

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA SUB-SECCIÓN "C"

Bogotá, D.C. Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Magistrado Ponente Dr. CARLOS ALBERTO ORLANDO JAIQUEL

Referencias:

Demandante: CINDY DOREIDY NOVA CHACÓN

Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento de Derecho.

Tema: Pago de prestaciones.

Expediente No.11001 3335-011-2016-00229-03

Procede el Tribunal a desatar el recurso de apelación propuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida por escrito el quince (15) de septiembre de dos mil veinte (2020)¹ por el Juzgado Once (11) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C. – Sección Segunda, mediante la cual **accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda** en el proceso correspondiente al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, ejercido por la señora **Cindy Doreidy Nova Chacón** contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, de ahora en adelante ICBF.

PETITUM

La demandante, a través de apoderado, solicita que se declare la nulidad del acto administrativo de fecha 14 de marzo de 2016 proferido por el ICBF Regional Bogotá, a través del cual le negó el pago de prestaciones sociales, aportes a seguridad social, y demás emolumentos dejados de percibir por ella desde el 10 de noviembre de 2010 hasta el 28 febrero de 2013.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho requiere se condene al ICBF Regional Bogotá a reconocer y pagar en su favor las mismas prestaciones reconocidas al personal de planta que ejerce funciones en atención a víctimas del conflicto armado, durante el periodo en que existió la relación laboral, esto es, entre el 10 de noviembre de 2010 y el 28 de febrero de 2013, tomando como fundamento el valor pactado como honorarios en los contratos de prestación de servicios, así como el pago de los

¹ Folios 434 a 484

aportes por dicho periodo a las entidades de seguridad social en su debida proporción.

Finalmente, pide se ordene a la accionada a pagar los valores reconocidos en la condena de forma actualizada conforme al IPC certificado por el DANE y, a cumplir el fallo en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA, en concordancia con lo dispuesto en la sentencia C-188 de 1999.

SUPUESTOS FÁCTICOS

Laboró al servicio del ICBF Regional Bogotá como **Profesional de Trabajo Social**, integrando una unidad móvil que recorría diferentes localidades de Bogotá para la atención directa y especializada a la población víctima de desplazamiento forzado, a fin de contribuir a la restitución de derechos vulnerados.

Suscribió los siguientes contratos de prestación de servicios: PS-4500 de 10 de noviembre de 2010, prórroga del 19 de noviembre de 2010; PS-4664 de 2010; PS-6211 de 30 de diciembre de 2011, prórrogas del 30 de marzo y 14 de diciembre de 2012.

Las labores desarrolladas fueron bajo continua subordinación por parte del empleador, eran retribuidas por medio de un salario, cumplía horario de lunes a viernes de 8 am a 5 pm en jornada continua.

Los Coordinadores del ICBF impartieron instrucciones a la demandante a través de circulares internas, actas de inicio, informes, paz y salvo laboral, conceptos sobre gestión contractual donde se precisa la subordinación y el horario de atención a la población víctima de desplazamiento, horario que tuvo que cumplirla accionante. Sumado a que hubo subordinación y remuneración mensual por la labor realizada.

Los contratos fueron adicionados en su mayoría y por lo tanto sucesivos a través del tiempo.

El ICBF utilizó por convenio al operador Organización Internacional para las Migraciones, para delegar un mandato legal, utilizando la figura del contratista independiente para evadir su responsabilidad como empleador, y así no formar los contratos directamente, puesto que lo hizo el intermediario (la OIM).

El 2 de marzo de 2016 elevó petición al ICBF regional Bogotá para que le reconociera y pagara las prestaciones legales y extralegales, indemnizaciones y demás derechos laborales a que tiene derecho en razón al trabajo realizado como Trabajadora Social, integrante de una unidad móvil que recorría diferentes localidades de Bogotá para la atención directa y

especializada a la población víctima de desplazamiento forzado o en alto riesgo, con el propósito de contribuir a la restitución de sus derechos.

El 14 de marzo de 2016 el ICBF Regional Bogotá negó lo peticionado por la accionante. El acto administrativo no otorgó recursos.

SUPUESTOS JURÍDICOS

La parte activa estima como disposiciones violadas las siguientes:

Artículos 2, 6, 13, 25, 48, 53, 122 y 123 de la Constitución Política. Código Civil artículo 10, Ley 57 de 1987, CST, Decreto Ley 2400 de 1968, Ley 909 de 2004, Decreto Ley 770 de 2005, Decreto 2539 de 2009, Decreto 2772 de 2005, Resolución 1542 de 2007, Ley 443 de 1998, Ley 1448 de 2011, Decreto 4800 de 2011, Ley 6 de 1945, Ley 33 de 1985, Decreto Ley 1045 de 1978, Ley 115 de 1994 y Ley 60 de 1993. Así como jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado sobre la materia.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once (11) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C. – Sección Segunda, a través de la sentencia impugnada **accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda**. Luego de efectuar un recuento de las pruebas obrantes en el expediente, de la normativa y jurisprudencia aplicable al caso, estudió cada uno de los elementos necesarios para acreditar la existencia de una relación laboral, y luego descendió al caso en concreto para resolverlo. Los argumentos se sintetizan de la siguiente manera:

Dentro de objeto de los contratos se observa las funciones designadas a la actora. Los contratos fueron suscritos con la OIM, pero las actividades laborales las desempeñó en el ICBF conforme al Convenio de Cooperación suscritos entre las partes. El periodo por el cual prestó sus servicios de forma continua estuvo comprendido entre el 10 de noviembre de 2010 y el 28 de febrero de 2013, en calidad de Profesional en el Área de Participación y Cultura y luego en la de Trabajo Social. Esto demuestra que la regla general fue una sucesiva y continua vinculación desde su ingreso, lo que denota que no se trató de una relación esporádica, lo que desdibuja la temporalidad de los contratos de prestación de servicios.

En la cláusula décima de los contratos se estableció que la contratista realizaría de forma independiente, con autonomía la ejecución del contrato. Además, que se pactó que tenía plena libertad para cumplir con sus obligaciones y ejecutar los servicios por sus propios medios de acuerdo a su disponibilidad y necesidad, lo que demuestra la prestación personal del servicio por parte de la demandante.

En los contratos de prestación de servicios se pactó como una de las obligaciones el pago, lo que demuestra la existencia de una remuneración.

