promovido por Mario Alonso Gutierrez Uribe contra el Hogar Infantil Los Periquitos, revocó parcialmente decisión de primera instancia, absolviendo al ICBF.

En sede constitucional también se han proferido decisiones que interpretan que no existe solidaridad en el pago de acreencias laborales por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, estas decisiones son:

- Sentencia 9 de febrero de 2017. Consejo de Estado - Sección Segunda - Subsección A, C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, Radicación 05001233300020160249301, Actor: Adriana María Tirado Osorio y otros Accionado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y otro. Acción de tutela – Impugnación.²⁰
- Sentencia 18 de diciembre de 2018. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, STL12571-2018, Radicación No. 52614, Martha Liliana Galvis Rivillas y otras contra la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Armenia y Juzgado Primero Laboral del Circuito.

²⁰ “(...) A partir de lo anterior, el Tribunal Administrativo de Antioquia encontró probada la afectación al mínimo vital de las accionantes, pues verificó que concurrían los requisitos enumerados por la Corte Constitucional en el caso concreto, situación que corrobora la Sala y por la que procederá a confirmar el amparo en cuanto ordena a la Fundación Ser Humano pagar los salarios, prestaciones y cotizaciones al sistema de seguridad social adeudados. Por otra parte, el Tribunal consideró que el ICBF es responsable de manera solidaria frente a las obligaciones laborales adquiridas por el contratista con las madres comunitarias accionantes, en tanto el servicio contratado es una actividad propia y misional de la entidad. Este punto fue objeto de impugnación por parte del ICBF, por lo que la Sala procederá a efectuar su estudio a continuación. El artículo 3.º del Decreto 289 de 2014 prevé que «las madres comunitarias no tendrán la calidad de servidoras públicas. Sus servicios se prestarán a las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios, las cuales tienen la condición de único empleador, sin que se pueda predicar solidaridad patronal con el ICBF» (Negrilla propia de texto). Por lo tanto, no es cierto lo dicho por el Tribunal en cuanto a que al ICBF le asiste una responsabilidad solidaria respecto al pago de salarios y demás emolumentos salariales, pues la norma es clara al establecer que no es posible predicar solidaridad patronal. En consecuencia, la Sala procederá a revocar la decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia de ordenarle al ICBF pagar las acreencias laborales y demás prestaciones sociales a las accionantes en el evento en que la Fundación Ser Humano no realice el pago correspondiente, pues como ya se dijo, la norma en su literalidad expresa que no se puede predicar la solidaridad patronal para este tipo de casos. (...)”

Frente a esta última decisión, es pertinente destacar que se trata de acción de tutela contra providencia judicial, la cual tenía la finalidad de dejar sin efectos diversos fallos proferidos en el circuito de la ciudad de Armenia (Quindío), en donde de manera pacífica se ha negado la solidaridad laboral.

En efecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia negó la solicitud de amparo constitucional, decisión que fue confirmada por la Sala de Casación Penal, en este punto es preciso señalar que mediante memorando I-2019-002091-0101 de fecha 8 de enero de 2019, la Oficina Asesora Jurídica presentó informe al Comité de Defensa Judicial y Conciliación, en el cual se señaló que en estos procesos ordinarios laborales se obtuvo tasa de éxito del 100% precavando condenas que estaban estimadas \$700.000.000.

Consecuente con lo anterior y con el propósito de establecer una adecuada defensa frente a los litigios laborales ante la justicia ordinaria, suscitados por los trabajadores de las instituciones, asociaciones o empresas, que proponen una solidaridad inexistente con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; la Oficina Asesora Jurídica realizó el análisis de las distintas decisiones judiciales que han sido falladas en favor del Instituto, lo cual, permitirá a los Grupos Jurídicos Regional reforzar los argumentos al momento de proponer las excepciones de fondo, practicar pruebas, alegar y apelar las sentencias condenatorias.

5.1 Análisis de los precedentes judiciales que niegan la existencia de solidaridad

La Sala Civil – Familia – Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, en sentencia del 19 de febrero de 2019, al resolver el grado de consulta en el proceso promovido por el señor Mario Alonso Gutierrez Uribe contra el Hogar Infantil Los Periquitos²¹, y en relación con la presunta solidaridad del ICBF, dicha corporación judicial puntualizó lo siguiente²²:

“[...] Ahora bien, finalmente y como quiera que mediante auto de 22 de enero de 2019, se admitió la jurisdicción de consulta de la sentencia del 24 de 2019 en favor del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar por las razones allí expuestas, y acorde con lo establecido en el artículo 89 del estatuto procesal labora, se torna imperioso por esta Corporación revisar la legalidad de la condena solidaria tal y como lo pregona aquí también la apoderada del Instituto, impuesta por el juez de primera instancia a dicha entidad, la cual fue estructurada por el a quo, con fundamento en el artículo 34 del C. S. T. bajo el argumento que, el ICBF era quien financieramente sostenía el hogar infantil Los Periquitos, amén de ser la persona encargada de la escogencia del personal de trabajo y quien creó los

²¹ Rad. No. 68-190-3189-001-2017-00041-01. M. P. Dr. Luis Alberto Téllez Ruiz.

²² El Juzgado Promiscuo del Circuito de Cimitarra condenó al ICBF, mediante fallo del 20 de junio de 2018, accediendo a la solidaridad en el pago de las acreencias laborales.



