

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE RISARALDA

SALA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE Dr. FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

Aprobado en Sala en sesión de hoy
Pereira, veintinueve de abril de dos mil nueve

Referencia:

Exp. Rad. 66001-33-31-002-2007-00107-02 (F-0115-2009)

Acción de Grupo

Actor: Contribuir Empresarial C.T.A. y otras

Demandado: Nación – Ministerio de la Protección Social y otros

Apelación de Sentencia.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y las demandadas Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje contra la sentencia del 19 de diciembre de 2008, proferida por el Juez Segundo Administrativo de Pereira, que declaró administrativamente responsables a las últimas nombradas por el presunto daño antijurídico sufrido por las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado por el pago de aportes parafiscales.

I. ANTECEDENTES

Las cooperativas de trabajo asociado, “Gestionando”, “Contribuir Empresarial”,

Servicios Técnicos Sertec Ltda., “Managro”, “Trabajadores asociados independientes”, “Multiplicadora de servicios Multriser”, “cooptextil”, “Gestióncoop”, “ Ofercoop”, “ Profesionales de la salud Medicoop”, Cootraviterbo”, “ Agrocorte”, “Serviya”, Cootravir Ltda.”, “Procaña”, “ Matecaña”, “ Coomnes empresarial”, “Familia Coo”, “Servienpaque” y “Emprendedores”, presentaron acción de grupo en contra del Servicio Nacional de Aprendizaje “SENA” ,del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar “ICBF” y del Ministerio de la Protección Social, para que se les declarara administrativamente responsable por el daño material consistente en el detrimento patrimonial que ocasionaron a las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado que cancelaron contribuciones especiales al ICBF y al SENA entre el 1 de enero de 2005 y el 12 de octubre de 2006, por falla en el servicio de la función pública en que incurrió y el daño antijurídico causado, con fundamento en los siguientes:

1. HECHOS

A folios 248 y s.s. Cd 1-1 se consignaron los siguientes hechos que pueden resumirse de la siguiente manera:

1. Mediante decreto 2879 del 7 de septiembre de 2004, el gobierno nacional dispuso que las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado quedarían obligadas a pagar los aportes parafiscales al SENA, ICBF y cajas de compensación familiar. Esta norma fue derogada por el decreto 2996 del 16 de septiembre de 2004 que en su artículo 1 instauró la obligación para las cooperativas y precooperativas de establecer en sus estatutos la obligatoriedad de los aportes al sistema de seguridad social, salud, pensión, riesgos profesionales y contribuciones especiales al SENA, ICBF, y Cajas de compensación familiar, sin sujeción a la legislación laboral ordinaria.

2. El mencionado decreto 2996, por disposición del decreto 3555 del 16 de septiembre de 2004, empezó a regir el 1 de enero de 2005 en relación con las cooperativas y precooperativas que se inscribieron para este propósito ante la superintendencia de económica solidaria, expresando su voluntad de modificar

sus estatutos, reglamentos o regímenes para efecto de los aportes al sistema de seguridad integral y las contribuciones especiales al SENA, ICBF y Cajas de compensación familiar, siempre y cuando dicha inscripción se hiciera efectiva durante el mes de noviembre de ese año.

3. El decreto 2996 de 2004 fue demandado en acción de nulidad, en la cual el Consejo de Estado profirió sentencia el 12 de octubre de 2006, que declaró la nulidad de las expresiones “y contribuciones especiales al SENA, ICBF y cajas de compensación” contenidas en el artículo 1, por cuanto las cooperativas de trabajo asociado no tienen el carácter de empleadores, ni los asociados, de trabajadores asalariados.

4. Durante el tiempo que estuvo vigente el decreto 2996 de 2004, las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado debieron pagar tales contribuciones especiales al SENA y al ICBF, con lo cual se produjo un enriquecimiento injusto en cabeza de dichas entidades, surgido de la declaratoria de ilegalidad.

5. El grupo de personas jurídicas lesionadas por la acción antijurídica del Estado se conforma con las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado legalmente existentes, quienes aportaron un 2 % para el SENA y un 3% para el ICBF de las compensaciones.

6. La declaratoria de ilegalidad o antijuridicidad, con que se afectó la decisión del gobierno nacional de ordenar a las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado contribuciones especiales a favor del SENA y del ICBF, quienes recaudaron los aportes respectivos, las hace responsables administrativamente, junto con el Ministerio de la Protección Social.

2. PRETENSIONES

Visibles a folio 270 Cd 1-1, se encuentran:

“1. Que se declare administrativamente responsable a la nación

colombiana – Ministerio de la Protección social, al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, por le daño material consistente en el detrimento patrimonial que ocasionó a las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado que cancelaron contribuciones especiales al ICBF y SENA entre el 1 de enero de 2005 y el 12 de octubre de 2006, por falla en el servicio de la función pública en que incurrió y/o el daño antijurídico causado.

- 2. Que como consecuencia de lo anterior, se ordene a la nación – Ministerio de la Protección Social, al SENA e ICBF reintegrar los valores recibidos de las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado que se vieron obligadas a pagar contribuciones especiales a estos organismos, entre el 1 de enero de 2005 y el 12 de octubre de 2006, a título de daño emergente.*
- 3. Que estas entidades deben cancelar intereses comerciales sobre el dinero recaudado, con fundamento en la declaratoria de nulidad de esas contribuciones especiales, por el valor que mes a mes recibieron, así como intereses moratorios por cada día que transcurra hasta la devolución del dinero, desde el 12 de octubre de 2006, fecha en que cesó la causa vulnerante.*
- 4. Que se condene en costas a las demandadas.*
- 5. Que se reconozca a favor de los apoderados la liquidación de los honorarios previstos en el numeral 6 del artículo 65 de la laye 472 de 1998.*
- 6. Que se cumpla la sentencia conforme a lo ordenado por los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.”*

3. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN

Celebrada la audiencia de que trata el artículo 61 de la ley 472 de 1998, ésta resultó fallida por cuanto no hubo interés de las partes (fl 503 y ss).

II. SENTENCIA APELADA

El Juez Segundo Administrativo de Pereira mediante proveído calendado 19 de diciembre de 2008, accedió a las súplicas de la demanda en lo atañido al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y al Servicio Nacional de Aprendizaje; no así respecto del Ministerio de la Protección Social entidad frente a la cual declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

Dejó sentado en esa providencia que conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, los efectos de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos era “ex tunc”, esto es, retroactivos, lo que significa que al desaparecer el acto administrativo del tráfico jurídico, las cosas vuelven a su estado anterior como si dicho acto nunca hubiese existido, por lo que consideró que resultaba claro que la declaratoria de nulidad del acto administrativo que ordenaba a las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado hacer aportes al SENA y al ICBF, conllevaba la devolución de lo pagado indebidamente pues la anulación del artículo primero del Decreto 2996 de 2004, derivó a su juicio en que se produjo un pago de lo no debido y, entonces, quienes cumplieron con la obligación establecida en la norma tenían derecho a la devolución de lo pagado.

También explicó que según su entender con la declaratoria de nulidad del artículo 1 Decreto 2996 recobró vigencia el Decreto 2879 y, entonces, el pago de aportes parafiscales por parte de las cooperativas de trabajo asociado es obligatorio si se dan las hipótesis allí contempladas, indicando que su devolución sería improcedente además, por cuanto tuvo como fundamento norma distinta de la declarada nula, pero que con todo, ni el SENA ni el ICBF

dieron cuenta durante el curso del proceso que los aportes hubieren sido efectuados por razones diferentes a los de los artículos 1 del Decreto 2996 de 2004.

Respecto del monto de la indemnización reclamada expuso que ésta se reducía a la devolución de lo pagado tanto al SENA como al ICBF, lo que liquidó basado en la relación de pagos remitida por la primera de las mencionadas, teniendo en cuenta que el I.C.B.F. guardó silencio frente a la información solicitada por el juzgado para calcular el monto de la indemnización a favor del grupo, por lo que tomó en cuenta para el cálculo lo dispuesto en el artículo 12 de la ley 21 de 1982 que establece el aporte del 2% de la nómina para el SENA y el artículo 1 de la ley 89 de 1988 que establece el aporte del 3% de la nómina para el ICBF. Con base en lo anterior sumó los aportes reportados por el SENA y que corresponden al 2 por ciento de la nómina y calculó con base a ello el tres por ciento que debía pagarse al ICBF.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Dentro del término de ejecutoria de la sentencia proferida el día 19 de diciembre de 2008 por el Juez Segundo Administrativo de Pereira dentro del proceso de la referencia, la parte actora, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y el Servicio Nacional de Aprendizaje interpusieron sendos recursos de apelación en contra de esa sentencia, sustentados en la forma que a continuación se indica:

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

Mediante escrito que ocupa los folios 647 y siguientes del cuaderno 1-3 expuso como razones de inconformidad las siguientes:

Sostiene que las Cooperativas de Trabajo Asociado que hayan vinculado trabajadores ordinarios cuya relación es laboral, están obligados al pago de aportes parafiscales en los términos de las leyes 27 de 1974, 7 de 1979 y 89 e

1988, obligación que dice es adicional de la exigible a partir de la entrada en vigencia del Decreto 2996 de 2004, por cuanto según lo reglado en dicha disposición se requiere el cumplimiento de la enunciada clase de pagos en virtud del principio de solidaridad y sobre las compensaciones ordinarias y extraordinarias percibidas por los trabajadores que gozan de la calidad de asociados.

Explica de otro lado que el Decreto 2996 de 2004 gozó desde su expedición y publicación de plena vigencia y aplicación, de conformidad con la regla de presunción de legalidad de los actos administrativos, es decir, se consideran ajustados a derecho y por consiguiente producen efectos jurídicos.

Considera el impugnante que los efectos causados en vigencia del decreto 2996 de 2004 son irreversibles, así como también lo son los pagos que se hicieron por los obligados con dicha norma por lo que plantea que la sentencia de instancia es contraria a las disposiciones legales a la jurisprudencia emanada de las altas Cortes, ya que por regla general los efectos de la declaratoria de nulidad son futuros y sobre situaciones no consolidadas.