Luego de analizar el testimonio rendido por la señora Erika Romero Almanza y la declaración de parte de la actora, en conjunto con los documentos aportados al expediente, concluyó que la prestación de servicios por parte de la actora se dio bajo continua subordinación del ICBF. Esto, toda vez que hay pruebas de las diferentes actividades que eran impartidas por la Coordinadora de la accionante, además que en los informes de actividades realizadas en los Grupos de Protección de las Unidades Móviles del ICBF se encuentra la explicación de las labores ejecutadas de inicio a fin, es decir, *“las ordenes de los superiores (Coordinadores) en el tiempo que se encontraba cumpliendo su labor directamente a la entidad”*².

Resultaría el contrato de prestación de servicios procedente cuando se trate de labores que no se pueden cumplir con el personal de planta, o cuando se requiera de un conocimiento especializado, lo que no se presenta en este caso, porque las funciones desarrolladas por la actora no corresponden a aquellas que no pudieran asignarse a un empleado de planta, bajo la supervisión de los Jefes Coordinadores, atendiendo a que las actividades a realizar en la Unidad Móvil de la Regional Bogotá y Centros Zonales no permitía ausentismos, lo que comprueba la falta de autonomía de la demandante.

La entidad tuvo una equivocada concepción sobre la excepcionalidad del contrato de prestación de servicios al considerar que podía usarlo para ampliar su planta de personal para satisfacer necesidades que por naturaleza deben ser cubiertas por el personal de planta.

Está probado también que prestó sus servicios y ejecutó las actividades con los materiales que el ICBF le entregó y que, pese a que cumplió las funciones en otro lugar dado el objeto de los contratos, está demostrado que cuando no estaba cumpliendo la labor encomendada debía realizar actividades administrativas propias de la entidad asignadas por la Coordinadora del ICBF.

Por lo anterior se encuentran acreditados los elementos para declarar la existencia de una relación laboral.

Tiene derecho al reconocimiento de las prestaciones sociales ordinarias (incluidas la cesantías e intereses a las mismas) equivalentes a las devengadas por un empleado de planta que cumpla similares funciones a la demandante, tomando como base el valor de los contratos y en proporción al tiempo de servicios laborado. Sin que por lo anterior se pueda considerar que la demandante adquiere la condición de empleada pública, lo que además hace que no se puede declarar la existencia de una relación legal y reglamentaria de

² Folio 474

la que se pueda inferir la calidad de servidora pública y dé lugar a conferirle las prerrogativas que tal calidad arrastra.

Las prestaciones sociales como salud y pensión deben ser reconocidas toda vez que en virtud de los artículos 15 y 157 de la Ley 100 de 1993 se presume que a todo contratista le asiste el deber de cotizar a los Fondos de Pensión y EPS. Como estas prestaciones fueron pagadas solo por la accionante se debe condenar a la entidad al pago del porcentaje que le correspondía por haber entre las partes una relación laboral. El cómputo del tiempo laborado se debe tener en cuenta para efectos pensionales.

Entre las partes se suscribieron contratos de prestación de servicios del 10 de noviembre de 2010 al 28 de febrero de 2013 como Trabajadora Social, la reclamación en vía administrativa se realizó el 18 de abril de 2016 (sic)³ y accionó el aparato judicial el 14 de junio de 2016, por tal razón, los derechos prestacionales, sobre dicho periodo no se encuentra prescritos.

Se niega el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago de cesantías, porque no es viable reclamarlas cuando se encuentra en litigio la declaración del derecho a percibir las, pues el derecho a percibir las surge a partir de la declaración de la sentencia.

No hay lugar a ordenar la devolución de descuentos por concepto de retención en la fuente efectuada sobre los honorarios y el pago de pólizas, pues la entidad estaba autorizada por la ley para hacer los descuentos por retención y la constitución de pólizas como garantía con base en la forma de vinculación de la actora. Además, que dichos dineros no ingresaron propiamente a la demandada.

Se logró determinar con base en los testimonios, interrogatorio de parte y documentos allegados que la actora prestó sus servicios al ICBF, pese a que firmó contrato de prestación de servicios con la OIM.

Se precisa que entre el ICBF y la OIM se suscribió el Convenio CM-151-194 de 29 de diciembre de 2009 para desarrollar programas de atención integral orientado a atender a la población infantil desplazada y a sus familias. En el que se estipuló que ninguno de los empleados, agentes o dependientes adquieren por la celebración del convenio relación laboral con las demás partes del Convenio, extendiéndose esta exclusión a las personas que en desarrollo del mismo lleguen a contratar por cualquier causa la OIM y/o el ICBF.

Al haber ejecutado la demandante los servicios ante el ICBF, y al probarse que la subordinación se dio por parte de personal de dicha entidad, se debe tener

³ Esta fecha obedece al día en que "Servipostal" emitió copia de la petición, más no indica la fecha en que fue radicada.

como responsable de realizar los pagos adeudados a que tiene derecho la actora; sin condena en costas

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la **parte demandada** formuló recurso de apelación⁴ contra la sentencia de primera instancia en el que solicitó revocar el fallo para dictar en su lugar la que en derecho debe reemplazarla. Los argumentos del recurso se sintetizan de la siguiente manera:

Desde que el Juzgado se dispuso a resolver el problema jurídico solamente incluyó como parte al ICBF y no a la OIM. Pero el fallo aclara que la vinculación sucesiva la suscribió la actora con la OIM. Es decir que, desdibuja la relación sustancial que se tejió entre el verdadero empleador —OIM—, para concluir que el ICBF está llamado a responder por las acreencias laborales reconocidas.

En el clausulado estipulado entre el ICBF y la OIM se estableció la exclusión de la relación laboral, la cual establece que no habrá relación laboral del ICBF con el personal que contrate la OIM para las actividades derivadas de los convenios suscritos, situación que está probada en la medida que nunca fue vinculada al ICBF mediante contratos de prestación de servicios, pues de los contratos de prestación de servicios salta a la vista que la relación laboral se estructuró con la OIM.

El Despacho le otorga el grado de convicción a las cláusulas de exclusión laboral de los contratos que aporta la demandante, pero frente a las cláusulas de exclusión de los Convenios de Cooperación Multilateral que la entidad suscribe con la OIM no (relacionó los convenios tenidos en cuenta por el *a quo*).

A efectos de establecer la remuneración el Juzgado cita los contratos suscritos con la OIM, pero concluye luego que entre el ICBF y la actora se pactaron pagos. Lo que corrobora que el Despacho incluye como parte solo al ICBF y no a la OIM.

La demandante suscribió contratos con la OIM en calidad de contratista independiente, en los que pactó las obligaciones a las que se comprometía con su empleador, y en los que su verdadero contratante señala remuneración, plazo y la expedición de resultados. Situación que no permite declarar la relación laboral con un tercero como es el ICBF.