estatutos de conformación del aludido hogar infantil. Así las cosas, advierte la sala que de manera primigenia deberá examinarse el vínculo jurídico que existió entre los codemandados, esto es, entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y el hogar infantil Los Periquitos, el cual de conformidad con el material probatorio que milita en el proceso, esto es folios 33 a 36, 44, 59 a 78, 79, 84, 85, advierte la Sala que corresponde múltiples contratos administrativos estatales de aportes, lo cuales se encuentran regulados en el artículo 21 de la ley 7 de 1979 y el artículo 127 del Decreto Reglamentario No. 2888 del 79, veamos que dice este último: '[...]'. A su turno el art. 128 decreto 2388 del 79, señala: '[...]'. Así mismo, de cara a los contratos de aportes celebrados por el Instituto de Bienestar Familiar, la sala de casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que: 'La sección tercera del Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de analizar la naturaleza del contenido y alcance del contrato estatal de aportes que celebra el ICBF, definiendo las siguientes características esenciales, primero, es un contrato estatal regido por la ley 80 de 1993, se trata de un negocio jurídico atípico, principal y autónomo, tres, oneroso, solemne, formal, al igual que todos los contratos estatales, por cuanto se requiere que medie una contraprestación a favor del contratista, consta por escrito y debe ser suscrito por la partes en los términos consagrados en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, cuatro, es bilateral, sinalagmático, en la medida de que se desprende obligaciones y cargas para las dos partes del negocio, esto es, el aportante y contratista, y cinco, es 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 Nacional de Bienestar Familiar y social a cambio de una contraprestación, al margen de que el contratista puede ser una institución sin ánimo de lucro, a los que esta Corte agrega, sexto, el contratista asume la prestación del servicio público directamente a la comunidad, mediante recursos del estado, es decir, el objeto del contrato se trata de una actividad sui generis regulada por la normas especiales del derecho público y solo están sujetas a las cláusulas obligatorias de todo contrato administrativo, artículo 128 del decreto 2388 del 79, actividad que se cumple bajo la exclusiva responsabilidad de la institución artículo 27 ibídem, lo que excluye la aplicación del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo', subrayado y negrillas de esta sala. Por lo anterior, es claro para este Tribunal que al ser un contrato administrativo por aporte el vínculo jurídico surgido entre el Instituto Colombiano de bienestar familiar y el Hogar Infantil Los Periquitos, por medio el cual el ICBF entregó al aludido hogar infantil aportes en dinero para la prestación del servicio público de educación y desarrollo de los niños y niñas del municipio de Cimitarra en la modalidad de atención institucional de una completa y parcial así como para promover la participación de organización comunitaria para ejecutar acciones tendientes de las condiciones de vida y atención directa de los niños en edad preescolar, dicha actividad fueron prestadas y desarrolladas bajo la exclusiva responsabilidad de la institución hogar infantil Los Periquitos y por ende, no es posible endilgar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar la responsabilidad

solidaria de que trata el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, como desacertadamente lo concluyó la funcionaria de primera instancia, por ello revocará la condena solidaria aplicada a dicha entidad como en efecto también lo solicita la apoderada del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y en su lugar, declarar probada la excepción de mérito denominada 'inexistencia de solidaridad prestacional' [...]".

En conclusión, las normas que gobiernan los contratos de aportes (Ley 7 y el Decreto 2388 de 1979), excluyen la aplicación del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, esto es la presunta solidaridad del ICBF frente a la indisciplina contractual de la Fundaciones o Asociaciones con sus trabajadores, como quiera que las actividades que desarrollan dichas entidades particulares, las hace bajo su exclusiva responsabilidad, luego es claro que se rompe la figura de la solidaridad en lo que atañe al ICBF.

Aunado a lo anterior, el ICBF puede argumentar en la contestación de la demanda que su actividad no es industrial, conforme lo exige el mentado artículo del Código Sustantivo del Trabajo, y que además no es el beneficiario del servicio, pues como se expuso con anterioridad, es la comunidad; además es fundamental que el apoderado o apoderada de Instituto allegue en la oportunidad procesal pertinente -contestación de la demanda-, los contratos de aporte suscritos entre el operador y el ICBF y solicite el llamamiento en garantía de las aseguradoras.

Consecuente con lo arriba señalado, en la Regional de Boyacá se adelantó un proceso del mismo linaje que promovió la señora Gloria Inés Ramírez Vaca contra la Corporación Alianza Caribe, la Fundación Universal de Servicios Integrales y la Fundación Camino a la Prosperidad Funcapro, integrantes del Consorcio Alimentar Por Boyacá²³, en donde prosperó la excepción de fondo que denominó la apoderada del ICBF, como "INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA A CARGO DEL ICBF", decisión que fue confirmada en segunda instancia por la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, en fallo del 25 de septiembre de 2018²⁴.

Ante el mismo despacho judicial -Juzgado Laboral del Circuito de Duitama-, en fallo del 30 de enero de 2019²⁵, resolvió en el mismo sentido, esto es declarar la prosperidad del medio exceptivo a favor del ICBF. Dicha decisión fue apelada y se encuentra al despacho para desatar el recurso ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo.

²³ Exp. No. 1523831050012012-00178-00. Juzgado Laboral del Circuito de Duitama.

²⁴ M.P. Dra. Luz Patricia Aristizábal Garavito.

²⁵ La demanda la promovió Holman Darío Vargas Ochoa y otros, contra la Corporación Alianza Caribe, la Fundación Universal de Servicios Integrales y la Fundación Camino a la Prosperidad Funcapro, integrantes del Consorcio Alimentar Por Boyacá. Rad. No. 1523831050012016-00207-00. Idéntica decisión de adoptó en la demanda con radicado No. 2012-00273-00, en fallo del 30 de enero de 2019.

Complementario a lo anterior, nos permitimos compartir unas fichas de análisis jurisprudencial que hemos laborado, y que les puede ser de utilidad a los apoderados o apoderadas del Instituto.

Identificación de la providencia

Sentencia del 10 de febrero de 2009. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, M. P. Francisco Javier Ricaurte Gómez. Exp. No. 31164.

Antecedentes

ESTHER CECILIA PÉREZ OTERO demandó al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR y a la ASOCIACIÓN DE PADRES DE FAMILIA DEL HOGAR INFANTIL CEVILLAR, para que se condenara a cada una de ellas a pagarle la suma de \$ 141.195. 60 o la mayor que resultara probada, por concepto de indemnización por despido injusto, pensión sanción de jubilación vitalicia no inferior al salario mínimo legal más alto, desde el 1 de enero de 1992, indemnización moratoria hasta cuando se paguen las anteriores pretensiones; y las costas.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó que: el ICBF es un establecimiento público del orden nacional; laboró al servicio de las demandadas entre el 6 de marzo de 1975 y el 31 de diciembre de 1991 con contrato de trabajo a término indefinido; su cargo fue el de auxiliar de servicios generales, de sostenimiento del HOGAR INFANTIL CEVILLAR, que es contractual y no reglamentario, con salario promedio de \$58.662.00; siempre fue trabajadora oficial porque, según el artículo 12 de la Ley 7ª de 1979 el ICBF, el bienestar familiar es un servicio público a cargo de la Nación, el ICBF tiene la función de proveer a la creación, funcionamiento y supervisión de los hogares infantiles para la atención integral al preescolar, los salarios y prestaciones que devengó provinieron de los dineros públicos previstos en el artículo 2º de la Ley 27 de 1974 y disposiciones complementarias, y porque el ICBF financió y supervisó el Hogar Infantil La Manga (sic) y sometió a continuada dependencia y subordinación jurídica a la demandante.