Dice que cuando la jurisprudencia y la doctrina excluyen de los efectos de la sentencia de nulidad las situaciones consolidadas durante la vigencia de la norma objeto de nulidad, se está salvaguardando la seguridad jurídica, porque han querido que las situaciones particulares no queden indefinidamente sometidas a la controversia jurídica y para ello se han establecido plazos dentro de los cuales se puede solicitar la revisión de las actuaciones administrativas, para que éstas, en caso de encontrarse violatorias de normas superiores sean excluidas del ámbito jurídico y que esa protección de las situaciones particulares busca que el administrado y la administración tengan certeza sobre el Estado de una relación y la garantía de que no será modificada en el futuro, pues lo contrario sería dar lugar a la configuración del caos jurídico.

La parte demandante

Mediante escrito que ocupa los folios 661 a 669 del cuaderno 1-3, expone las razones de su inconformidad con el fallo de la siguiente manera:

Explica que es imposible que recobre vigencia el derogado Decreto 2879 de 2004 por la sola declaratoria de nulidad de la expresión “*y contribuciones especiales al SENA, ICBF y Cajas de Compensación*” contenida en el artículo 1 del Decreto 2996 de 2004, debido a que la derogatoria del Decreto 2879 de 2004 fue expresamente ordenada por el artículo 2 del Decreto 2996 de 2004, el cual no fue afectado por la declaratoria de nulidad de la identificada expresión, por lo que estima no tiene asidero lo estimado por el a-quo sobre este particular debido a que el citado Decreto 2879 no tiene ninguna relación con el tema en análisis, además de cómo dijo encontrarse derogado.

Acerca de lo considerado en el proveído respecto al Ministerio de la Protección Social, dijo que la sentencia había guardado silencio en la parte considerativa sobre el soporte jurídico que le sirvió de base para declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, pues considera que nada se dijo en cuanto a la responsabilidad administrativa que le atañe a esa entidad como titular de la función pública, toda vez que a su parecer los argumentos presentados por el juez de instancia sobre este punto desconocen la existencia del Decreto 2996 de 2004 suscrito por el Presidente de la República y el Ministro de la Protección Social y de la carga impositiva por este asignada, así como la existencia de la sentencia de nulidad que extrajo esas disposiciones del ordenamiento jurídico.

Sostiene que la imputabilidad del daño no es sólo material sino que también es jurídica, surgida de la declaratoria de ilegalidad del acto administrativo que en caso concreto atentaba contra el ordenamiento superior, lo cual equivale a afirmar una falla en el ejercicio de la función pública al que asevera debe concurrir a indemnizar el Ministerio porque tanto éste como el Presidente de la República tiene asignadas funciones en relación con las organizaciones cooperativas solidarias tanto constitucionales como legales, y con la expedición del acto ilegal se causó un daño generador de una imputación jurídica que obliga a la indemnización de perjuicios a favor de las cooperativas y

precooperativas de trabajo asociado.

En lo que tiene que ver con el monto de la indemnización fijado por el juez de instancia, sostuvo que el fallo no reconoció el monto total pagado y probado por las entidades cooperativas relacionadas en la demanda, en vista de que no todas las entidades efectuaban directamente sus pagos ya que la mayoría de ellas lo hacía ante Cajas de Compensación Familiar y porque en la relación remitida por el SENA también figuraban fondos de empleados y entidades que no participan de la naturaleza de las organizaciones de trabajo asociado.

Servicio Nacional de Aprendizaje

Mediante escrito que ocupa los folios 670 y siguientes del cuaderno 1-3, el apoderado del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA interpuso y sustentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por el Juez Segundo Administrativo de Pereira el día 19 de diciembre de 2008, arguyendo idénticas razones a las esbozadas por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar respecto a los efectos frente al presente litigio de la declaratoria de nulidad de la expresión “*y contribuciones especiales al SENA, ICBF y Cajas de Compensación*” contenida en el artículo 1 del Decreto 2996 de 2004, exponiendo además que las Cooperativas de Trabajo Asociado nunca han estado exentas del pago de aportes parafiscales y la liquidación de los mismos antes de la expedición y entrada en vigencia del Decreto 2996 de 2004 se daba únicamente sobre los trabajadores vinculados por contrato laboral.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

A la convocatoria dada mediante auto calendado 26 de febrero de 2009, concurrieron las partes así:

La demandante lo hizo a través de escrito que ocupa los folios 692 y siguientes del cuaderno 1-3, presentando como argumentos de apoyo a los ya expuestos los siguientes:

Explicó que la responsabilidad del Estado tiene origen constitucional y procede siempre que se compruebe acción u omisión de autoridades públicas que, para el caso en comento se materializa con la expedición ilegal del Decreto 2996 de 2004, donde se excedía las facultades presidenciales de reglamentar la ley. En relación con el Ministro de la Protección Social, dijo que además de suscribir el Decreto parcialmente anulado, y por cuyo solo hecho de suscripción se hace responsable del mismo y sus consecuencias jurídicas, excedió el ejercicio de sus funciones de control concurrente sobre las Precooperativas y Cooperativas de Trabajo Asociado.

Dijo que probada la falla en el servicio de la función pública, es procedente declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por el daño antijurídico causado a las Precooperativas y Cooperativas de Trabajo Asociado y ordenar la indemnización de los perjuicios causados.

Aclaró que el grupo de entidades cooperativas de trabajo asociado beneficiario con la indemnización es aquel que, debidamente descrito en el documento de la demanda, por sus trabajadores asociados, pagara parafiscales por causa o con ocasión del Decreto 2996 de 2004, entre el 1 de enero de 2005 y el 12 de octubre de 2006.

La **Procuradora Judicial en Asuntos Administrativos No. 38** acudió a través del concepto No. 016 obrante a folios 698 y siguientes del cuaderno 1-3 exponiendo que el grupo no reúne las condiciones de uniformidad necesarias para la procedencia de la acción respecto a la causa generadora del daño, al considerar que si bien el Decreto 2996 de 2004, cobijó de manera general a las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado para el pago de parafiscales, se aprecia en los pagos realizados por cada una de ellas (fl.3ss Cd.1), que los valores consignados son diferentes por cada cooperativa, razón por la cual entendió que ante el supuesto daño antijurídico reclamado en la presente acción, el mismo se originaba en una causa diferente para cada una de la cooperativas encargadas de realizar los aportes, el cual dependía del número de afiliados sobre los cuales se debía efectuar el mismo.

Por otra parte expuso que en la sentencia que declara la nulidad del Decreto 2996 de 2004, se realiza un análisis de la legalidad de la norma y declara que la misma viola el principio de legalidad al establecer contribuciones especiales al SENA, ICBF y cajas de compensación familiar, sin que se observe que la providencia ordene la devolución de los aportes cancelados por las entidades accionadas, por lo que considera que la acción de grupo no es el mecanismo judicial para modificar lo efectos de una sentencia de nulidad, especialmente aquellas que retiran del ordenamiento jurídico actos administrativos que ordenan una contribución, como en este caso el pago de parafiscales por parte de las cooperativas de trabajo asociado.

Estimó entonces esa agencia fiscal que si cada una de las cooperativas demandantes consideraron que los aportes parafiscales cancelados en vigencia del Decreto 2996 de 2004 ocasionaron un daño antijurídico, debieron solicitar su devolución a las entidades receptoras de dichos aportes (SENA – ICBF), de acuerdo al monto de los aportes realizados por cada cooperativa, y en caso de ser negada la devolución de los mismos, acudir en el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para acusar los actos administrativos donde se negó la devolución de los aportes.

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Juez Segundo Administrativo de Pereira, mediante la cual se concedieron las súplicas de la demanda por considerar que le asiste al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y al Servicio Nacional de Aprendizaje la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados a las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado con ocasión del pago de aportes parafiscales a esas entidades en vigencia del Decreto 2996 de 2004.

En primer lugar, se observa que la Sala es competente para decidir el recurso de apelación, de conformidad con lo estipulado en el artículo 51 de la ley 472

de 1998.

Agotado el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, una vez revisados los presupuestos procesales de la acción y del procedimiento y al Tribunal comprender que no se da causal alguna que venga a dejar sin valor la actuación que hasta aquí se ha surtido, procederá a decidir el fondo de asunto litigado objeto de apelación.

1. **Problema Jurídico:** El presente debate jurídico se circunscribe a establecer si con la declaratoria de nulidad de las expresiones “*y contribuciones especiales al SENA, ICBF y Cajas de Compensación*” contenida en el artículo 1 del Decreto 2996 de 2004 expedido por el Gobierno Nacional, surgió la obligación por parte de las entidades allí mencionadas de indemnizar a las Cooperativas y Precoperativas de Trabajo Asociado por el pago de tales contribuciones durante el tiempo de vigencia de la norma.

2. Procedencia de la Acción de Grupo.

A efectos de adentrarse la Sala en el estudio del problema jurídico planteado se hace necesario como primera medida determinar si la acción de grupo se torna procedente para ventilar la controversia que se presenta.

La Procuradora Judicial en Asuntos Administrativos No. 38 planteó en concepto rendido el día 16 de abril de 2009 mediante escrito que ocupa los folios 698 y siguientes del cuaderno 1-3 que la presente acción no era procedente, exponiendo que en el presente caso no se cumplía con la uniformidad de la afectación a los demandantes porque para cada cooperativa existía un hecho configurador diferente del supuesto daño, además de indicar que a su parecer la acción de grupo no es el mecanismo idóneo para crear efectos jurídicos de las sentencias que declaran la nulidad de actos administrativos, explicando que no puede un juez de inferior jerarquía a través de la acción de grupo, crear condiciones de restablecimiento de derechos a negocios que como el de nulidad simple no le es posible determinar.

Al respecto se tiene que el inciso segundo del artículo 88 de la Constitución Política de Colombia estatuyó la acción de grupo como aquella originada en los daños ocasionados a un número plural de personas, **sin perjuicio** de las correspondientes acciones particulares.