El Juez tiene como prueba de la subordinación el testimonio rendido dentro del proceso y diversas órdenes impartidas por la Coordinadora de la actora Mabel González, las que consideró se consideran órdenes superiores, pero

⁴ Folios 487 a 489

olvida que estas instrucciones se deben enmarcar en el campo de la Coordinación de actividades propia de los contratos de prestación de servicios, que no implica subordinación, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia en sentencia del Consejo de Estado de 13 de febrero de 2014, y la Corte Suprema de Justicia en decisión de 4 de mayo de 2001 (las citó).

El fallo no hizo un análisis sobre la responsabilidad de la OIM como llamada en garantía dentro del proceso. Sin embargo, el Tribunal Contencioso Administrativo sí lo hizo dentro proceso.

TRÁMITE

El Tribunal admitió el recurso de apelación interpuesto, debidamente sustentado, y concedió el término dispuesto en el artículo 247 de la Ley 1437 de 2011 para que las partes presentaran sus alegatos de conclusión y el Ministerio Público emitiera su concepto en el proceso de la referencia⁵.

El ICBF alegó de conclusión en término reiterando los argumentos del recurso de apelación⁶.

La OIM presentó alegaciones finales en tiempo⁷ en los que reiteró que goza de inmunidad jurisdiccional de conformidad con la normativa que la gobierna; que no tiene la calidad de entidad de Estado y tampoco profirió el acto demandado por ello no tiene competencia de cara al litigio y; que en el desarrollo de los contratos la OIM no impartía instrucciones para el desarrollo de sus funciones, la demandante no cumplía horario en las instalaciones de la OIM.

La suscripción del contrato con la OIM, ejecutado en el marco del Convenio suscrito con el ICBF, no implica por sí solo la existencia de un contrato laboral con la OIM y el ICBF por tallo no pude dársele una naturaleza distinta a la de un contrato legalmente celebrado.

No se puede decir como lo señala el ICBF que la OIM fue el verdadero empleador de la demandante, porque los servicios se ejecutaron de forma independiente sin que se diesen los elementos que configurasen subordinación o dependencia respecto del Organismo Internacional.

La demandante jamás prestó sus servicios de forma personal a la OIM y la entidad no desplegó acciones que permitan evidenciar continuada subordinación, lo que desvirtúa lo manifestado por el ICBF en el recurso de apelación.

⁵ Folio 502

⁶ Folios 505 a 507

⁷ Folios 508 a 512

Entre la demandante y la OIM jamás existió una relación enmarcada en los elementos constitutivos de una relación de trabajo.

COMPETENCIA

Este Tribunal es competente para conocer y resolver el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Once (11) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C. – Sección Segunda, en virtud de lo dispuesto en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cumplidos como se hallan los presupuestos del medio de control, de la demanda y del proceso y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, el Tribunal procede a dictar sentencia sobre la base de las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

En los estrictos términos del recurso de apelación, el problema jurídico que corresponde resolver a la Sala se contrae a determinar si se encuentran configurados los elementos constitutivos de una relación laboral — subordinación, prestación personal del servicio y remuneración como contraprestación del servicio prestado —, que den lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales reclamadas en la demanda o si, por el contrario, se trata de una relación contractual sin derecho al pago de prestaciones. De ser afirmativa la respuesta al interrogante anterior, deberá establecerse qué entidad es la encargada de responder por los resultados del proceso.

HECHOS PROBADOS

Previo al examen de las pretensiones del libelo, es necesario el estudio de las pruebas recaudadas en el proceso, entonces, de lo probado en el plenario se desprende que obra:

1. Petición fechada **2 de marzo de 2016**, con sello de Servipostal de 18 de abril de 2016 “COPIA COTEJADA DEL ORIGINAL”, elevada por la parte actora ante el ICBF, mediante la cual solicitó se declare en solidaridad con la OIM (así se haya usado a esta última como intermediaria) la existencia de una relación laboral entre ella y las entidades referidas, junto con el consecuente reconocimiento y pago de prestaciones sociales comunes u ordinarias liquidadas en igualdad de condiciones que a los empleados de planta, incluidos los porcentajes de cotización en salud y pensión, desde el 10 de noviembre

de 2010 y hasta el 28 de febrero de 2013, lapso en que prestó sus servicios a las entidades⁸.

2. Oficio No. S-2016-119529-1100 de 14 de marzo de 2016⁹, por medio del cual se **negó por parte del ICBF lo solicitado en la petición relacionada en el hecho anterior.**
3. Contratos suscritos por la actora con la OIM, junto con anexos, con los siguientes periodos de duración y objetos¹⁰:

No. de contrato	Fecha de inicio	Fecha de terminación	Objeto
PS-4500	10-11-2010	30-11-2010	Prestar servicios profesionales en el área de trabajo social, integrando una unidad móvil del ICBF en la Regional Bogotá a fin de contribuir a la restitución de los derechos de la población en situación de desplazamiento
Prórroga No.1	1-12-2010	27-12-2010	Prestar servicios profesionales en el área de trabajo social, integrando una unidad móvil del ICBF en la Regional Bogotá a fin de contribuir a la restitución de los derechos de la población en situación de desplazamiento
PS-4664	28-12-2010	30-11-2011	Prestar servicios profesionales en el área de trabajo social, integrando una unidad móvil del ICBF en la Regional Bogotá a fin de contribuir a la restitución de los derechos de la población en situación de desplazamiento
Prórroga No.1	1-12-2011	20-12-2011	Prestar servicios profesionales en el área de trabajo social, integrando una unidad móvil del ICBF en la Regional Bogotá a fin de contribuir a la restitución de los derechos de la

⁸ Folios 2 a 3

⁹ Folios 4 a 5

¹⁰ Folios 6 a 31 y 229 a 252

			población en situación de desplazamiento
Interrupción de 7 días hábiles			
PS-6211 (Otro sí No.1 modifica el valor)	30-12-2011	15-12-2012	Prestar servicios profesionales en ejecución y cumplimiento de los dispuesto por en el Convenio NAJ-661 suscrito entre el ICBF y la OIM ¹¹ , de acuerdo a los requerimientos e instrucciones que haga saber el ICBF
Otro sí No.2 (Finalizado anticipadamente el 28 de febrero de 2013)	16-12-2012	30-11-2013	Prestar servicios profesionales en ejecución y cumplimiento de los dispuesto por en el Convenio NAJ-661 suscrito entre el ICBF y la OIM, de acuerdo a los requerimientos e instrucciones que haga saber el ICBF