Expresó, además, que fue despedida injusta e ilegalmente, sin el pago de la respectiva indemnización ni de la pensión sanción de jubilación. Como la Asociación fue la que la despidió, la obligación de pagar los derechos solicitados en la demanda es solidaria con el ICBF en los términos del artículo 1568 del Código Civil.

Respuesta del ICBF

El ICBF, al contestar el libelo, se opuso a las pretensiones; admitió la existencia de vinculación laboral con la demandante desde el 1 de octubre de 1979 hasta diciembre de 1982, en el cargo de auxiliar de servicios generales, y que canceló las prestaciones sociales a que tenía derecho la trabajadora.

Alegó que las juntas administradoras de los hogares infantiles tienen autonomía para manejar todo lo relativo a su personal, por lo que no existe, al respecto, injerencia del ICBF. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas, pago, inexistencia del demandado y prescripción.

Sentencia de Primera Instancia

El 15 de julio de 2003, la señora Juez Octavo Laboral del Circuito de Barranquilla dirimió la primera instancia, con absolución de los demandados.

Sentencia de Segunda Instancia

El Tribunal antecitado conoció de la segunda instancia por apelación de la demandante y confirmó el fallo de la *a quo*.

El *ad quem* prohió y reprodujo apartes de sentencia anterior de la Sala Tercera de Decisión Laboral de ese Tribunal, en la que se expresó que, con relación a los Hogares Infantiles que tienen celebrado contrato de aporte con el ICBF, las personas vinculadas a estos hogares no configuran relación laboral con el Instituto pero sí con el Hogar Infantil o la organización que está al frente de ellos, concepto reafirmado, según allí también se expresa, por el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Dicha providencia de la Sala Tercera de Decisión concluye, sin embargo, con la advertencia de que, para desvirtuar cualquier vínculo laboral del ICBF con las personas con quienes celebre contrato de aportes, debe acreditar este contrato o, de lo contrario, se entenderá que dichos trabajadores están bajo la subordinación directa del ICBF.

El Tribunal, entonces, bajo esa premisa, pasó a indicar que en el plenario se encontraba probado dicho contrato de aportes y, además, el de trabajo a término fijo celebrado para trabajar con el Hogar Infantil Cevillar desde el 1 de enero de 1986, la afiliación al ISS, la liquidación definitiva de prestaciones sociales y la carta de no prórroga del contrato a término fijo, por lo que consideró que no había existido despido injusto y que debía confirmar la sentencia de la *a quo*.

Seguidamente, a pesar del análisis anterior, que implicaba que la vinculación laboral se dio fue con la Asociación administradora del Hogar Infantil Cevillar, procedió a "establecer si le asiste o no derecho a la actora en cuanto a sus pretensiones frente al ICBF", para lo cual, en síntesis, expresó que dicho instituto era un establecimiento público, por lo que, por regla general, sus servidores tienen calidad de empleados públicos, cuyos conflictos no son resueltos por la jurisdicción del trabajo, y que no había prueba de la clasificación estatutaria de trabajadores oficiales en donde pudiese enmarcarse a la demandante, ni de las funciones desempeñadas por ella y la relación directa de las mismas con la construcción y sostenimiento de obras públicas, por lo que, al no darse tal acreditación seguía gravitando su calidad de empleada pública, ante lo

cual se imponía la absolución al ICBF "y la modificación de la sentencia en el sentido de condenar al Hogar Infantil Cevilla" (sic), expresión ésta incongruente con la previa motivación al respecto y con la decisión de confirmar la sentencia absolutoria de la a quo.

Sentencia de la Corte Suprema

Al despachar el primer cargo contra la sentencia del Tribunal, la Corte Suprema de Justicia señaló que el recurrente no concretó en qué consistió el quebranto de las normas sustanciales.

Para el segundo cargo, se indicó lo siguiente:

*"Se achaca al ad quem el no haber dado por demostrado, estándoto, que las labores que llevó a cabo la actora para el servicio de la parte demandada (ICBF), son de aquellas indispensables para el **mantenimiento de la labor** que debía cumplir en sus instalaciones el Hogar Infantil: servicios varios, destacándose el aseo de sus dependencias.*

*El Tribunal halló que el ICBF 'es un establecimiento público cuyos servidores detentan por regla general la calidad de empleados públicos', y que, examinado el plenario, no encontraba prueba respecto de la clasificación estatutaria de trabajadores oficiales donde enmarcara el cargo de la actora, o prueba de las funciones de ella y de la relación de las mismas **con la construcción y sostenimiento de obras públicas.***

Pero en el cargo, se orienta el ataque es a imputar al fallador el no dar por demostrado que la labor que llevó a cabo la actora era indispensable, no para la construcción o sostenimiento de obras públicas, sino para el mantenimiento de la labor que debía cumplir el ICBF en el Hogar Infantil, lo cual constituye una óptica particular de la censura, de raigambre jurídica, para clasificar a una persona como trabajadora oficial si su actividad coadyuva a mantener una labor o función pública de una entidad oficial o si esta función es equiparable a una obra pública, todo lo cual es incompatible con la vía indirecta seleccionada y, de salida, da al traste con el cargo.