Por su parte, el artículo 3 de la Ley 472 de 1998 “Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones”, definió la acción de grupo en los siguientes términos:

“ART. 3ª- **Acciones de grupo.** Son aquellas acciones interpuestas por un número plural o conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas- *(Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de todos los elementos que configuran la responsabilidad)*.

“La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios.”(aparte entre paréntesis declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-569 de 2004)

Ahora bien, respecto de la procedencia de la acción de grupo, la Ley 472 de 1998 dispone:

“Artículo 46. Procedencia de las acciones de grupo. Las acciones de grupo son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas. Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de los elementos que configuran la responsabilidad.

“La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de la indemnización de los perjuicios.

“El grupo estará integrado al menos por veinte (20) personas.”

A su vez, el artículo 48 *ibídem* preceptúa:

“Artículo 48. Titulares de las acciones. Podrán presentar acciones de grupo las personas naturales o jurídicas **que hubieren sufrido un perjuicio** individual conforme lo establece el artículo 47...” (Resalta la Sala)

La acción de grupo es entonces una acción principal mediante la cual únicamente es posible perseguir la indemnización de perjuicios ocasionados a un número plural de personas que no puede ser inferior a 20 y que deben reunir condiciones uniformes respecto del daño que les ha sido irrogado y con fundamento en el cual reclaman; deberá además ser interpuesta dentro de los dos años siguientes a la fecha en que se causó el daño (art. 47 L. 472/98) y por conducto de abogado (art. 49 L. 472/98). Dentro de la demanda deberá indicarse con claridad la identidad del demandado y de los perjudicados; si lo último no es posible deberán consignarse los criterios objetivos para su identificación.

Ha sido pacífica la jurisprudencia en estipular que la acción de grupo se caracteriza por ser una acción principal, indemnizatoria y representativa. Lo primero en atención a que la viabilidad de su interposición no depende del ejercicio ni de la procedencia de otra acción, pues ésta, claramente lo enseña el artículo 3 de la Ley 472 de 1998 tantas veces citada, es posible de ser interpuesta sin perjuicio de las acciones ordinarias a que haya lugar, en atención a que como ya se ha señalado ésta sólo tiene como finalidad obtener la indemnización de perjuicios ocasionados de manera uniforme a un grupo importante de personas; finalmente se dice que es una acción representativa en atención a que quien instaure la demanda no sólo lo hace en su propio nombre, sino además en el de todo aquel que se encuentre cobijado por las condiciones del grupo, ello en desarrollo del principio de solidaridad contenido en la Carta de 1991.

Acerca de las características y requisitos de procedibilidad de la acción de grupo el Consejo de Estado ha dicho¹:

¹ Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera. Consejero ponente Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 22 de febrero de 2007. radicado 25000-23-25-000-2002-01535-01, Acción de Grupo. Actor: Miguel Ángel Gaitán Meneses y otros. Demandado: Boigotá D.C., D.A.M.A. y otros.

“La Acción de Grupo, consagrada en el inciso segundo del artículo 88 de la Constitución Política, constituye una vía adicional para el ejercicio efectivo del control judicial de la actividad de la Administración Pública y, por tanto, su objeto lejos de resultar extraño al que la Constitución y la ley han señalado de manera general a la Jurisdicción Contencioso Administrativa², encuadra dentro del mismo. Por tal razón resulta elemental que a esta Jurisdicción especializada se atribuya el conocimiento de aquellas acciones de grupo que tengan origen en la actividad de las entidades públicas y de los particulares que desempeñen funciones administrativas³

“Del diseño normativo y jurisprudencial de la Acción de Grupo se destacan, entre otras, las siguientes características:

“Es una acción principal, tal como desprende del propio texto constitucional⁴ y ha sido resaltado por la jurisprudencia, al señalar que es rasgo “fundamental de las acciones de clase o de grupo su procedencia independiente de la existencia de otra acción, es decir que presenta un carácter principal y su ejercicio no impide instaurar las correspondientes acciones.”⁵

“Es una acción indemnizatoria, pues su finalidad es la de obtener el reconocimiento y pago de la indemnización⁶ -in natura o por equivalente pecuniario- de los perjuicios causados, en cuanto a esta jurisdicción se refiere, por la actividad de entidades públicas y de particulares que desempeñen funciones administrativas.

“A diferencia de la Acción Popular, cuya finalidad es la protección de derechos e intereses colectivos, la Acción de Grupo no está vinculada exclusivamente a la violación de tales derechos. En efecto, aunque en algunos de los proyectos presentados a consideración del Congreso para reglamentarla⁷ se vinculaba el perjuicio a la vulneración de un derecho colectivo, esta restricción no quedó establecida en el texto de la Ley 472 de 1998. Sin embargo, en su artículo 55 se hace referencia a acciones u omisiones “derivadas de la vulneración de derechos

² C.C.A. art. 82.

³ Ley 472 de 1998, artículo 50.

⁴ En efecto, el inciso segundo del artículo 88 superior señala que la ley regulará “las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, **sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.**”

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-1.062 DE 2000.

⁶ Ley 472 de 1.998, artículos 3 y 46. Sobre el particular la Corte Constitucional ha sostenido: “Es preciso resaltar que, tal como está definida la acción de clase o de grupo en la Ley 472 de 1998 (“La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de la indemnización de perjuicios”), se constituye en un procedimiento declarativo de responsabilidad, en el cual debe garantizarse el derecho de defensa del presunto responsable y de los actores, así como el de igualdad, a través de las etapas procesales y actuaciones atinentes al traslado, excepciones, período probatorio, alegatos, doble instancia, con el objetivo de satisfacer los fines esenciales del Estado Social de Derecho que defienden la efectividad de los derechos de las personas en aras de un orden jurídico, económico y social justo. Un procedimiento así establecido apunta a garantizar el resarcimiento de aquellos perjuicios bajo el entendido de que a igual supuesto de hecho, igual debe ser la consecuencia jurídica.” (Sentencia C-1.062 DE 2000).

⁷ V. gr. Proyecto de ley No. 084 de 1995 presentado por la Defensoría del Pueblo (Gaceta del Congreso No. 227 de 1995). La vinculación de la Acción de Grupo a la vulneración de derechos colectivos, permaneció en la ponencia para primer debate a los proyectos de ley Nos 05 y 24 de 1995, acumulados al 84 de 1995 (Cámara) (Gaceta del Congreso No. 493 de 1995), pero se suprimió a partir de la ponencia para segundo debate al proyecto de ley No. 10 de 1996 (Senado), 005 de 1995 (Cámara). (Gaceta del Congreso No. 167 de 1997).

o intereses colectivos”, lo que dio lugar a interpretaciones que pretendían revivir tal vínculo. La Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada de dicha norma “en el entendido de que con su interpretación y aplicación no se excluyan los demás derechos subjetivos de origen constitucional o legal, cualquiera que sea su naturaleza, como derechos igualmente amparables por las acciones de clase o de grupo”⁸.

“La Acción de Grupo no es una acción pública, por el contrario, se trata de un contencioso subjetivo del que solo son titulares las personas que han sufrido perjuicios⁹ provenientes de “una misma causa”¹⁰.

“Por tratarse de una acción representativa,¹¹ la demanda puede ser interpuesta por un solo sujeto,¹² quien deberá actuar en nombre de, por lo menos, veinte personas, que han de individualizarse en la misma demanda o identificarse con antelación a la admisión de la misma, a partir de los criterios que señale el actor. Las personas que hacen parte del grupo a cuyo nombre actúa el demandante pueden solicitar su exclusión del grupo¹³ y, a su vez, los afectados con la causa que dio origen a la demanda, pero que no fueron inicialmente integrados al grupo, podrán solicitar que se les incluya.¹⁴

“La causa del perjuicio puede ser tanto un hecho, una omisión, una operación, como un acto administrativo, pues si bien la ley que regula la Acción de Grupo en sus normas procesales se refiere indistintamente a “hechos”, “omisiones”, “actividades”, “acciones”, se debe destacar que las normas sustantivas definen y dan entidad a dicha acción bajo dos parámetros: i) número plural o conjunto integrado al menos por veinte personas, y ii) condiciones uniformes respecto de una misma causa que les originó perjuicios individuales.

“En consecuencia, puesto que no se establecen distinciones, ni restricciones respecto de la causa petendi -como sí se hace para las acciones de reparación directa¹⁵ y de nulidad y restablecimiento del derecho-¹⁶ no resulta jurídicamente

⁸ Sentencia C-1062 de 2000.

⁹ El Defensor del pueblo y los personeros municipales y distritales pueden interponer la acción de grupo pero no en ejercicio de legitimación propia, sino en nombre de cualquier interesado-legitimado (ley 472 de 1998 Art. 48 inciso 2°).

¹⁰ Ley 472 de 1998 artículos 3 y 46, con la anotación de que mediante sentencia C-569 de 2004, se declaró inexecutable la expresión “Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de todos los elementos que configuran la responsabilidad” contenida en dichos artículos, apartes normativos de los que se derivaba el requisito de procedibilidad relacionado con la preexistencia del grupo.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 11 de septiembre de 2.003, Radicación número: 25000-23-25-000-2000-00019-01(AG), Actor: ASOCIACIÓN DE COPROPIETARIOS AURORA II, Demandado: DISTRITO CAPITAL Y OTROS.

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 20 de junio de 2.002, Radicación número: 17001-23-31-000-2002-0079-01(AG-038), Actor: BISNED DEL SOCORRO BEDOYA Y OTROS, Demandado: MUNICIPIO DE VILLAMARÍA – CALDAS. En el mismo sentido puede consultarse la providencia de 1° de junio de 2.000, exp. AG-001.

¹³ Ley 472 de 1998 artículo 56.

¹⁴ Ley 472 de 1998 artículo 55.

¹⁵ “La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño **cuando la causa sea** un hecho, una omisión una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble...” (C.C.A. Art. 86).