1. Informe rendido al ICBF de actividades realizadas por la actora del 1 al 27 de diciembre de 2010, del 28 de diciembre de 2010 al 31 de enero de 2011¹², del 10 al 30 de noviembre de 2010, del 1 al 30 de abril de 2012, del 1 al 31 de agosto de 2012 y, del 1 al 31 de enero de 2013¹³.
2. Memorando No.11-30004-49-29 de 10 de abril de 2012, suscrito por la Profesional de Apoyo Edna Liliana Nieto del Programa de Atención a PSD del ICBF, dirigido a la actora, en el que se le entrega material lúdico para el ejercicio de su labor. **De su contenido se encuentra que son Manuales y Cartillas que debía seguir e implementar en el ejercicio de su función¹⁴.**
3. Memorando de 19 de diciembre de 2012 suscrito por la Profesional Especializada del ICBF Mabel González Solarte en la que hace entrega a la demandante de equipo – dotaciones para ejercer su función como Trabajadora Social de Unidad Móvil del ICBF. **En este oficio se le impone el deber de responder por cualquier deterioro, daño o pérdida del equipo suministrado; le es prohibido usarlo para fines diferentes a la labor contratada y; se le obliga a contestar el celular**

¹¹ Cuyo objeto es “CLÁUSULAS: PRIMERA.- OBJETO aunar esfuerzos y recursos con el fin de adelantar acciones en salud y educación con enfoque diferencial, para la prevención, protección y restablecimiento de derechos vulnerados a niños, niñas, adolescentes, jóvenes y familias víctimas de la violencia, reclutamiento forzado, trata de personas, y especialmente a los afectados por desplazamiento forzado, a través de la Institucionalización de Unidades móviles, para contribuir en la generación de soluciones integrales y sostenibles para los migrantes y comunidades vulnerable”.

¹² Folios 32 a 33

¹³ Folios 42 a 45

¹⁴ Folios 34

denominado “Institucional” de lunes a viernes e incluso los fines de semana¹⁵.

4. **Acta de Entrega del cargo de Profesional Área de Trabajo Social - Programa Unidades Móviles – Regional Bogotá, suscrita el 1 de marzo de 2013 por la actora, en la que informa al ICBF los resultados y actividades adelantadas en el componente de asistencia y atención a la fecha¹⁶.**
5. **Certificación de 5 de junio de 2012 en la que el ICBF hace constar que la accionante participó en el curso “Inducción al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”¹⁷.**
6. **Convenio de Cooperación con Organismo Multilateral No. CM-151 suscrito entre el ICBF y la OIM el 29 de diciembre de 2009. Convenio de Cooperación con Organismo Multilateral No. CM-209 suscrito entre el ICBF y la OIM el 28 de diciembre de 2010. Convenio de Cooperación con Organismo Multilateral No. CM-654 suscrito entre el ICBF y la OIM el 26 de octubre de 2011. Convenio de Cooperación con Organismo Multilateral No. CM-661 suscrito entre el ICBF y la OIM el 30 de diciembre de 2011¹⁸.**
7. **Oficio de febrero de 2013 en el que la demandante manifiesta al ICBF – OIM su decisión de terminar el Contrato de prestación de servicios No.PS-6211 de 30 de diciembre de 2011, por lo que les informa que ejecutará el contrato hasta el 28 de febrero de 2013¹⁹.**
8. **Oficio de 6 de marzo de 2013 emitido por la OIM en el que **se acepta la terminación del Contrato de prestación de servicios No.PS-6211 de 30 de diciembre de 2011 presentada por la actora**, y en el que se hace saber que la misma se hará efectiva tomando **como último día de prestación de servicios el 28 de febrero de 2013**²⁰.**
9. **Oficio No. S-GPI-17-006896 de 27 de enero de 2017 del Ministerio de Relaciones Exteriores – Dirección de Protocolo en el que solicita a la OIM informe si pagó prestaciones sociales a la demandante durante el tiempo en que suscribieron contratos de prestación de servicios²¹.**

¹⁵ Folios 35

¹⁶ Folios 36 a 41

¹⁷ Folio 46

¹⁸ Folios 70 a 86 y 255 a 288

¹⁹ Folio 253

²⁰ Folio 254

²¹ Folio 293

10. Oficio No. OIM 007/17 de 1 de febrero de 2017 en el que la OIM informa que **no realizó pago por concepto de prestaciones sociales a la actora** porque tenía la calidad de contratista independiente²².
11. En audiencia de pruebas celebrada el 20 de septiembre de 2019²³, el Despacho de primera instancia recibió el interrogatorio de parte de la actora. También recepcionó el testimonio de la señora Erika Romero Almanza, de profesión sicóloga, quien conoció a la accionante durante la vinculación de esta en la entidad demandada, en los años 2010 a 2013, época en la que coincidieron trabajando en el equipo de unidades móviles de atención a víctimas del conflicto armado liderado por el ICBF, integrado por sicólogos, nutricionista, trabajador social y una persona que pertenecía al componente pedagógico. Adujo ser compañera de equipo de la demandante.

La declaración y el testimonio recogido se encuentran concordantes, y de su análisis se extrae que:

La libelista prestó sus servicios al ICBF como Profesional de Participación y Cultura y como Profesional de Trabajo Social en el área de unidades móviles en Bogotá D.C. en la que se prestaba atención a las víctimas del conflicto armado interno en situación de desplazamiento.

En los centros zonales del ICBF asentados en cada localidad hay personal de planta que desarrollaba similares funciones a las de la actora.

La demandante debía cumplir un horario que imponía la Institución de 8 am a 5 pm. Incluso debían estar antes para alcanzar a cumplir las actividades que tenía que desarrollar cada día de trabajo.

Tenían una Jefe o Coordinadora del ICBF, la Dra. Mabel González — de planta—, que controlaba la llegada de los integrantes de la Unidad Móvil en el horario específico. Si llegaban tarde les llamaban la atención. Estaba pendiente del cumplimiento de las actividades a realizar. Junto con su mano derecha Pilar González y la Coordinadora de la Regional Bogotá Dra. Carmenza Gutiérrez, daban los lineamientos de todo lo que tenían que hacer y las funciones laborales. Esto se concretaba por medio de capacitaciones, inducciones, correos, encuentros nacionales de Profesionales de Unidades Móviles.

²² Folio 294

²³ Folios 405 a 406. CD a folio 417

El ICBF les suministraba todos los materiales para cumplir las funciones, como chalecos, cachuchas, computadores y todos los insumos necesarios para hacer las actividades.