De otro lado, incurre el censor en gran impropiedad que conlleva, por sí sola también, al fracaso de la acusación, al hacer derivar el error de hecho enrostrado, de un lado, de 'un evidente error en la apreciación del acerbo (sic) probatorio, como me permitiré demostrar más adelante...', para, más adelante, alegar es la falta de apreciación de las pruebas que menciona, incongruencia que, como es sabido, es inadmisibles de argüir en casación ya que, sobre un medio de instrucción, no cabe pregonar, por imposible, su simultánea no estimación y errónea valoración, lo que deja a la Corte sin saber, entonces, en qué se fundamenta, realmente, el error atribuido al fallador de instancia.

Con todo, fuere por no estimación o por errónea valoración, el análisis de los medios de prueba enlistados por la censura muestra que de los mismos no es factible inferir las

funciones de la actora y, por ende, que tuvieran relación con la construcción o sostenimiento de obras públicas. Así, respecto de los contratos a folios 8 y 132, es patente que fueron suscritos el 3 de marzo de 1975 y el 20 de enero de 1976, respectivamente, fechas muy anteriores, correspondientes al lapso no discutido de vinculación laboral directa que admite el ICBF desde 1975 hasta 1982 (fl. 72). Del resto de documentos nada se desprende respecto de labores de construcción o mantenimiento de obras públicas, ni siquiera de aseo. En cuanto al interrogatorio de parte de la actora, es de recordar que el medio calificado en casación es la confesión que el mismo contenga, la que, por ende, debe perjudicarla y no beneficiarla como acá se pretende. Y, en lo relativo al interrogatorio del representante legal del Hogar Infantil Cevillar, es claro que la eventual ficta confesión del mismo no puede afectar al demandado principal ICBF, el cual tiene su propia representación legal. Al margen, valga señalar que el procedimiento usado en la primera instancia respecto de la declaración ficta derivada de la ausencia no justificada del representante legal de la Asociación de Padres demandada o del Hogar Infantil no se acompasó a lo previsto por la normatividad que rige el asunto: ante aquella circunstancia y el no haber hecho llegar previamente el sobre contentivo del interrogatorio a absolver, el procedimiento legal no era el formular preguntas en la audiencia, sin la presencia del interrogado (lo cual no está previsto), sino que, ante la falta de justificación de la ausencia, el referente para declarar fictamente cierto eran los hechos de la demanda susceptibles de confesión.

El cargo no prospera".

Fuente Formal

No cita norma

Fuente Jurisprudencial

No cita jurisprudencia.

Identificación de la providencia

Sentencia del 10 de octubre de 2018. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, M.P. Jorge Burgos Ruiz. Exp. No. 54744 (SL4430-2018).

Antecedentes

Los señores Francisco Blanco Jinette, Olga Rodríguez Pérez, Elsy Escobar de Witt, Mariluz Hernández Hernández y Rosmira Manjarrez, promovieron demanda laboral contra la Fundación para la Participación Capacitación y la Investigación Social - Fuparcis y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - Seccional Magdalena; con el fin de que fueran condenadas solidariamente a reintegrarlos a los cargos que desempeñaban al momento del despido, de acuerdo con la convención colectiva de trabajadores, junto con el pago de salario y las prestaciones correspondientes.

Señalaron los demandantes que laboraron a órdenes de las demandas, mediante contrato a término indefinido, en abrigo de la convención colectiva suscrita por el



Sindicato de Trabajadores al servicio de los Hogares Infantiles.

Indicaron que FUPARCIS invocó la causal de terminación de los contratos de trabajo a término fijo, circunstancia que la calificaron de arbitraria e ilegal.

Respuesta del ICBF

La entidad se opuso a las pretensiones y, en relación con los hechos, manifestó que el ICBF no tenía la condición de empleador respecto de los trabajadores de los hogares infantiles.

Que el personal de los hogares infantiles es contratado por la Asociación de Padres de Familia o las instituciones de utilidad pública que ha celebrado contrato de aporte con el ICBF, siendo FUPARCIS el último empleador del Hogar Infantil Macondo.

Con estribo en el artículo 127 del Decreto 2388 de 1979, afirmó que, mediante la celebración de un contrato de aporte, el ICBF provee a una institución de utilidad pública o social, de los bienes y recursos indispensables para la prestación del servicio total o parcial, actividad que se cumple bajo la exclusiva responsabilidad de la institución.

Allegó al expediente los contratos de aporte celebrados con la Asociación, en especial el celebrado con la FUPARCIS, en el cual, en la cláusula decimoquinta, se estableció la ausencia de relación laboral entre el ICBF y el contratista.

Como excepciones de fondo propuso la *"inexistencia de la obligación frente al demandado"* y *"cobro de lo no debido"*.

Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Segundo Laboral de Descongestión del Circuito de Santa Marta, absolvió al ICBF de las pretensiones enervadas, mediante sentencia del 1º de diciembre de 2008, la cual fue complementada mediante proveído del 25 de septiembre de 2009.

Sentencia de Segunda Instancia

El *ad quem* confirmó la decisión del juez de primera instancia por las siguientes razones:

1. Citó las normas que regulan el contrato de aportes y señaló que dichos acuerdos de voluntades tiene por objeto entregar unos recursos al contratista que, a cambio se obliga a realizar una serie de actividades tendiente a brindar el servicio público de bienestar familiar en determinada modalidad, encaminada al cumplimiento de los fines constitucionales y legales del Estado y del ICBF.