¹⁶ “Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del **acto administrativo** y se le restablezca en su derecho” (C.C.A. Art. 85).

admisible excluir de las acciones de grupo los actos administrativos.¹⁷

“La Acción de Grupo puede dar lugar a un proceso de naturaleza mixta cuya primera etapa se adelanta en sede judicial y culmina con la sentencia la cual, en caso de ser estimatoria, da lugar a la segunda etapa que se adelanta en sede administrativa a partir de la entrega del monto de la indemnización al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos,¹⁸ con el propósito de que a su cargo se paguen tanto las indemnizaciones individuales de quienes formaron parte del proceso en calidad de integrantes del grupo,¹⁹ como las indemnizaciones que, posterior pero oportunamente, soliciten los interesados que no intervinieron en el proceso pero reúnen los requisitos exigidos en la sentencia²⁰.

“En fin, la Acción de Grupo, al igual que la Acción Popular, se rige por los principios constitucionales y especialmente por los de prevalencia del derecho sustancial, publicidad, economía, celeridad, eficacia e impulso oficioso.²¹”

Para el caso concreto se tiene que la fuente la obligación que alega la parte demandante existe por parte de las entidades demandadas a indemnizar es la declaratoria de nulidad por parte la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado del segmento del Decreto 2996 de 2004 por medio del cual el Gobierno Nacional impuso a las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado la obligación de efectuar contribuciones especiales al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, al Servicio Nacional de Aprendizaje y a las Cajas de Compensación Familiar, siendo entonces el término de vigencia durante el cual ese acto gozó de presunción de legalidad el hecho generador del daño reclamado.

Considera la Corporación que a través de la acción de grupo es posible estudiar el asunto planteado, pues su naturaleza no es la de ser una acción pública sino resarcitoria, y en ese orden de ideas es posible reclamar derechos subjetivos de los miembros del grupo.

Adicionalmente, cabe precisar que ningún obstáculo encuentra este juez colegiado en determinar que el hecho generador del daño sea un acto

¹⁷ Así lo ha aceptado esta Corporación, Cfr. Sentencia del 17 de mayo de 2001, Sección Tercera, Radicación número: 85001-23-31-000-2000-0013-01(AG-010), Actor: LUIS GERMAN CAMARGO HERNANDEZ Y OTROS, Demandado: EMPRESA DE ENERGIA DE BOYACA.

¹⁸ Creado por la ley 472 de 1998 artículo 70.

¹⁹ Ley 472 de 1998, artículo 65 numeral 3° lit. a.

²⁰ Ley 472 de 1998, artículo 65 numeral 3° lit.b.

²¹ Ley 472 de 1998 artículo 5°.

administrativo ilegal declarado nulo, en vista de que, tal y como se plantea en el caso bajo estudio, éste puede llegar a originar un daño antijurídico que debe ser indemnizado.

Si bien es cierto existen otras acciones ordinarias a través de las cuales las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado pueden reclamar la indemnización que por esta cuerda se solicita, no lo es menos que entre aquellas y la presente acción de grupo no existe conflicto o tensión, pues como arriba se explicó la procedencia de una no depende del ejercicio de la otra, y en consecuencia la acción ordinaria no constituye una vía exclusiva para el ejercicio del derecho reclamado en la presente acción.

Así lo sostuvo esta Corporación el día 23 de noviembre de 2006, en sentencia proferida dentro de la acción de grupo radicada 66001-23-31-003-2005-01099-01 (D-0018-2006), con ponencia del magistrado Carlos Arturo Jaramillo Ramírez donde se sostuvo:

“En efecto, ante la nulidad del acuerdo municipal número 51 de agosto 3 de 2.001, expedido por el Concejo municipal de Pereira, “Por medio del cual se crea el impuesto de teléfonos”, la reclamación de los dineros que hubieren sido pagados en vigencia y por concepto del impuesto anulado, independientemente de la procedencia de su devolución, bien puede formularse ya sea a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A., previo agotamiento de la vía gubernativa, pudiendo llegar a ser esta última solicitud suficiente para la devolución de lo pedido, o bien a través de acciones resarcitorias directas, como lo son la ordinaria de reparación directa consagrada en el artículo 86 ibídem y la especial de grupo contemplada en el inciso segundo del artículo 88 de la Carta Política, en concordancia con el 89 ibídem y desarrollada en la Ley 472 de agosto 5 de 1.998, que facilita el acceso a la justicia en condiciones de economía procesal.

Es de señalar que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que se dice alternativamente procedente para la reclamación de las sumas pagadas por concepto de tributos posteriormente anulados, tendría como acto acusado la decisión denegatoria de la petición de devolución que el contribuyente formulara frente a la entidad, por lo que carece de asidero el cuestionamiento que en el escrito de impugnación de la sentencia formula la parte actora aduciendo que no existe acto administrativo que pueda ser objeto de esa acción de legalidad porque el mismo ya fue eliminado del panorama jurídico en virtud de la sentencia de declaratoria de nulidad del impuesto, pues es claro que no sería éste el acto materia de la acción particular sino, como se dijo, el que resuelva

desfavorablemente en forma ficta o expresa la solicitud que, con base en la nulidad general del tributo, formule el individuo afectado. Partiendo de este punto, le asiste la razón al juez de instancia al considerar que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es viable para reclamar lo indebidamente pagado por concepto de impuestos, pero no prohija el Tribunal el criterio de la exclusividad de dicha acción para tal efecto, sino su coexistencia con las acciones indemnizatorias, bien individual o de reparación directa o bien de clase o grupo.”

Sobre la procedencia de acciones de grupo en casos como el que ahora ocupa la atención de la Sala, el máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa ha planteado lo siguiente²²:

“El tribunal y el municipio manifestaron que la acción de grupo no es la acción idónea para solicitar los perjuicios reclamados en la demanda. El primero no hace referencia a cuál sería la adecuada y el segundo señala como tal la de nulidad y restablecimiento del derecho. El Consejo de Estado se ha pronunciado sobre el punto: la indemnización de perjuicios solicitada a consecuencia de la declaración de nulidad de un acto administrativo declarado nulo. Si bien los pronunciamientos se han dado respecto de la acción de reparación directa, los supuestos son perfectamente aplicables al presente caso; en auto de 15 de mayo de 2003, la Sala precisó:

“Origen del daño aducido por el actor. Algunos actos administrativos, como se dijo, se traducen en un sacrificio en la esfera de actuación personal o en el patrimonio de los particulares²³. Por lo general, los administrados resultan asumiendo una posición de sacrificio cuando la administración cumple funciones para proveerse de recursos. En efecto, si la administración necesita medios para el cumplimiento de las finalidades que el legislador y el constituyente le han impuesto y tales medios deben provenir de la comunidad, su obtención, supondrá un sacrificio: “sacrificio es realizar una prestación personal obligatoria, soportar una expropiación... y contribuir con las cargas públicas mediante el pago del impuesto”²⁴.

“En esos casos, sin duda, se genera un perjuicio que habrá de considerarse jurídico en tanto el particular está obligado a soportarlo en cumplimiento de sus deberes constitucionales (artículo 95 C.P) y en obediencia de los mandatos legales o administrativos que los desarrollen en cada evento concreto. Ese tipo de perjuicio tiene una causa de justificación expresa y concreta, consistente en un título que lo legitima²⁵, en este caso, la exacción de un tributo.

²² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera. Consejero ponente (E) Mauricio Fajardo Gómez. Radicado 66001-23-31-000-2004-00832-01 (AG). Actor: Germán Tobón Marín. Demandado: municipio de Pereira y otro.

²³ GONZALEZ PEREZ, Jesús. Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo. Editorial Civitas, Madrid 1991. Pp 202 - 203

²⁴ GONZALEZ PEREZ, Jesús. Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo. Editorial Civitas, Madrid 1991. Pp 202 - 203

²⁵ En ese sentido, ver HENAO, Juan Carlos. II Jornadas Colombo Venezolanas de Derecho Público. 1996, página 774 .

“Se advierte que, al margen de que, a lo largo del proceso, se discuta la causalidad del daño, en este momento procesal basta tener en cuenta las razones y planteamientos aducidos en la demanda para decidir si es adecuada la acción en ejercicio de la cual fue interpuesta.

“Así pues, el actor, obedeciendo la imposición de un tributo departamental contenida en la Ordenanza 044 de 1998, pagó lo que correspondía mientras tal Ordenanza estuvo vigente, soportando un perjuicio que, durante la vigencia del acto, se reputó jurídico, pero cuya antijuridicidad quedó delatada con la declaración de nulidad de dicha ordenanza en sede judicial, declaración que privó de legitimidad a los efectos ya generados e impidió que produjera otros en la medida en que la expulsó de la vida jurídica.

“El perjuicio aducido por el actor, tal como se deriva de su planteamiento, se causó con la aplicación de la Ordenanza 044 de 1998, y su antijuridicidad se derivó de su declaración de nulidad proferida por el Consejo de Estado. En consecuencia, habiendo decisión judicial sobre la ilegalidad del acto en virtud del cual el actor sufrió -según dice- el detrimento patrimonial que pretende se le repare, en otros términos, habiendo operado la institución de la cosa juzgada respecto de la ilegalidad del acto, él ha dejado de existir como objeto de cualquier acción que pretenda su nulidad, de manera que los daños causados por tal acto, “debidamente acreditados en cuanto a su ocurrencia y cuantía, habilitan al perjudicado para demandarlos por la cuerda propia de la acción de reparación directa”²⁶.

“Por eso, en una oportunidad anterior, la Sala reconoció que

“la responsabilidad extracontractual no sólo puede provenir de hechos, omisiones, operaciones administrativas materiales, ocupación permanente o temporal por trabajos públicos, también puede provenir de la declaración administrativa o judicial de la ilegalidad de los actos, revocatoria o nulidad, respectivamente; pues esas declaratorias reconocen la anomalía administrativa”²⁷.