Era obligatorio portar carné, usar la dotación y el vestuario dado por el ICBF, tanto en las oficinas de la entidad como en terreno. La dotación la entregaban previa firma de un escrito.

Los vehículos en que se transportaban a las localidades para prestar la atención sicosocial eran contratados por el ICBF.

En el desempeño de su quehacer hacía visitas a hogares víctimas de desplazamiento, entregaban apoyo nutricional a las víctimas del conflicto armado interno colombiano, realizaban apoyo sicosocial, trabajo lúdico, talleres de formación, etc., sin importar a la hora que terminaran debía volver las instalaciones del ICBF y si llegaban antes usaban el tiempo para efectuar labores administrativas como elaboración de informes, de bases de datos, digitación de la información recogida, asistencia a reuniones de equipo y a reuniones con la Dra. Mabel González. La unidad respondía llamados de emergencia, en esas situaciones trabajaban más allá de las 5 pm, podían estar atendiendo la situación hasta las 11 pm y trabajar sábados y domingos.

Eran evaluados periódicamente por la Dra. Mabel González,

Debían pedir permisos para ausentar de su trabajo. El personal de planta también lo debía hacer, ya que ella trabajó en 2009 en un centro zonal vio de primera mano cómo se desempeña el trabajo por parte del personal de planta. Le consta que hay personal de planta y contratados por órdenes de prestación de servicios que realizan labores similares.

Nunca recibieron instrucciones por parte de la OIM, solo se firmaba el contrato y nunca más volvían a saber de la entidad.

Debían entregar un informe mensual de actividades para que les pagaran, pero no lo enviaban a la OIM sino a la Jefe Mabel González, quien lo remitía a la OIM, porque ellos no tenían contacto directo con alguien de la OIM.

La labor desarrollada por la actora era permanente, la realizaba de lunes a viernes de 8 am a 5 pm.

Para poder presentar la cuenta de cobro debía pagar por sí misma los aportes a pensión, salud y ARL. Y la presentaba ante la Jefe Mabel González quien la dirigía a la OIM.

La OIM no les daba instrucciones, las directrices eran impartidas siempre por el ICBF.

Para rendir los informes y diligenciar las bases de datos no existía autonomía, por el contrario, debían seguirse parámetros para hacerlo entregados por la Regional Bogotá del ICBF.

La demandante terminó el contrato de prestación de servicios el 28 de febrero de 2013.

La demandante desarrollaba un objeto de un convenio entre el ICBF y la OIM.

La Jefe o Coordinadora para el momento en que se presentó la relación contractual no tenía a su cargo personal de planta, pero lo hizo en otros periodos.

Cumplió obligaciones adicionales a las pactadas en los contratos de prestación de servicios.

Prestaba sus servicios al ICBF de forma principal en la regional Bogotá.

La OIM le pagaba los honorarios.

MARCO JURÍDICO

El Estado en el ejercicio de la función pública y para el cumplimiento de los fines esenciales, desarrolla sus actividades a través de personas vinculadas como servidores públicos, cuya relación laboral se da en la modalidad de empleados públicos o trabajadores oficiales bajo los parámetros previstos en la Constitución, la ley y el reglamento al cual están sometidos. Respecto de las funciones ejercidas por los servidores públicos, la Constitución Política de Colombia, establece:

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

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

Ahora bien, las clases de vinculación con el Estado son en calidad de *i)* empleados públicos con una relación legal y reglamentaria, *ii)* trabajadores oficiales por contrato de trabajo y *iii)* contratistas de prestación de servicios. Esta última se rige por el Estatuto General de Contratación que corresponde a la Ley 80 de 1993, cuyo artículo 32 numeral 3 reza:

“3. Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

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

La H. Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997, con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara, analizó la diferencia entre el contrato de prestación de servicios y el contrato de naturaleza laboral, y en síntesis precisó que el contrato de trabajo y el de prestación de servicios son disímiles, por lo que, para desvirtuar la configuración y los efectos de éste último se debe probar la prestación personal del servicio, la continua subordinación y dependencia laboral, además de la remuneración como contraprestación para el desarrollo del mismo. En otras palabras, para que se configure la relación laboral se debe probar los tres elementos referidos, evento en el cual surge el derecho al pago de las prestaciones sociales por el período laborado, atendiendo el principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, contenido en el artículo 53 de la Constitución Política, resaltando que, como lo ha señalado el H. Consejo de Estado²⁴, es a la parte demandante a quien le incumbe la carga probatoria de dichos elementos.

No obstante, lo anterior, en el desarrollo de la actividad probatoria se debe tener en cuenta que la jurisprudencia del Alto Tribunal de lo Contencioso²⁵ ha anotado que se puede presentar una eventual coordinación de actividades entre contratante y contratista para el buen desarrollo del contrato, lo cual, no implica subordinación o dependencia.

Ahora bien, mediante sentencia de unificación del 25 de Agosto de 2016 – radicado 23001-23-33-000-2013-00260-01-²⁶, la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, unificó el criterio en el sentido de precisar que el llamado *“contrato realidad”*, aplica entre otros, cuando se constata la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción

²⁴ Vrg. Consejo De Estado - Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Bogotá, D.C., cuatro (04) de febrero de 2016. Radicación número: 05001-23-31-000-2010-02195-01(1149-15). Consejo De Estado - Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Bogotá D.C., diecinueve (19) de enero de dos mil quince (2015). Radicación número: 47001-23-33-000-2012-00016-01(3160-13).

²⁵ Consejo De Estado - Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección “A”. Consejero ponente: Alfonso María Vargas Rincón. Bogotá D.C., veintidós (22) de abril de dos mil quince (2015). Radicación número: 81001-23-33-000-2012-00066-01(1013-14)

²⁶ Consejero ponente Dr.: Carmelo Perdomo Cuéter. Sentencia del veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16. Actor: Lucinda María Cordero Causil.

de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales. Así lo indicó:

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

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

De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda recordó que (i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) le corresponde a la parte adora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y (iii) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión." (Negrilla de la Sala)

Se debe resaltar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral en virtud del llamado "contrato realidad", en contraposición al contrato de prestación de servicios, no conlleva para el beneficiario de tal decisión la adquisición de la condición de empleado público cobijado por una relación legal y reglamentaria, pues, para acceder a un cargo público se debe cumplir los requisitos señalados en la Constitución y en la Ley²⁷. Tampoco lleva a concluir que se puede presumir por tal reconocimiento, la derivación de un derecho a indemnización por despido, dada la especial prestación del servicio temporal, en el cual no puede presumirse, ora por el criterio funcional, ora por el criterio orgánico, la existencia de un contrato de trabajo que genere tales derechos y que difiere de la realidad analizada que daría