2. El Juez Colegiado coligió que la relaciones entre el ICBF y los contratistas no pueden estar demarcadas por el derecho laboral, toda vez que el contratista maneja un amplio margen para el cumplimiento del objeto.
3. Trascribió apartes de la sentencia T-668 de 2000, en donde se determinó que, en ninguno de los casos revisados, las madres comunitarias prestaban un servicio personal al ICBF, porque, aunque desarrollaban su labor siguiendo los lineamientos y procedimientos técnicos y administrativos que les señala esa entidad, no lo hacían bajo subordinación y no recibían salario, por lo que no demostraron los elementos del contrato de trabajo, sino lo que existía era una relación civil entre la madre comunitaria y la asociación de padres de familia con la cual colabora.
4. También citó el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el cual se indicó que los contratos de aportes que celebra el ICBF con personas naturales no generaban relación laboral entre ellos, que las personas que desempeñaban 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 son ánimo de lucro o de naturaleza semejante.
5. En conclusión, el Tribunal consideró que el ICBF y FUPARCIS se ligaron entre sí a través de esta clase de contrato, lo cual descarta que entre ellos se haya desarrollado relación laboral entre el ICBF y las personas naturales contratadas por esta fundación para el cumplimiento del objeto del contrato de aporte, como lo había resuelto ese despacho entre otro asunto similar.
6. Aunado a lo anterior, indicó que no se le podía endilgar al ICBF responsabilidad alguna frente a los demandantes, puesto que, en virtud del contrato de aportes, no se puede estimar solidaridad entre el ICBF y el contratista FUPARCIS, toda vez que, conforme a lo estipulado en el artículo 34 del CST, subrogado por el D. 2351 de 1965 que consagra la institución del contratista independiente, la solidaridad es viable frente a contratos de obra, y comoquiera que el ICBF es un establecimiento público del orden nacional, no le son aplicables las normas del derecho individual del trabajo.

Sentencia de la Corte Suprema

1. Que efectivamente le Tribunal incurrió un yerro al interpretar el artículo 34 del CST, pues se debe entender que la solidaridad es viable no solo frente a los contratos de obra, sino también de cara a los de prestación de servicios.



2. Que sobre la aplicación de la solidaridad del art. 34 del CST, a los beneficiarios de la obra o prestación de servicios de naturaleza pública, la Corte Suprema en sentencia del 26 de septiembre de 2000 (Exp. No. 14038), estableció que la condición de entidad pública o establecimiento público no es razón para negarla.
3. No obstante, lo anterior, la Corte señaló que la sentencia no sería casada, habida cuenta que "[...] la premisa que también le sirve de sustento a la decisión impugnada consistente en que el contrato que las ligó es de carácter administrativo y atípico regulado por los artículos 21 de la Ley 7 de 1979 y 127 de del DR. 2388 de 1979, al que no le son aplicables las normas de derecho individual del trabajo, se mantiene incólume en razón a que, ciertamente, por la naturaleza especial del contrato de aportes que ligó a los demandados y el objeto del contrato, no tiene cabida el artículo 34 del CST, de acuerdo con las razones que se exponen:

No fue objeto de controversia que la entidad contratante es un establecimiento público del orden nacional y que los entes codemandados estuvieron ligados mediante un contrato de aporte celebrado dentro del marco previsto en el artículo 127 del D. 2388 de 1979 que expresa que expresa [...]]

Por otra parte, el artículo 128 ibidem dispone: [...]

*De igual manera, se ha de recordar que, desde la Ley 7 de 1979, se estableció el Sistema Nacional de Bienestar Familiar **entendido como un servicio público a cargo del Estado**, dirigido a promover la integración y realización armónica de la familia, la protección de los niños y niñas del país, y la vinculación de las entidades públicas con el fin de evaluar el nivel de vida de la familia y de sus integrantes (artículo 12 ibidem). En ese ordenamiento, se determinó que una de las entidades principales a cargo del mencionado servicio público sería el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar con competencia a nivel nacional (arts. 14 y 19 ibidem). Y el objeto legal de esta institución está contenido en el artículo 19 de la ley a la que nos hemos venido refiriendo, a saber:*

[...]

En este orden de ideas, se tiene que la entidad contratante del sublite es un establecimiento público descentralizado dedicado a la prestación del servicio público del bienestar familiar. Sobre los servicios públicos, capítulo 5 de la Constitución, titulado 'De la finalidad social del Estado y de los servidores públicos', en su artículo primero dispone:

[...]

De la norma superior pre trascrita se desprende que la modalidad de servicio



público asumida por el Estado colombiano, implica que su prestación ha de hacerse conforme al régimen jurídico que fije la ley y que, si bien puede ser prestado directa o indirectamente por aquel o por particulares, en todo caso el Estado conserva la regulación, el control y vigilancia de dichos servicios. En ese orden, la posibilidad constitucional de que los particulares sean encargados de la prestación de un servicio público y las condiciones en que lo pueden hacer son las que señale la ley. Así las cosas, bien puede el legislador para efectos de la prestación de un servicio público -con base en el ni. 23 en concordancia con el inciso final del artículo 150 de la Constitución- autorizar a las entidades estatales designadas como responsables de la prestación del servicio público para celebrar los contratos pertinentes, como lo hizo de tiempo atrás el ni. 9º del artículo 21 de la Ley 7 de 1979, por la cual se dictan las normas para la protección de la niñez, se establece el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, se reorganiza el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones. Siendo a su vez reglamentado por el D. 2388 de 1979, en cuyo artículo 127 consagró los contratos de aportes, como el que ligó a los aquí condenados, cuya celebración debe estar acorde con el 128 ibidem.

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de analizar la naturaleza, contenido y alcance del contrato estatal de aportes que celebra el ICBF, definiéndole las siguientes características esenciales [Radicación número: 05001-23-31-000-2001-01546-02 (36912)]: 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; consta por escrito y debe estar suscrito por la partes, en los términos consagrados en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993; iv) es 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 v) es 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 Nacional de Bienestar Familiar y social a cambio de una contraprestación, al margen de que el contratista pueda ser una institución sin ánimo de lucro. A los que esta Corte agrega que vi) el contratista asume la prestación del servicio público directamente a la comunidad mediante recursos del Estado. Es decir, el objeto del contrato se trata de una actividad sui generis regulada por normas especiales de derecho público y 'solo están sujetas a las cláusulas obligatorias de todo contrato administrativo', art. 128 del D. 2388 de 1979, 'actividad que se cumple bajo la exclusiva responsabilidad de la institución', art. 127 ibidem, lo que excluye la aplicación del artículo 34 del CST".

Fuente Formal

Art. 5º e inciso final art. 150 de la Constitución Política.

Art. 34 del Código Sustantivo de Trabajo.

www.icbf.gov.co

 ICBFColombia

 @ICBFColombia

 @icbfcolombiaoficial

Art. 3º del Decreto 2351 de 1965.
Arts. 12, 14, 19 y 21 de la Ley 7 de 1979.
Arts. 127 y 128, del DR. 2388 de 1979.
Art. 41 de la Ley 80 de 1993.