“Inconstitucionalidad de requisitos adicionales para acceder a la justicia. De acuerdo con lo que se dijo en la parte general de estas consideraciones, si una de las finalidades de la jurisdicción contenciosa es servir como vía para discutir la responsabilidad del Estado y, de ser procedente, declararla permitiendo la reparación de los daños que le hubieren sido imputables, resulta útil tener en cuenta que “cualquier actuación por parte de la Administración que incida en el ámbito vital de un sujeto, que no sea legal, habilita inmediatamente a ese sujeto con una acción... para defender la integridad de su ámbito vital”²⁸.

“Con lo dicho, no se trata de obviar los requisitos de procedencia de las diferentes acciones diseñadas por el legislador o los referentes al agotamiento de ciertas vías previas a la jurisdicción; se trata, en cambio, de aclarar que no le

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de agosto 24 de 1998. Expediente número 13685.

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 19 de abril de 200, expediente número 19517.

²⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Op Cit. P 68.

está permitido al juez, en un Estado Social de Derecho, exigir el cumplimiento de requisitos que no consulten los preceptos constitucionales o, aún más, que vayan en franca contradicción con ellos.

“El reproche de una conducta como la mencionada (imposición de requisitos arbitrarios para acceder a la justicia), opera en mayor grado en tratándose del juez contencioso administrativo, pues su ocurrencia, en algunos casos, pondría en duda la imparcialidad del sistema judicial.

“Si bien es cierto, el hecho de que el juez sea parte del Estado supone para los particulares una garantía en el sentido de ser un tercero imparcial a la hora de solucionar un conflicto entre ellos, es precisamente la inserción del juez en el aparato estatal, lo que “plantea el problema de redefinir su imparcialidad cuando tiene que resolver un litigio en el que una de las partes es el Estado o uno de sus agentes: la independencia del juez tiene que referirse entonces también al Estado”²⁹

“Es el caso del juez contencioso administrativo, cuyo desempeño debe observar celosamente el principio según el cual debe administrar justicia otorgando trato igual a las partes. La imparcialidad del juez contencioso es un presupuesto necesario para que la sociedad confíe en él como encargado de definir la responsabilidad de las entidades estatales y la vigencia de los derechos de los asociados³⁰ como administrador del, ya mencionado, mecanismo de cierre del sistema de protección y garantía. La importancia del juez contencioso es un asunto que compromete a la institución judicial con la vigencia del Estado Social de Derecho³¹, más ahora, cuando ha sido admitido que la contencioso administrativa es una “justicia de tutela de derechos”.

“Resulta inconstitucional, entonces, que el juez de lo contencioso, con base en una concepción errada del privilegio de la autotutela administrativa, desconociendo el principio constitucional de la imparcialidad, imponga cargas desproporcionadas y al margen de la ley a los particulares, como condición para el ejercicio de su derecho a acceder a la jurisdicción.

“La autotutela no consiste en imponer a los ciudadanos la carga de iniciar procesos administrativos cada vez que una actuación u omisión de una entidad pública le genere un perjuicio que considere antijurídico; ello supondría efectos no queridos por el Derecho derivados de una interpretación restrictiva del derecho a acceder a la administración de justicia, como que no habría sino una vía judicial para dar aplicación al artículo 90 de la Constitución, en tanto quedarían vacías de contenido las disposiciones legales que prevén acciones de responsabilidad diferentes a la de restablecimiento del derecho.

“De acuerdo con lo dicho, entonces, no es sostenible el argumento según el cual la acción de restablecimiento del derecho es la procedente en este caso, previas las gestiones del interesado para generar un acto administrativo que pueda ser

²⁹ GUARNIERI, Carlo y PEDERZOLI. Op Cit. P 130.

³⁰ En sentido similar, ver Sentencia C-037/96, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

³¹ En tanto la paz social sea considerada esencial para alcanzar un orden social justo, característica esencial de éste tipo de Estado

objeto de ella.

“Conclusión. Para la Sala es claro, entonces, que se trata de un caso en que la interesada solicita la indemnización del perjuicio antijurídico que le causó el pago de un impuesto que devino ilegal.

“La causa del daño, tal como lo plantea la demandante, es el acto administrativo declarado ilegal, sacado de la vida jurídica por el juez contencioso administrativo, no susceptible de ser demandado otra vez.

“Sin duda, los perjuicios aducidos por el actor, podrán ser reparados en caso de que se encuentren acreditados debidamente. Obviamente, el haber desvirtuado la presunción de legalidad del acto del que el demandante dice se derivaron tales efectos, no obliga al reconocimiento de lo pedido por él, pues para ello debe haber certeza sobre todos los elementos de la responsabilidad.

“En conclusión: la acción de reparación directa es procedente para obtener la indemnización de perjuicios causados por un acto administrativo ilegal cuando tal ilegalidad ha sido declarada judicialmente, pues tal declaración deja a la vista una falla en el ejercicio de la función pública. Por ello, la demanda no podía ser rechazada”³².

“(…)

“Las anteriores consideraciones son aplicables a la procedencia de la acción de grupo cuando se demanda la reparación del daño causado por un acto administrativo declarado nulo. En efecto, el inciso segundo de los artículos tercero y 46 de la ley 472 de 1998 señalan que ésta “se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de una indemnización de los perjuicios”. En efecto se demanda por el daño antijurídico causado por un acto declarado ilegal, lo que sin duda puede llegar a configurar una falla del servicio por parte de la administración. Por lo tanto, no es de recibo, respecto de este punto, la improcedencia de la acción considerada en la sentencia apelada.”(subrayado fuera del texto)

Considera la Sala entonces que lo que se pretende en el presente asunto es obtener la indemnización de un daño generado por un acto administrativo violatorio del ordenamiento jurídico, lo que a la luz de las disposiciones y de la jurisprudencia transcrita, consulta no sólo la reglamentación existente sobre la materia, sino los principios constitucionales que rigen la acción y el Estado Social de Derecho, siendo entonces obligación de este Juez Colegiado estudiar de fondo el asunto litigado.

³² Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 15 de mayo de 2003, expediente:23.205, Actor: Sociedad Cigarrería Playa Ltda.

Respecto a las condiciones uniformes del grupo, se tiene que éstas están constituidas por todas aquellas Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado que cancelaron aportes parafiscales al SENA y al ICBF en virtud de lo dispuesto por el artículo 1 del Decreto 2996 de 2004 en la cuantía en la forma señalada para los empleadores por las leyes 27 de 1974 y 89 de 1988, siendo ésta la causa originaria del daño y cumpliendo de esta manera con el requisito estatuido por la ley para su procedencia, pues como se dejó sentado en la sentencia de constitucionalidad C-569 de 2004, las condiciones uniformes del grupo deben configurarse respecto de la causa originaria del daño, para el caso concreto, se reitera, el pago de aportes parafiscales al SENA y al ICBF por parte de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado en virtud de lo dispuesto por el artículo 1 del Decreto 2996 de 2004 mientras esa norma estuvo vigente, por lo que se concluye que se encuentran configurados los presupuestos de procedibilidad de la presente acción.

Conforme con lo discurrido sobre este tema, el análisis que debe darse en el presente asunto se circunscribe exclusivamente a lo que tiene que ver con las contribuciones hechas con ocasión de lo dispuesto por el Decreto 2996 del 2004, sin que sea posible bajo el amparo de esta acción y dentro del presente asunto entrar a analizar o determinar cuestión alguna referente a contribuciones hechas bajo el imperio de otra norma, cualquiera esta sea, pues ello desbordaría los límites que la propia parte demandante impuso al momento de incoar la acción, razón por la cual la colegiatura se aviene a lo manifestado sobre este punto por la apoderada de los demandantes respecto al pronunciamiento hecho por el juez de instancia acerca de la vigencia del Decreto 2789 de 2004, al considerarlo impertinente para auscultar el asunto litigado, pues ninguna coherencia, se reitera, guarda con el asunto debatido toda vez que la indemnización que en el presente proceso se reclama tiene su fuente en el parcialmente anulado Decreto 2996, y se repite, solo los pagos hechos en virtud de lo allí dispuesto son los que se constituyen en centro del presente estudio.

Igual situación se predica de lo consignado en sus recursos por las entidades accionadas – SENA e ICBF, al argumentar que existen pagos parafiscales que

tienen una fuente diferente al tantas veces citado Decreto 2996 de 2004 y que deben ser verificados por las Cooperativas de Trabajo Asociado cuando se verifiquen los presupuestos de ley, pues ello ninguna relevancia tiene en el presente asunto, toda vez que claramente se está establecido que solo hacen parte del grupo aquellas cooperativas o precooperativas de trabajo asociado que hallan cancelado aportes parafiscales al SENA y al ICBF en virtud de lo dispuesto por el Decreto 2996 de 2004 y durante el término de su vigencia, esto es, del 1 de enero de 2005 y hasta el 12 de octubre de 2006.

3. Efectos de la nulidad de la expresión “y contribuciones especiales al SENA, ICBF y Cajas de Compensación” contenida en el artículo 1 del Decreto 2996 de 2004 expedido por el Gobierno Nacional.

La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia del 12 de octubre de 2006, resolvió declarar la nulidad de la expresión “y contribuciones especiales al SENA, ICBF y Cajas de Compensación” contenida en el artículo 1 del Decreto 2996 de 2004 expedido por el Gobierno Nacional habida cuenta de las reflexiones que a continuación se citan:

“Sostiene la accionante que la citada disposición es violatoria del principio de legalidad de los tributos que consagra el artículo 338 de la Constitución Política, en cuanto impone una contribución parafiscal a unos sujetos que no fueron señalados por el legislador como obligados al pago de tales contribuciones.

“(…)

“La Corte Constitucional, al decidir sobre la exequibilidad del mencionado artículo 59 [Ley 79 de 1988], se refirió a la naturaleza jurídica de tales cooperativas [de trabajo asociado] y concluyó que éstas se diferencian de las demás, en que los asociados son simultáneamente los dueños de la entidad y los trabajadores de la misma, es decir, que existe identidad entre asociado y trabajador, por lo no es posible que sean empleadores por una parte, y trabajadores por la otra, como en las relaciones de trabajo subordinado o dependiente, advirtiendo que es precisamente ésta es la razón para que a los socios-trabajadores de tales cooperativas no se les apliquen las normas del Código Sustantivo del Trabajo.