²⁷ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Bogotá, D.C., cuatro (04) de febrero de 2016. Radicación número: 81001-23-33-000-2012-00020-01(0316-14).

lugar al reconocimiento de prestaciones sociales, para otorgar un trato igualitario al que se otorga al personal de planta, cuando el ejercicio de esas funciones fue en la práctica similar.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso concreto, se tiene que en el sub lite se demostró que la actora prestó sus servicios de forma personal y directamente al ICBF – Regional Bogotá del 10 de noviembre de 2010 al 28 de febrero de 2013, mediante contratos de prestación de servicios los cuales fueron analizados a fin de ser relacionados en el acápite de pruebas de esta sentencia, de la lectura de los mismos brota que estos se ejecutaron principalmente para ejercer labores profesionales en el Área de Trabajo social, integrando principalmente una unidad móvil del ICBF en la Regional Bogotá, a fin de contribuir a la restitución de los derechos de la población en situación de desplazamiento enfocada a la atención y reparación a primera infancia, niños, niñas, adolescentes y familias víctimas de la violencia del país, conclusión a la que también se llega luego de estudiar los informes rendidos al ICBF de actividades realizadas por la actora y del acta de entrega del contrato de fecha 1 de marzo de 2013 que obran en el plenario.

Como se indicó en el marco normativo antes desarrollado, para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que el extremo activo de la Litis demuestre los elementos esenciales de la misma, los cuales son a saber, *i)* la prestación personal del servicio, *ii)* una remuneración o pago por la labor desempeñada y, *iii)* la existencia de continua subordinación o dependencia, la cual ha sido definida como la *“aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual deben mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo”*²⁸.

En el sub-lite **se acreditó la prestación personal** del servicio con los contratos aportados, informes y acta de entrega del cargo allegadas, así como con las declaraciones rendidas dentro del proceso, puesto que, de todo esto se extrae que, dada la naturaleza de los servicios prestados por la libelista como Trabajadora Social, encargada de brindar atención a la población desplazada en procura del restablecimiento de sus derechos, la labor desempeñada era realizada por ella misma.

Ahora bien, **en relación con el elemento de la subordinación o dependencia**, el H. Consejo de Estado, en la sentencia de unificación antes citada, retomó lo dicho en sentencia del 4 de febrero de 2016, con Ponencia del Doctor Gerardo Arenas Monsalve, Radicado No.81001233300020120002001 (0316-14), y al respecto precisó:

²⁸ Op. Cit folio 16

“De igual manera, en reciente decisión la Subsección B de esta sección segunda recordó que (i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión”.

Con fundamento en lo anterior, se presume que hay subordinación cuando se exige el cumplimiento de órdenes en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, se imponen reglamentos, y adicionalmente la labor es inherente a la entidad y se evidencia un parámetro de equidad frente a los demás empleados de planta.

Así las cosas, a partir de los testimonios depositados, como de las documentales aportadas, se encuentra plenamente demostrado que la actora recibía órdenes del ICBF, pues si bien los contratos los suscribió con la OIM en el marco y bajo la justificación de Convenios de cooperación entre esas dos entidades, de su lectura queda claro que el ICBF fue quien seleccionó a la actora como contratista, los servicios fueron contratados para realizarlos en la Regional Bogotá del ICBF, para ejercer su función debía acatar los lineamientos del ICBF y debía cumplir los procedimientos establecidos por el ICBF para la atención de población desplazada, sin que recibiera órdenes en momento alguno por parte de la OIM. El ICBF le era entregada dotación dentro de la que se encontraban carné de identificación de la entidad, chalecos, maletines, cachuchas, pendones, computadores, teléfono móvil, etc. Debía garantizar la visibilidad del ICBF, para lo cual se le imponía el deber de portar visible y adecuadamente dichos elementos, igualmente los debía entregar en buen estado al ICBF si terminada la relación contractual. Tenía la obligación de recibir con carácter devolutivo los elementos que le entregara el ICBF y le era prohibido usar la dotación para fines distintos al desempeño de la labor encomendada por el ICBF. Los vehículos en que prestada la atención sicosocial a las personas desplazadas y víctimas de la violencia eran del ICBF. Debía asumir cualquier otra actividad que le fuera asignada por la Coordinación de la Regional Bogotá del ICBF. Tenía una Jefe Directa que era un Coordinadora que trabajaba para el ICBF llamada Mabel González. Cumplía un horario el cual era vigilado por la Coordinadora, incluso se le realizaban llamados de emergencia y prestaba su servicio fuera de los días y horas de trabajo inicialmente acordados. Concurría a encuentros, reuniones y capacitaciones obligatorias. Debía presentar informes, planificar actividades, diligenciar bases de datos con base en políticas y parámetros impuestos por el ICBF. Era evaluada periódicamente por la Coordinadora del ICBF Regional Bogotá. En los centros zonales hay persona de planta que

realizan funciones similares a las ejecutadas por la actora. Debía pedir permisos a la Coordinadora del ICBF para ausentar del lugar de trabajo. Tenía que contestar el celular que le era entregado por el ICBF.

Por lo anterior, es evidente la falta de autonomía y libertad para desarrollar sus funciones, las cuales, no podían ser ejercidas de otra forma dada la naturaleza misma de las labores a su cargo, el que, por demás, se reitera, con base en lo indicado por en el testimonio e interrogatorio de parte, cumplía con funciones similares a los Trabajadores Sociales de planta de los centros zonales del ICBF en Bogotá.

Ahora, es importante destacar que es requisito legal para celebrar un contrato de prestación de servicios con personas naturales, que la entidad pública no cuente con personal de planta para ejecutar las tareas o que habiendo se requieran conocimientos especializados, presupuestos que no se satisfacen en el caso concreto, por cuanto quedó evidenciado que en la entidad existía personal de planta que desarrollaba funciones similares a las que ejerció la demandante.

Igualmente, el contrato de prestación de servicios se caracteriza porque su objetivo principal se circunscribe a la realización de tareas relacionadas con el funcionamiento y la administración de una entidad contratante, empero, evidentemente las funciones desarrolladas por la actora estaban más allá de una simple misión de funcionamiento y administración, como quiera que, desempeñaba labores propias de la naturaleza de la entidad demandada, creada por la Ley 75 de 1968 y su Decreto reglamentario 2388 de 1979, organizada por el Decreto 1137 de 1999 en el que se encuentran algunas de sus funciones (art.17), y adscrita al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social mediante Decreto 4156 de 2011, normas de cuyo análisis queda claro que el giro ordinario del ente versa en ejecutar acciones relacionadas a la protección integral y garantizar los derechos de primera infancia, niños, niñas, adolescentes y familias del país, bajo tres pilares como son la prevención, garantía y el restablecimiento de derechos, teniendo presente el principio de corresponsabilidad con la familia y la sociedad.