Fuente Jurisprudencial

Sentencia del 26 de septiembre de 2000, Exp. No. 14038. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.
Sentencia del 25 de mayo de 1968. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.
Sentencia del 23 de septiembre de 1980, G.J., XCIII, 915.
Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Exp. No. 05001-23-31-000-01546-02 (36912).

Identificación de la providencia

Sentencia del 2 de agosto de 2007. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, MP Luis Javier Osorio López. Exp. No. 31090.

Antecedentes

La señora Socorro Marleny Cárdenas Castillo promovió demanda laboral contra la FUNDACION PRECURSORES EN ACCION y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR de la Regional de Nariño, con el fin de obtener en su favor, la declaratoria en forma directa o solidaria de la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, que tuvo vigencia del 13 de julio de 1981 al 31 de diciembre de 2000, el cual terminó por decisión unilateral y sin justa causa por parte del empleador, y como consecuencia de ello, se le condenara al pago de las siguientes sumas de dinero y conceptos: \$1.991.999,80 por cesantía; \$1.991.999,80 por prima de servicios; \$630.151,55 por vacaciones; \$151.236,36 por intereses a la cesantía; \$8.022.850,00 por indemnización por despido; \$1.500.000,00 por dotación; \$2.051.650,49 por reajuste a la pensión; \$9.627.420,00 por indemnización moratoria junto con la correspondiente reliquidación hasta la fecha efectiva del pago de lo adeudado; \$32.500.000,00 por diferencia de sueldos teniendo en cuenta el salario efectivamente devengado; y \$20.000.000,00 por sanción moratoria por la no consignación de las cesantías; más las costas.

La demandante señaló que laboró desde el 13 de julio de 1981, para el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - Regional Nariño que era una entidad pública, en el hogar infantil de propiedad de la misma denominado "EL PARAISO DE CONSACA", en el cargo de jardinera, según consta en la resolución de nombramiento 001475 y el acta de posesión No. 62 del 13 de julio de igual año; que cumplía un horario de 7:30 a.m. a 5 p.m. en jornada continua, pero su jornada se extendía hasta las 6:30 p.m. como tiempo suplementario, que en los últimos tres años suman 14.400

horas extras que están pendientes de pago; que estuvo vinculada de manera ininterrumpida hasta el 31 de diciembre de 2000, cuando fue despedida por decisión unilateral del empleador y sin mediar justa causa para ello; que nunca se le llamó la atención puesto que su trabajo fue eficiente, oportuno, calificado, apoyado y reconocido por la comunidad usuaria, sus compañeras de trabajo y los jefes inmediatos; que por engaños del I.C.B.F. se acogió sin existir consentimiento de su parte, al nuevo régimen de cesantías introducido por la Ley 50 de 1990; que el hogar infantil donde trabajaba, fue entregado en sustitución patronal o por simple delegación en la prestación del servicio público de atención de niños y niñas a una ONG como la FUNDACION PRECURSORES EN ACCION, más sin embargo el I.C.B.F. continuó evaluando anualmente al personal; que las condiciones laborales se mantuvieron y el trabajo se siguió desarrollando de la misma manera; que se afilió al Sindicato de los trabajadores de hogares infantiles de Colombia "SINTRAHOINCOL", y por tanto era beneficiaria de la convención colectiva de trabajo, que prevé que quienes presten servicios a esos hogares infantiles están vinculados por contrato de trabajo a término indefinido, así exista otra clase de contratación, y consagra una serie de prerrogativas de índole laboral que le fueron desconocidas; que siendo madre cabeza de familia se le dio por finalizada la relación contractual, sin el correspondiente preaviso y violándosele el debido proceso, prometiéndole una nueva vinculación en igual cargo para el subsiguiente año, lo que resultó incumplido, enterándose posteriormente que su retiro había obedecido a una exigencia de las directivas para enganchar a la esposa de un político; que elevó derecho de petición, solicitud de conciliación ante la Inspección de Trabajo, y tutela cuyo amparo le fue denegado bajo el argumento que tenía la vía judicial ordinaria para hacer valer sus pretendidos derechos, todo lo cual fue fallido; que en las mismas circunstancias fueron despedidas otras compañeras de trabajo; que para la data de la presentación de la demanda no se le ha cancelado ninguna de las acreencias laborales relacionadas como pedimentos, ni reconocido la pensión por 18 años, 5 meses y 17 días de labores, lo que genera las sanciones moratorias también suplicadas.

Respuesta del ICBF

La entidad se opuso a las pretensiones y se pronunció frente a cada uno de los hechos. Propuso como excepciones la "inepta demanda por falta de legitimación en la causa" y la "innominada".

Aseguró que un tiempo la demandante si estuvo vinculada al ICBF, pero que luego fue empleada directa del Hogar infantil el Paraíso y/o de las entidades que pasaron a administrarlo y que la contrataron laboralmente para que les prestara sus servicios.

Que el ICBF no tenía el manejo directo de los trabajadores que contrataba el hogar infantil y que su función se limitaba a supervisar el objeto contractual de administración de esa unidad applicativa y los lineamientos técnicos-administrativos del programa, ello con estribo en el art. 12 y 64 del Decreto 2388 de 1979, en

concordancia con el artículo 62 de la Ley 7 del mismo año.

Bajo esos argumentos la defensa judicial del ICBF, concluyó que no existía la denominada solidaridad que pregonaba la parte demandante.

Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, en sentencia del 19 de agosto de 2005, absolvió a los demandados de todas las pretensiones y condenó costas a la demandante.

Sentencia de Segunda Instancia

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto – Sala Laboral, mediante sentencia del 20 de septiembre de 2006, reformó la decisión del juez de primera instancia, para efecto de declarar que entre la demandante y la Fundación Precursores en Acción, existió un contrato de trabajo y la condenó.

Así mismo, se absolvió al ICBF de todos los cargos y pretensiones formuladas en el libelo demandatorio.