“Lo anterior, porque las cooperativas de trabajo asociado nacen de la voluntad

libre y autónoma de un grupo de personas que decide unirse para trabajar mancomunadamente, bajo sus propias reglas contenidas en los respectivos estatutos o reglamentos internos. Dado que los socios son los mismos trabajadores éstos pueden pactar las reglas que han de gobernar las relaciones laborales, al margen del Código que regula esa materia³³.

“(…)

“De acuerdo con lo previsto en la Ley 21 de 1982, por la cual se modifica el régimen de subsidio familiar, están obligados a efectuar aportes para el Servicio Nacional de Aprendizaje Sena (SENA), la Nación, por intermedio de los Ministerios, Departamentos Administrativos y Superintendencias; los Departamentos, Intendencias, Comisarías, el Distrito Especial de Bogotá y los Municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta de los órdenes nacional, departamental, intendencial, distrital y municipal; y los empleadores que ocupen uno o más trabajadores permanentes. (art.7)

“Según la misma ley, los empleadores pagarán una suma equivalente al seis por ciento (6%) del monto de sus respectivas nóminas (art.9); y se entiende por empleador toda persona natural o jurídica que tenga trabajadores a su servicio y se encuentre dentro de la enumeración hecha en el artículo 7° de la misma ley (art. 14).

“Por su parte la Ley 27 de 1974 establece que todos los patronos y entidades públicas y privadas, destinarán una suma equivalente al 2% de su nómina mensual de salarios para que el Instituto de Bienestar Familiar, atienda a la creación y sostenimiento de centros de atención integral para menores de 7 años hijos de empleados públicos y de trabajadores oficiales y privados (art. 2); porcentaje que se calculará sobre lo pagado por concepto de salario, conforme lo describe el Código Sustantivo de Trabajo en su artículo 127, a todos los trabajadores del empleador en el respectivo mes sea que el pago se efectúe en dinero o en especie.(art. 3).

“La Ley 89 de 1988, incrementó, a partir del 1° de enero de 1989, los aportes para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- ordenados por las Leyes 27 de 1974 y 7ª de 1979, fijándolos en el tres por ciento (3%) del valor de nómina mensual de salarios. (art. 1).

“Se infiere de las anteriores disposiciones que la obligación de efectuar los aportes al SENA y al ICBF surge en virtud del vínculo laboral existente entre empleador y trabajador y que el salario es la base sobre la cual debe calcularse el respectivo aporte.

“Teniendo en cuenta que, tal como quedo expuesto, por la naturaleza misma de las Cooperativas de trabajo asociado, los asociados no tienen el carácter de trabajadores asalariados, ni la cooperativa actúa como patrón o empleador de los mismos, y que la retribución que reciben los asociados por su trabajo no es

³³ Sentencia C-211 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz

salario sino una compensación, que se fija teniendo en cuenta la función que cumple el asociado, su especialidad, rendimiento, cantidad y calidad del trabajo aportado, está claro que no se cumplen los presupuestos previstos en la ley, para que surja la obligación impuesta en el artículo 1 del Decreto 2996 de 2004, objeto de la demanda, referida los aportes al SENA y al ICBF, pues no se puede pretender que el régimen de compensación de los socios de estas cooperativas sea igual al de los trabajadores asalariados, dado que ello equivaldría a desconocer la naturaleza jurídica de tales organizaciones.

“Así las cosas, y habida consideración que los aportes al SENA y al ICBF son contribuciones parafiscales obligatorias, impuestas con base en la facultad impositiva del Estado; que se encuentran sometidas al principio de legalidad; y tienen una naturaleza excepcional, por cuanto no afectan genéricamente a todas las personas con igual capacidad de pago, sino que la ley obliga sólo a un grupo de personas a efectuar los aportes, debe concluirse que el decreto acusado es violatorio del principio de legalidad de los tributos, en virtud del cual, está reservada al legislador ordinario la facultad impositiva. Por ello habrá de declararse la nulidad del artículo acusado.”(negrilla fuera del texto)

De lo considerado por el Consejo de Estado en el proveído que acaba de ser transcrito se tiene que esa Corporación entendió que los efectos de la disposición declarada nula no eran otros que hacer extensiva la obligación de pagar aportes parafiscales al SENA y al ICBF contenida en las leyes 21 de 1982 y 27 de 1974, a las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado, violentando así el principio de legalidad de los tributos, pues bien es sabido que tal actuación sólo puede ser desplegada por el Congreso de la República.

Teniendo claro lo anterior, corresponde ahora determinar si tal declaración efectivamente genera para los beneficiarios de los pagos verificados en vigencia de esa disposición la obligación de indemnizar a las cooperativas y precooperativas que en obediencia por la norma, pagaron los aportes.

El juez de instancia sobre ese punto determinó que los efectos de esa declaratoria de nulidad eran retroactivos, y que por tanto, los pagos efectuados con ocasión de lo allí preceptuado habían perdido el amparo legal del que otrora gozaban, por lo que tales aportes se constituían en un pago de lo no debido susceptible de ser indemnizado.

Por su parte, las entidades demandadas recurrentes señalaron que los pagos que las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado efectuaron en

virtud de la disposición anulada constituían situaciones jurídicas consolidadas que no podían ser afectadas por los efectos ex tunc de la sentencia de nulidad y en tal virtud, no había lugar al pago de la indemnización deprecada.

Sea lo primero precisar, que tal como lo consignó el juez de instancia en el proveído apelado, los efectos de la declaratoria de nulidad de un acto administrativo se retrotraen al momento mismo en que éste nació a la vida jurídica viciado de nulidad, cobijando por tanto aquellas actuaciones de la administración sustentadas en el acto extraído del tráfico jurídico.

Tal regla encuentra su excepción en las situaciones jurídicas ya consolidadas al momento en que fue anulado el acto administrativo, entendidas por tales aquellas que al momento de producirse tal declaración ya fueron debatidas y decididas por la jurisdicción e hicieron tránsito a cosa juzgada.

Analizado el caso concreto se tiene que encaja dentro de la regla general, es decir, el caso sub judice se encuentra cobijado bajo los efectos ex tunc de la sentencia del 12 de octubre de 2006 atrás citada mediante la cual se declaró la nulidad de la expresión “*y contribuciones especiales al SENA, ICBF y Cajas de Compensación*” contenida en el artículo 1 del Decreto 2996 de 2004, razón por la cual los pagos que hubieren efectuado las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado al ICBF y SENA en virtud de tal disposición carecen de sustento normativo y originan un daño antijurídico que debe ser indemnizado.

Acerca del tema el Consejo de Estado estipuló³⁴:

“La Sala concluye que los efectos del fallo de nulidad inciden en las situaciones que se encuentran sub-judice tal como ocurre con los actos administrativos demandados, pues es bien sabido que la declaratoria de nulidad produce efectos ex-tunc es decir que se retrotraen al momento en que nació el acto administrativo viciado de nulidad, excluyendo, en aras de la seguridad jurídica, las situaciones cumplidas que aun no se hayan consolidado, entendiéndose como tales aquellas que al momento de ser dictada la sentencia de nulidad se encuentran en discusión ante las autoridades administrativas o están demandadas ante la jurisdicción

³⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta. Consejera Ponente Ligia López Díaz, Referencia 2500023270002000115601, radicado 13336. Actor: Clínica Nuestra Señora de la Paz. Sentencia del 13 de marzo de 2003.

contenciosa y sobre las cuales no ha operado el fenómeno jurídico de la cosa juzgada.

“En el presente caso, a la fecha en que se produjo el fallo de nulidad del inciso segundo del artículo 60 del [Decreto 807 de 1993](#), se encontraba en trámite la primera instancia de este proceso, en consecuencia se debe resolver teniendo en cuenta lo decidido en dicha acción pública en virtud de los efectos erga omnes de esta clase de sentencias, como lo señala el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo”

La Sala de Consulta y Servicio Civil de la misma Corporación, al estudiar el tema del pago de impuestos con base en un acto administrativo declarado nulo dejó sentado lo siguiente:

***“3. Efectos de la sentencia de nulidad.** Es claro que una vez desvirtuada la presunción de legalidad de un acto administrativo - en el presente caso de uno del orden territorial - por desconocer las condiciones de ejercicio de las potestades tributarias a las que debía sujetarse, la declaratoria de nulidad trae consigo la pérdida de validez y de vigencia del acto administrativo, y con ello, de su fuerza ejecutoria, pues conforme al artículo 66 del Código Contencioso Administrativo todo acto administrativo es obligatorio mientras no sea suspendido o anulado por la jurisdicción especializada. En consecuencia, los artículos anulados del Acuerdo 32 ya no forman parte del ordenamiento jurídico, y no son fuente de la obligación tributaria sustancial del impuesto a la telefonía, pues éste perdió su causa y legitimidad para su cobro, al igual que las cargas o deberes secundarios de percepción, recaudo y traslado de los recursos derivados de la existencia del tributo. Debe afirmarse entonces, que después de la ejecutoria de la sentencia, no procede liquidación, cobro o recaudo alguno del impuesto inexistente y los recursos que con posterioridad a ella se hayan percibido, deben ser devueltos de oficio a los contribuyentes.*

“De otra parte, es bueno recordar que el examen de legalidad o de constitucionalidad del acto administrativo se realiza respecto del cumplimiento de las exigencias que debían cumplirse al tiempo de su expedición, de manera que, como lo ha reiterado la jurisprudencia de esta Corporación, los efectos de la sentencia de nulidad se producen desde el momento en que ésta se ejecutorió, sin que ello afecte las situaciones consolidadas o los derechos reconocidos bajo el amparo de la disposición anulada. Así lo ha sostenido esta Sala:

“Si bien el juzgamiento de la legalidad del acto administrativo general se realiza respecto de la observancia o no de las normas legales a las cuales debía sujetarse su expedición, esta situación jurídica debe distinguirse de la intangibilidad de los actos individuales producidos durante su vigencia, pues en aras de la seguridad jurídica de las relaciones del Estado con sus administrados, la decisión no debe afectar la existencia, fuerza ejecutoria y validez de dichos actos administrativos de carácter particular. En efecto, es

bueno recordar que están de por medio situaciones jurídicas consolidadas o derechos adquiridos que han de ser garantizados, máxime cuando esos actos continúan amparados por la presunción de legalidad.”³⁵

“Por su parte la Sección Cuarta de esta Corporación, ha reiterado su posición³⁶ coincidente, tanto sobre los efectos de la sentencia de nulidad como sobre la intangibilidad de las situaciones jurídicas consolidadas y no consolidadas, en providencia de junio 16 de 2005, en la que afirma:

“ ... ha sido reiterada la jurisprudencia de ésta Corporación al precisar que éstos son “ex tunc”, es decir, que producen efectos desde el momento en que se profirió el acto anulado.