En cuanto a la competencia de la entidad para proteger y restituir los derechos de las familias en situación desplazamiento tenemos que La Ley 387 de 1997, *“por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y esta estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia”*, establece de forma puntal que el ICBF dará prelación en los programas de atención que implemente a los niños y niñas lactantes, menores de edad especialmente a los huérfanos, y los grupos familiares vinculados al proyecto de **desplazados por la violencia**.

Por su parte, la Ley 1448 de 2011 *“Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y*

se dictan otras disposiciones”, reglamentada por el Decreto 4800 de 2011, en el párrafo 2 del artículo 137 impone al ICBF el deber de prestar atención sicosocial y salud integral a **víctimas del conflicto armado interno**, a fin de avanzar en la rehabilitación y recuperación emocional con enfoque psicosocial de estas que han sufrido daño a causa del conflicto armado. El artículo 160 indica que el **Sistema Nacional de Atención y Reparación a las Víctimas** estará conformado, entre otras, por el ICBF. Los artículos 182, 188 y 190 disponen el derecho a la reparación integral de niños, niñas y adolescentes **víctimas del conflicto armado interno** que incluye las medidas por parte del ICBF de indemnización, rehabilitación, satisfacción, restitución y garantías de no repetición.

En la página web del ICBF²⁹ se encuentra fijado y descrito dentro de los programas que tiene a cargo la entidad **el de Unidades Móviles** como una garantía ejecutada por la Institución para procurar **la restitución y reparación integral de los derechos** de niños, niñas y adolescentes, mujeres gestantes, madres lactantes, familias indígenas, familias negras, afrodescendientes, raizales y palenqueros y familias ROM, **víctimas del desplazamiento forzado**. Se indica que la estrategia consiste en equipos integrados por cuatro profesionales en Psicología, Nutrición, **Trabajo Social**, Maestro en Artes, Pedagogía, Sociología y Antropología de acuerdo con las características regionales, los cuales se movilizan por todo el territorio y acuden en el menor tiempo posible al sitio de llegada de la población **en emergencias ocasionadas por el desplazamiento** forzado o al lugar de residencia de la población en etapa de transición o en procesos de retornos o reubicaciones. Como normas que soportan esta competencia se citan en la página del ICBF la Ley 1098 de 2006, la Ley 1448 de 2011, el Decreto 4800 de 2011, el Decreto 4633 de 2011, el Decreto 4634 de 2011, el Decreto 4635 de 2011, el Decreto 4829 de 2011, providencias de la Corte Constitucional A-251 de 2008, T-606 de 2013 y T-942 de 2014.

De lo anterior queda claro que el ICBF guarda plena competencia para adelantar gestiones y acciones de protección y asistencia para preservar y restituir el ejercicio de los derechos **de la población desplazada con especial énfasis en la niñez y en la familia**. Los cuales los ejecuta a través de centros zonales, y para el caso concreto, **por medio de las Unidades Móviles como las que integraba la actora en calidad de Trabajadora Social**, a través de las cuales se encarga de restituir y reparar los derechos de los menores y familias, entre otros, víctimas del desplazamiento forzado y del conflicto armado interno, por manera que, es evidente que la labor desarrollada por la demandante hacía parte del giro ordinario de los negocios del ICBF. Prueba de ello está contenida en el clausulado de los contratos de prestación, de cuya lectura se observa que las funciones de la demandante estaban orientada a propender por la restitución de los derechos de la

²⁹ <https://www.icbf.gov.co/programas-y-estrategias/proteccion/programas-especializados-y-otras-estrategias/victimas-del>

población desplazada, apoyando acciones integrales y diferenciales de acompañamiento, organización y participación comunitaria, promoviendo acciones que atenuaran las consecuencias traumáticas de los eventos vividos, y previniesen los riesgos asociados al desplazamiento; a su vez debía brindar apoyo nutricional, y realizar acciones para la atención de niños, niñas, adolescentes, mujeres gestantes y lactantes, familias, adultos mayores en situación de desplazamiento, entre otros.

En relación con lo expuesto, el H. Consejo de Estado³⁰ ha sido enfático en señalar que, además del deber de probar los tres elementos constitutivos de una relación laboral que le asiste a quien reclamada que se declare la existencia de un contrato realidad, debe acreditar además la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad. Lo anterior ha sido precisado en los siguientes términos:

«(...) De lo anterior, se puede establecer que las funciones desarrolladas por la demandante en calidad de contratista, son inherentes al objeto de la UAE de Salud de Arauca, toda vez que la asistencia técnica y seguimiento para evaluar la gestión operativa y funcional del plan de salud de las entidades territoriales del Departamento de Arauca, sin duda contribuye al desarrollo de los objetivos y funciones del ente demandado, cual es la dirección del sector salud en el ámbito Departamental. Igualmente se trata de funciones permanentes pues al ser inherentes al objeto de la entidad, requieren continuidad y permanencia en su desarrollo.

(...)

*Como se advierte, **las funciones asignadas a la demandante no son transitorias como se afirma en el texto del contrato, pues claramente se trata de funciones inherentes al objeto de la entidad que requieren una continuidad y permanencia para el desarrollo de los fines sociales de la UAE de Salud de Arauca.***

(...)

*Como se indicó, la demandante ejerció **funciones inherentes a la entidad**, como lo es la asistencia técnica y seguimiento para evaluar los planes de salud de las entidades territoriales del Departamento de Arauca, por un espacio de tiempo superior a 42 meses comprendidos entre el 02 de abril de 2007 y el 31 de diciembre de 2011, por lo tanto, es evidente que se trata del cumplimiento, en forma permanente, de funciones propias de la entidad que como tal, **no podían ser ejercidas de manera autónoma e independiente por la contratista, sino que debían cumplirse con sujeción a los precisos términos indicados por la administración**, bajo los parámetros, planes, programas y proyectos establecidos para el desarrollo del sector salud, atendiendo las actividades que por escrito le eran asignadas por el líder de proyecto de gestión del PSPIC, cumpliendo los horarios establecidos por la entidad, y utilizando para el desarrollo de las mismas, los bienes y elementos suministrados por la Unidad.*

*Para la Sala es claro que **las actividades encomendadas no eran ocasionales, accidentales o transitorias**, ya que los servicios de asistencia técnica, coordinación, elaboración de informes, revisión presupuestal, coordinación y elaboración de planes operativos y proyectos, promoción del liderazgo de las entidades territoriales, inducción de personal, seguimiento al cumplimiento de metas del POA, entre otras, contratadas por la entidad, **contradicen el carácter temporal propio de este tipo de acuerdo**. Debe recordarse que la modalidad*

³⁰ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Bogotá, D.C., cuatro (04) de febrero de 2016. Radicación número: 81001-23-33-000-2012-00020-01(0316-14).