El Tribunal añadió que el ICBF era un establecimiento público del orden nacional, señalando que no reunían los presupuestos legales para que la actora que desempeñó el cargo de jardinera de un hogar infantil fuera trabajadora oficial, habida cuenta que ese oficio no tiene nada que ver el de la construcción y sostenimiento de una obra pública, lo que conduce a catalogarla como una empleada pública vinculada mediante una relación legal y reglamentaria; que por la misma razón, no puede existir sustitución patronal para con la Fundación Precursores en Acción, en la medida que esta figura del derecho laboral supone la concurrencia de un contrato de trabajo con el primero de los empleadores, lo cual no se cumple en el sub lite; que tampoco puede haber solidaridad entre las dos entidades demandadas, por estar tal declaración supeditada a la existencia de la mencionada sustitución pensional, que como se dijo en esta oportunidad no se configuró.

Aseguró que el nexo contractual laboral en la realidad se desarrolló con la Fundación convocada al proceso, que durante dos años administró el Hogar Infantil el Paraíso de Consacá.

Sentencia de la Corte Suprema

1. Tras una breve explicación de los requisitos del recurso extraordinario de casación, la Corporación señaló las deficiencias técnicas del recurso, así como las falencias en la proposición jurídica.
2. Se observó por la Corte que el recurrente entremezcló vías directa e indirecta de violación de la Ley.

3. En relación con el régimen jurídico de los hogares infantiles para la atención integral al preescolar, puntualizó lo siguiente: "[...] la aplicación del artículo 34 del C. S. del T. a un ente público como el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, los elementos para que se constituya la figura jurídica de la sustitución patronal, el cometido del artículo 65 del C. S. del T., y las *'interpretaciones normativas'* que se le atribuyen tanto al Tribunal como al Juez de conocimiento, son **cuestiones de puro derecho**; mientras que lo referente a que los juzgadores de instancia desconocieron las *'pruebas'* que tiene que ver con el nombramiento y posesión de la demandante ante el ICBF, al cumplimiento de actividades de la trabajadora durante el período demandado *'en las mismas instalaciones, con los mismos elementos, con las mismas funciones'*, y al despido de ésta sin mediar justa causa por parte de la Fundación Precursores en acción, y de otro lado lo atinente a la correcta apreciación de distintos medios de convicción como los testimonios recibidos, el contrato celebrado entre las entidades demandadas para la administración del hogar infantil El Paraíso, y las probanzas que estén relacionadas con la conducta de las accionadas para abstenerse del pago de salarios y prestaciones sociales, son **aspectos exclusivamente del orden fáctico**. Lo expuesto, contribuye a que no sea posible dilucidar el verdadero sendero de violación que el recurrente le quiere atribuir al fallo censurado".
4. Señaló que así se analizara el recurso por la vía directa, tampoco la Sala podría abordar el estudio del fondo de la acusación, porque el recurrente no se ocupó de explicar en qué consistió la violación de la ley sustancial o el supuesto error jurídico en que incurrió el Tribunal.
5. La Corte tampoco vio la prosperidad por la vía indirecta, pues el censor no detalló cuál fue el desatino o el error de hecho en que incurrió el ad quem, así mismo la censura no cumplió con la carga de controvertir la totalidad de las conclusiones esenciales contenidas en la sentencia de segunda instancia, se ataca indistintamente las consideraciones o decisiones de primera y segunda instancia y, por último, la sustentación del recurso de casación, se traduce en un alegato de instancia.

Fuente Formal

Arts. 34, 65, 87, literal a) numeral 5º, 90 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Arts. 34, 65, 467 y 476 del C. S. T.

Numeral 1º del artículo 51 del Decreto 2651 de 1991.

Art. 162 de la Ley 446 de 1998.

Fuente Jurisprudencial

Sentencia del 17 de febrero de 2004, rad. 20850.

Sentencia del 19 de mayo de 2004, rad. 22040.

Sentencia del 18 de 1969.

Identificación de la providencia

Sentencia del 9 de febrero de 2017. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección “A” del Consejo de Estado, C. P. Rafael Francisco Suárez Vargas. Exp. No. 05001233300020160249301. Acción de Tutela.

Antecedentes

Las señoras Adriana María Tirado Osorio, Jonny Astrid Ardila González, Mónica María Montoya Tabares, Cecilia del Socorro Torres Pérez, Ilba Losada Garrido y Silvia Luz Torres Pérez, manifiestan que se desempeñaban como madres comunitarias y que durante los meses de febrero a octubre del 2016 cumplieron dicha labor mediante contrato laboral suscrito con la Fundación Ser Humano; lapso durante el cual se retrasó con los pagos de salarios y cotizaciones a la seguridad social.

Sostienen que el empleador les debe las sumas correspondientes a los salarios del mes de septiembre y octubre y la liquidación por el contrato finalizado; ante los reclamos efectuados, les han respondido que deben esperar a que el ICBF realice el pago de lo contratado.

Respuesta del ICBF

Manifestó que las madres comunitarias no tienen vínculo contractual alguno con el ICBF, por lo que el responsable de los pagos es el operador del programa. Aclaró que a la entidad solo le corresponde ejercer la supervisión del cumplimiento del contrato con apoyo de un equipo interdisciplinario a cargo de los coordinadores zonales.

Finalmente, sostiene que la acción de tutela se torna improcedente para reclamar acreencias laborales.


Sentencia de Primera Instancia

El Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Primera de Oralidad amparó los derechos fundamentales de las accionantes; en consecuencia, le ordenó a la Fundación Ser Humano que en el término de 48 horas, contadas a partir de la notificación de la sentencia, pagar a las señoras Adriana María Tirado Osorio, Jonny Astrid Ardila González, Mónica María Montoya Tabares, Cecilia del Socorro Torres Pérez, Ilba Losada Garrido y Silvia Luz Torres Pérez los salarios, prestaciones sociales y cotizaciones al sistema de seguridad social, correspondientes a los meses de septiembre y octubre del 2016, que se les adeuda por concepto del contrato laboral suscrito con el accionado.

Aunado a lo anterior, le ordenó al ICBF, que en caso de que la Fundación Ser Humano

www.icbf.gov.co

 ICBFColombia

 @ICBFColombia

 @icbfcolombiaoficial



no realice el pago de las acreencias laborales adeudadas, pagar el salario y las prestaciones reconocidas dentro del término de los cinco (5) días siguientes.