*“Igualmente se ha indicado que la sentencia de nulidad que recaiga sobre un acto de carácter general, **afecta las situaciones particulares que no se encuentren consolidadas, esto es, que al momento de producirse el fallo se debatían o eran susceptibles de debatirse ante las autoridades administrativas o ante la jurisdicción contencioso administrativa.**”³⁷ (Negrillas de la Sala).*

“Frente a la anterior formulación, es importante revisar si en el caso concreto bajo estudio, puede afirmarse la existencia de situaciones consolidadas con respecto a los dineros recaudados antes de la sentencia que declaró ilegal el impuesto.

“Para ello la Sala considera relevante definir las circunstancias y el momento en que se evidencia el pago de lo no debido en el presente caso.

³⁵ Radicación No 1551 de 2004.

³⁶ Sobre el mismo tema ver sentencia de mayo 5 de 2003 Radicación: 110010-03-27-000-2001-0243-01 **12248**.

³⁷ Radicación: 25000-23-27-000-2001-00938-01 No 14311. Allí también se lee: “De estos antecedentes se deduce que si bien cuando se realizó la inscripción del documento y se canceló el impuesto, existía la obligación tributaria y estaba revestida de la presunción de legalidad, dados los efectos ex tunc de la sentencia que declaró la nulidad de la disposición que establecía el impuesto de registro para esta clase de actos, se desvirtuó la presunción de legalidad **y el pago se convirtió en un pago de lo no debido que debe ser reintegrado siempre y cuando la situación no se haya consolidado, aspecto que analizará la Sala a continuación.** La Ley 223 de 1995, en su artículo 235, dispone que los diversos aspectos que constituyen la administración del tributo a cargo de los departamentos, en los que se incluye el procedimiento de devolución y sus términos, se rigen por las disposiciones del Estatuto Tributario Nacional. De acuerdo con los artículos 850 y 854 ibídem **los contribuyentes tienen un plazo de dos años contados a partir de la declaración del tributo para solicitar la devolución del pago en exceso o pago de lo no debido. Por consiguiente mientras dicho término no esté vencido la situación no está consolidada y procede la solicitud de su reintegro.** Este término fue puesto en claro en la sentencia de marzo 19 de 1999, Radicación: 9203, en la cual se anuló el inciso 6º del artículo 15 del Decreto 650 de 1996.” (Resalta la Sala).

“Al respecto, pueden distinguirse dos situaciones:

“Una primera, de la cual ya se habló, correspondiente a los impuestos liquidados y pagados con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia, caracterizada por carencia total de fundamento jurídico para la exacción fiscal, ante la cual procede la devolución oficiosa a favor del contribuyente. Es obvio entonces, que dichos recursos no pueden transferirse validamente a los entes beneficiarios del impuesto ilegal, como es el caso del Cuerpo de Bomberos.

“Una segunda, caracterizada por la aparente firmeza de la determinación de la obligación tributaria y el agotamiento de los términos para controvertir los actos de liquidación y para solicitar la devolución de lo indebidamente pagado con anterioridad a la ejecutoria de la sentencia de nulidad.

“Respecto de esta segunda situación, estima la Sala necesario profundizar en el análisis de los efectos jurídicos de la declaratoria de nulidad del acto general consagratorio de la exacción, especialmente en relación con los actos particulares que ordinariamente se califican con el atributo de la intangibilidad, por haber cobrado firmeza en virtud del vencimiento de los términos para discutir las por vía administrativa o jurisdiccional.

“Como se sabe, cuando se habla de la intangibilidad de situaciones consolidadas se hace referencia fundamentalmente al principio de seguridad jurídica, tanto para el administrado como para la propia administración, esto es, la certeza sobre el estado de una relación y la garantía de que no será modificada en el futuro. En el caso consultado, se trata de una relación tributaria, en la que el ciudadano, atendiendo su deber de contribuir a la financiación de las cargas públicas, dispuso de una parte de su patrimonio, que a la postre, y en virtud de la ilegalidad del acto impositivo, se vio afectado injustamente en su derecho de propiedad garantizado por la Constitución (arts. 58 y 95.9 de la C. P.).³⁸

³⁸ Al respecto, la Corte Constitucional mediante sentencia C-149 de 1993 al declarar la inconstitucionalidad de un tributo, consideró como enriquecimiento sin causa a favor del Estado el cobro ilegal del impuesto y ordenó directamente el reintegro de lo pagado por los contribuyentes. “Por otra parte, teniendo en cuenta que al momento de proferir este fallo la mayor parte del tributo que se ha encontrado opuesto a la Constitución ya fue recaudada, con el objeto de realizar la justicia querida por el Constituyente volviendo las cosas al estado anterior al quebranto de los preceptos superiores y en busca de la prevalencia del derecho sustancial (artículo 228 C.N.), **se ordenará al Ministerio de Hacienda y Crédito Público la inmediata devolución de las sumas pagadas por los contribuyentes.**

Este reintegro resulta apenas natural pues, de no ser así, siendo contrarios a la Carta los preceptos que autorizaban la colocación de los bonos, **se tendría un enriquecimiento sin causa para el Estado y un perjuicio injustificado para los contribuyentes, quienes no están obligados a transferir recursos al erario sino en los casos y por los motivos que disponga la ley.** Desaparecida ésta, pierde fundamento el pago y, por ende, si se hubiere efectuado, debe ser restituído para realizar el principio de justicia y hacer operante y vigente el orden justo al que aspira la Constitución. Además, la aludida consecuencia se apoya en el principio de la buena fe”. (Resalta la Sala).

“En este contexto, la Sala observa una tensión entre el principio de seguridad jurídica, representado aquí por la denominada intangibilidad de la situación consolidada, y la protección de los derechos y las garantías constitucionales del ciudadano contribuyente que no ha tenido oportunidad de controvertir el pago del impuesto, lo cual vulnera los derechos fundamentales de defensa y el debido proceso, pues solamente con ocasión de la declaratoria de nulidad puede establecerse que pagó un impuesto ilegítimo, y que tuvo que soportar un perjuicio o una carga indebida de financiación del gasto público (Art. 29 de la C. P.).

“Es claro que la certeza de haber incurrido en el pago de lo no debido surge con la declaratoria de nulidad del impuesto, de modo que solamente a partir de este momento la pretensión de devolución se torna exigible, pues con anterioridad, tanto su pago como el cobro por la administración, se amparaban en la presunción de legalidad. En estricto sentido, no puede considerarse entonces que la situación jurídica esté consolidada, pues, como se observa, para que ésto ocurra no se requiere solamente el transcurso del tiempo, sino que durante ese tiempo el particular hubiera tenido la oportunidad de exigir jurídicamente su derecho.

“Sobre la configuración de la exigibilidad, la Sección Segunda de esta Corporación se ha expresado en providencia de 10 de febrero de 2005, en los siguientes términos:

*“De la misma forma no resulta razonable aplicar la prescripción (...) a tales peticiones **porque esta figura es una sanción al titular del derecho por no ejercerlo dentro de los plazos que la ley le otorga, lo que supone, en primer lugar, la evidencia de la exigibilidad** y, en segundo lugar, una inactividad injustificada del titular del derecho en lograr su cumplimiento y ninguno de estos factores se da en el presente caso.*

“No puede predicarse la prescripción extintiva del derecho demandado cuando la misma disposición legal impedía su exigibilidad” (Resalta la Sala).³⁹

“Por tanto, en el caso bajo examen, se desconocerían los mencionados derechos y garantías constitucionales si no se tiene en cuenta que solamente con la sentencia de nulidad, el contribuyente se encuentra en condición de exigir la devolución del pago de lo no debido y, en consecuencia, el término para solicitar la devolución debe contarse a partir de la ejecutoria del fallo que quebró la presunción de legalidad, para lo cual debe seguirse el procedimiento contemplado en el Estatuto Tributario (Arts.850 y s.s). En caso de serle negada su petición, podrá acudir en acción de nulidad y restablecimiento del derecho o, en acción de reparación directa.

³⁹ Expediente No. 05001233100020000366501 (1443-04) En el mismo sentido, ver sentencia de diciembre 3 de 2002, Expediente No S-764, de la Sala Plena del Consejo de Estado.

“Sobre esta última posibilidad procesal, ha sostenido la Sección Tercera de esta Corporación:

“En el caso bajo estudio, el problema jurídico planteado consiste en determinar si procede la acción de reparación directa cuando un particular aduce haber sufrido un perjuicio derivado del pago de un determinado tributo impuesto por una norma cuya ilegalidad fue declarada por el Consejo de Estado. (...)

“Así pues, el actor, obedeciendo la imposición de un tributo departamental contenida en la Ordenanza 044 de 1998, pagó lo que correspondía mientras tal Ordenanza estuvo vigente, soportando un perjuicio que, durante la vigencia del acto, se reputó jurídico, pero cuya antijuridicidad quedó delatada con la declaración de nulidad de dicha ordenanza en sede judicial, declaración que privó de legitimidad a los efectos ya generados e impidió que produjera otros en la medida en que la expulsó de la vida jurídica.

“El perjuicio aducido por el actor, tal como se deriva de su planteamiento, se causó con la aplicación de la Ordenanza 044 de 1998, y su antijuridicidad se derivó de su declaración de nulidad proferida por el Consejo de Estado. En consecuencia, habiendo decisión judicial sobre la ilegalidad del acto en virtud del cual el actor sufrió –según dice - el detrimento patrimonial que pretende se le repare, en otros términos, habiendo operado la institución de la cosa juzgada respecto de la ilegalidad del acto, él ha dejado de existir como objeto de cualquier acción que pretenda su nulidad, de manera que los daños causados por tal acto, “debidamente acreditados en cuanto a su ocurrencia y cuantía, habilitan al perjudicado para demandarlos por la cuerda propia de la acción de reparación directa”.⁴⁰

“De lo anterior se concluye que la situación consolidada sólo puede predicarse cuando existiendo un plazo legal para controvertir el acto o para solicitar la devolución del pago de lo no debido, habiendo estado el contribuyente en posibilidad de exigirlo, no lo hizo dentro del término legal para ello.”(subrayado fuera del texto)

Acorde con lo hasta ahora discurrecido, con la declaratoria de nulidad del aparte ya señalado del artículo 1 del Decreto 2996 de 2004 se ha evidenciado un daño generado a todas aquellas Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado que cancelaron en obediencia de esa norma, aportes parafiscales al SENA e ICBF, daño que en virtud de la ilegalidad de esa disposición se torna

⁴⁰ Auto de 15 de mayo de dos mil tres (2003). Radicación número: 13001-23-31-000-2001-2072-01(23205)

antijurídico y debe ser reparado por las entidades beneficiarias de dicho pago, razón por la cual en este aspecto será confirmada la sentencia dictada por el juez de instancia.

4. Cuantificación de los perjuicios

A efectos de calcular los perjuicios el juez de instancia consignó en el proveído apelado lo siguiente:

“Pues bien, como la indemnización de perjuicios se reduce a la devolución de lo pagado tanto al SENA como al ICBF, el siguiente cuadro muestra, conforme la prueba documental allegada, los valores pagados al primero de los mencionados por concepto de aportes parafiscales. Como el ICBF guardó silencio frente a la información solicitada para el juzgado (sic), para calcular el monto de la indemnización a favor del grupo, se tomará en cuenta lo dispuesto en el artículo 12 de la ley 21 de 1982 que establece que el aporte del 2% de la nómina para el SENA y el artículo 1 de la ley 89 de 1988 que establece el aporte del 3% de la nómina para el ICBF. Con base en lo anterior sumados los aportes que se reportan en el cuadro que sigue, que representan el 2% pagado al SENA, se calculará el 3% pagado al ICBF.”

Sobre este punto la parte demandante ha manifestado en el recurso de apelación que al analizar el listado de entidades cooperativas y las sumas asignadas a cada una de ellas en el fallo se tiene que éste no reconoció el monto total pagado por las entidades cooperativas relacionadas en la demanda que se encuentra probado con los recibos de pago y la relación de las cajas de compensación familiar que recaudaban esos dineros aportados con la demanda, toda vez que no todas las entidades cooperativas efectuaban directamente sus pagos total y parcialmente en esas dependencias porque la mayoría de ellas lo hicieron a través de las Cajas de Compensación Familiar, además de señalar que en dicha relación figuran fondos de empleados y entidades que no participan de la naturaleza de las organizaciones de trabajo asociado, así como también sostiene que no existe certeza acerca de si todas

las instituciones allí relacionadas se encuentran vigentes y activas, o si han demandado por su propia cuenta.

Acerca de la cuantificación de los perjuicios el artículo 65 de la Ley 472 de 1998, preceptúa:

“ART. 65.- **Contenido de la sentencia.** La sentencia que ponga fin al proceso se sujetará a las disposiciones generales del Código de Procedimiento Civil y además, cuando acoja las pretensiones incoadas, dispondrá:

“1. El pago de una indemnización colectiva, que contenga la suma ponderada de las indemnizaciones individuales ...”

Para el caso concreto el juez de instancia realizó el consolidado de aportes de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado reportados por las seccionales del Servicio Nacional de Aprendizaje de todo el territorio nacional para determinar el monto de las indemnizaciones a que habría lugar por parte de esa institución y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, toda vez que el ICBF no remitió la información requerida pese a que esa prueba se decretó (fl. 531 cdn. 1-2) y solicitó (fls. 55 a 71 cdn. 2) por parte del juzgado de instancia.

Se hace necesario aclarar que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en el escrito mediante el cual interpone y sustenta el recurso de apelación solicita se oficie a esa entidad para que expida certificación discriminada de los valores aportados por las Cooperativas de Trabajo Asociado por concepto de parafiscales durante el periodo comprendido ente el 1 de enero de 2005 al 12 de octubre de 2006, cuando, como arriba se señaló tal prueba ya había sido decretada por el juzgado sin que durante esa instancia hubiera sido posible obtener respuesta alguna por parte de esa institución, ello aunado al hecho de que si el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar consideraba tal elemento importante para el debate jurídico debió aportarlo junto con la contestación de la demanda o cuando se le solicitó no siendo ésta la etapa procesal pertinente para hacer este tipo de solicitudes porque el artículo 361 del Código de Procedimiento Civil dispone los eventos en los cuales es procedente el decreto y práctica de pruebas en la segunda instancia, sin que ninguno de los

supuestos traídos por la norma encaje en la situación objeto de examen, pues fue la propia parte que ahora la solicita quien incumplió la orden dada por el juez de primera instancia de aportarla.

A juicio de este Tribunal la relación aportada por el SENA de los pagos de aportes parafiscales efectuados por las Cooperativas de Trabajo Asociado durante el término de vigencia del Decreto 2996 de 2004 obrantes en el expediente permite condenar tanto a esa entidad como al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a la devolución de esas sumas a los actores y los demás integrantes del grupo afectado que comprueben haber pagado por concepto de la contribución especial de que trata la citada disposición, pues aunque como ya se anotó no obra dentro del expediente pruebas de los recaudos a favor del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar lo cierto del caso es que éstos tienen su origen en la misma disposición normativa y corresponden al 3 por ciento de la nómina de la entidad, por lo que de la relación hecha por el SENA puede identificarse la suma consignada al ICBF por concepto de dichos aportes, de manera que habrá de confirmarse el fallo recurrido sobre este particular.

Es de aclarar que si el estimativo del monto de las indemnizaciones resulta inferior a las solicitudes de devolución presentadas por los demandantes y por los demás integrantes del grupo afectado, el juez de instancia podrá revisar por una sola vez la distribución del monto de la condena. Y si, por el contrario, la suma estimada excediere la cifra de las reclamaciones, la cantidad restante, después de haber efectuado el pago de la totalidad de indemnizaciones, será devuelta al Servicio Nacional de Aprendizaje o al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o a ambas, según sea el caso.

5. Falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de la Protección Social

El Juez Segundo Administrativo de Pereira decidió declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva frente al Ministerio de

la Protección Social al encontrar que ninguna obligación le asiste devolver sumas de dinero que no recaudó.

Por su parte la apoderada de la parte demandante señaló en el recurso de apelación interpuesto que si bien era cierto que el Ministerio de la Protección Social individualmente considerado no podía devolver un dinero que no recaudó, sí estaba comprobado que la nación - Ministerio de la Protección Social era el autor material y jurídico de la ilegalidad del acto administrativo que causó el daño y de contera, el detrimento patrimonial que obliga a la indemnización de perjuicios a favor de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado.

Sobre este tema baste con precisar que la acción de grupo como atrás se explicó es una acción eminentemente resarcitoria, donde no es posible entrar a hacer determinaciones ni juicios de legalidad, para el caso concreto tal juicio ya está dado, y no es pertinente entrar a hacer imputaciones sobre ese particular, en este escenario, lo que corresponde al fallador es establecer el centro de imputación jurídica y las personas llamadas a responder por los daños irrogados a los miembros del grupo, circunstancia de donde en manera alguna es posible desprender responsabilidad por parte del Ministerio, pues como bien lo dijo el juez de instancia, e incluso lo acepta el recurrente en su escrito, esa entidad no realizó recaudo alguno no captó dineros con ocasión de tales aportes, lo que lo deslegitima para responder por los daños que los mismos hayas causado.

6. Finalmente se dispondrá la corrección del numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia apelada toda vez que por error mecanográfico que consignó allí que se ordenaba la devolución de los aportes efectuados entre el “1 de enero de 1005 y el 12 de octubre de 2006”, cuando realmente el aparte de la norma declarada nula tuvo vigencia desde el 1 de enero de 2005 y hasta el 12 de octubre de 2006, razón por la cual se corregirá el proveído en ese sentido.

7. **Costas:** No habrá especial condena en costas, en esta instancia, por

cuanto del comportamiento de las partes dentro del proceso no observa actividad alguna fundada en mala fe o temeridad.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Risaralda, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

- 1. Confírmase** la sentencia proferida por el Juez Segundo Administrativo de Pereira dentro del proceso de la referencia, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia, excepción hecha del numeral 2, el cual quedará así:
- 2. Corríjese** el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia objeto de apelación, el cual quedará así:

“2.- Declarar administrativamente responsables al Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (I.C.B.F.) por el daño antijurídico sufrido por las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado con el pago de aportes parafiscales ordenados mediante el decreto 2996 de 2004, efectuados entre el 1 de enero de 2005 y el 12 de octubre de 2006”

- 3.** En firme la presente providencia, devuélvase al juzgado de origen.
- 4.** Se reconoce personería al abogado Alonso de Jesús León Morales para que represente al Servicio Nacional de Aprendizaje en los términos del poder conferido visible a folio 708 y siguientes del cuaderno 1-3.

CÒPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ARTURO JARAMILLO RAMÍREZ
PRESIDENTE

FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
MAGISTRADO

DUFAY CARVAJAL CASTAÑEDA
MAGISTRADA
(Con salvamento parcial de voto)