Encontró acreditada la vulneración al mínimo vital de las accionantes, como quiera que devengan un salario mínimo; no han recibido salario en los últimos dos meses; y tampoco se les han realizado las cotizaciones al sistema de seguridad social. A ello se suma que las madres comunitarias pertenecen a sectores deprimidos de la comunidad, lo que las hace más vulnerables.

Por su parte, consideró que el ICBF es responsable de manera solidaria frente a las obligaciones laborales adquiridas por el contratista con las madres comunitarias, por cuanto el servicio contratado es una actividad propia y misional de la entidad. Además, las normas de contratación le exigen la supervisión permanente en el cumplimiento de las obligaciones del contrato.

Sentencia de Segunda Instancia

Tras citar una sentencia de la Corte Constitucional sobre el mínimo vital, el Consejo de Estado corroboró que el Tribunal Administrativo de Antioquia encontró la procedencia de la acción de tutela, razón por la cual confirmó el amparo en cuanto ordena a la Fundación Ser Humano a pagar los salarios, prestaciones y cotizaciones al sistema de seguridad social adeudados.

Con estribo en el art. 3° del Decreto 289 de 2014, el Consejo de Estado afirmó que no era cierto que el ICBF le asistiera una responsabilidad solidaria respecto al pago de salarios y demás emolumentos salariales, pues la norma es clara al establecer que no es posible predicar solidaridad patronal.

Aunado a lo anterior con base en el art. 5° ibidem, el Consejo de Estado afirmó que el ICBF si tiene el control del cumplimiento de las obligaciones laborales y seguridad social, a través de la garantía única establecida para los contratos de aportes de conformidad con el artículo 1° del Decreto 2923 de 1994, garantía que debe hacerse efectiva por parte del ICBF ante el incumplimiento de los operadores.

Y concluyó lo siguiente:

"Teniendo en cuenta lo expuesto, la Sala encuentra un actuar omisivo y de abandono por parte del ICBF frente a las madres comunitarias, pues dentro del material probatorio aportado no se advierte que este haya efectuado las exigencias propias del caso contempladas en el Decreto 289 de 2014 con el fin de que la Fundación dé cumplimiento a las obligaciones laborales y de seguridad correspondientes. Antes bien, se denota una conducta esquiva y poco diligente en el uso de las prerrogativas.

Bajo este contexto, la Sala considera procedente exhortar al ICBF para que, en uso de

sus prerrogativas, garantice y controle el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social de las madres comunitarias por parte de la Fundación Ser Humano, con el fin de hacer efectiva la garantía única de cumplimiento para garantizar el pago de las prestaciones laborales, de conformidad con lo establecido en el artículo 5.º del Decreto 289 de 2014”.

Fuente Formal

Arts. 3º y 5º del Decreto 289 de 2014.

Fuente Jurisprudencial

Sentencia T-457 de 2011. Corte Constitucional.

En virtud de lo anterior, la Oficina Asesora Jurídica recomienda al Comité de Defensa Judicial y Conciliación:

1. Acoger el presente documento como política general que orientará la defensa de los intereses de la entidad en los procesos ordinarios laborales, en los cuales se vincula al ICBF por solidaridad prevista en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo.
2. Recomendar a las Direcciones y Grupos Jurídicos Regionales del ICBF, socializar entre los abogados y apoderados el presente documento, con la finalidad de que los argumentos expuestos fundamenten la defensa judicial en los procesos ordinarios laborales, en los cuales se vincula al ICBF por solidaridad prevista en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo.
3. Recomendar que se omita la transcripción de los argumentos que contiene el presente escrito en las fichas de análisis de conciliación pre judicial y judicial; limitándose a reseñar los hechos, en aplicación de los principios de eficacia, economía y celeridad²⁶, así como de la Directiva Presidencial No. 4 de 2012 (cero papel).
4. Reiterar a las Direcciones y Grupos Jurídicos Regionales del ICBF, la importancia y pertinente de ejercer el llamamiento en garantía, conforme las instrucciones impartidas por la Oficina Asesora Jurídica.²⁷
5. Reiterar la obligación de verificar que los apoderados del ICBF actualicen y registren en el Sistema de Información Litigiosa del Estado-eKOGUI, las actuaciones surtidas dentro del proceso, en especial las admisiones y sentencias, actuaciones que implican gestiones con los Grupos Financieros para contabilizar los procesos y provisionar las decisiones adversas.

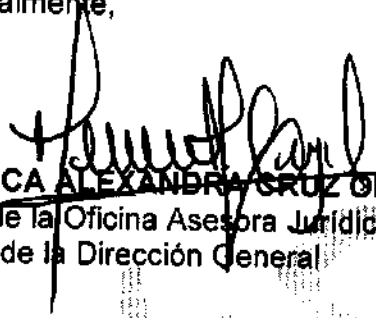
²⁶ Art. 3 CPACA

²⁷ Memorandos S-2013-034181-NAC de fecha 19 de junio de 2013, 2013201320000001395 de fecha 31 de octubre de 2013 y 201474300006360 de fecha 31 de marzo de 2014

6. Requerir a las Regionales Quindío y Valle para que remitan informe en el que indiquen el resultado del proceso sancionatorio adelantado en contra de los operadores Girasoles y Coobisocial, con la finalidad de analizar la estrategia de defensa, así como los mecanismos alternativos de solución de conflicto.

Finalmente, por su valía, con el presente lineamiento se socializará el documento titulado "La escritura como herramienta de defensa", elaborado por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, con el fin de que los apoderados de la Entidad mejoren los documentos jurídicos ante los estrados judiciales, identifiquen los principales problemas de la escritura jurídica y establezcan buenas prácticas en la calidad de los textos que se producen en el marco de la defensa jurídica del Estado.

Cordialmente,



MONICA ALEXANDRA CRUZ OMANA
Jefe de la Oficina Asesora Jurídica (E)
Sede de la Dirección General

Proyectó: Carlos Javier Muñoz y Leandro Alberto López Rozo/ Asesores – Contratistas OAJ