*contractual de prestación de servicios se encuentra justificada como un instrumento temporal y excepcional, para atender funciones ocasionales y no funciones permanentes o propias de la entidad, o que siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados. En el presente caso, **las actividades desarrolladas son permanentes e inherentes a la dirección del sector salud en el ámbito departamental a cargo de la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca, en ese orden, corresponden al giro ordinario de la entidad.***

(...)

En consecuencia, la regla general es que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos y no a través de la contratación de servicios con terceros, pues aunque se trata de una modalidad legalmente válida, puede resultar inconstitucional su uso indebido, como cuando se emplea con la finalidad de disfrazar una verdadera relación de trabajo.

Sobre lo que debe entenderse como función permanente, la Corte Constitucional ha acudido a los siguientes criterios de identificación: "(i) criterio funcional, que hace alusión a "la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución)"; (ii) criterio de igualdad, cuando "las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral"; (iii) al criterio temporal o de habitualidad, si "las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual"; (iv) al criterio de excepcionalidad, si "la tarea acordada corresponde a "actividades nuevas" y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta"; y (v) al criterio de continuidad, si "la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral"». (Subraya fuera de texto original)

De lo anteriormente expuesto, se puede colegir que, al ser las funciones desplegadas por la demandante propias de la naturaleza y el objeto principal del ICBF, no es posible asegurar que las mismas eran transitorias u ocasionales, por el contrario, eran permanentes e inherentes al mismo, de manera que, fueron desarrolladas de forma dependiente y sometida a la subordinación, elementos propios de la relación laboral, y no de un contrato de prestación de servicios.

Adicionalmente, **se demostró la remuneración recibida** por la actora como consecuencia de la labor desempeñada, pues en el plenario consta el valor de cada uno de los contratos ejecutados por la demandante, y no existe discusión de las partes frente al pago del valor pactado.

Si bien es cierto está acreditado el pago recibido por la demandante, no es menos cierto que también está probado que el mismo se realizaba por parte de la OIM, entidad con quien se suscribía los contratos de prestación de

servicios. Esta circunstancia da lugar a la Sala a pronunciarse sobre el argumento central del recurso de apelación interpuesto por el abogado del ICBF, en el que manifiesta que la entidad no es competente para responder por las resultas del proceso, como quiera que, afirma que la actora sostuvo una relación sustancia con la OIM y no con su representada. Al efecto, indica que este Tribunal hizo un análisis de responsabilidad de la OIM como llamada en garantía dentro de la litis.

Para resolver, en primer lugar, se debe hacer claridad que este Tribunal mediante providencia emitida en el plenario³¹ resolvió el recurso de apelación interpuesto por la OIM en contra de la decisión del *a quo* de vincularla a la causa como llamada en garantía, en el sentido de confirmar el auto que decidió tener a dicha entidad como tal dentro de las presentes diligencias.

En esa oportunidad, se hizo un estudio a profundidad de los privilegios e inmunidad de jurisdicción que cobija a la OIM dentro de territorio nacional, y se llegó a la conclusión que la misma no puede entenderse como absoluta, pues en vigencia de la Carta de 1991 la soberanía e independencia del Estado colombiano implica que tiene la capacidad de defender y garantizar los derechos de las personas sometidas a la jurisdicción laboral nacional, con el fin de velar porque los Organismos de derecho internacional cumplan con sus objetivos con autonomía, respetando siempre la soberanía e independencia de los Estados.

En la providencia también se señaló de forma prístina que, cuando se trata de aceptar el llamamiento o no en garantía el Juez solo examina si se reúnen los elementos de carácter formal señalados en la ley para su procedencia, porque el juicio de responsabilidad que eventualmente le asista a los llamados solo es posible definirlo al momento de dictar sentencia que termine con la instancia correspondiente, por tal motivo se hizo hincapié en que por el hecho de que la OIM permaneciere como llamada en garantía no implicaba *prima facie* que le estuviera endilgando responsabilidad directa frente a las pretensiones de la acción.

En tal virtud, no le asiste razón al ICBF cuando insinúa en la alzada que este Tribunal en aquel momento hizo un análisis de responsabilidad de la OIM dentro del proceso. Empero, como este sí es el momento procesal oportuno para hacerlo, encuentra la Sala que el H. Consejo de Estado en recientes y reiterados pronunciamientos, ha afirmado que en los litigios en que se busca declarar la existencia del denominado “contrato realidad”, **es la entidad pública en la que se prestaron los servicios, quien está llamada a responder si se desvirtúa el contrato de prestación de servicios**, sin que sea necesario vincular o predicar la responsabilidad de un tercero, sea una Empresa de Empleos Temporales o una Cooperativa de Trabajo Asociado — o como sucede en este caso a un Organismo internacional— **ya que es la**

³¹ Folios 346 a 365

entidad estatal la que resultó beneficiada por la labor prestada por el trabajador. Sobre el tema el Alto Tribunal³² indicó en fallo de 2021:

“(...) cuando se debate un vínculo laboral entre una entidad pública y un empleado que le prestó sus servicios, por intermedio de una cooperativa de trabajo asociado, no debe admitirse la vinculación al proceso de esta última, ya sea bajo la modalidad del litisconsorcio necesario o del llamamiento en garantía, toda vez que el debate principal, esto es, la existencia de una relación laboral y el consecuente pago de salarios y prestaciones sociales, se predicen de la entidad pública que se benefició de las funciones desarrolladas por dicho trabajador y no existe una razón de orden legal o contractual que amerite la intervención de un tercero ajeno a tal debate. Al respecto, se ha precisado³³:

Frente al punto, resulta oportuno señalar que ante la responsabilidad solidaria que existe entre las cooperativas de trabajo asociado y el tercero beneficiario de los servicios prestados, no es necesario, para integrarse el contradictorio por pasiva en un juicio donde se pretende demostrar la relación laboral disimulada, vincularse a la cooperativa.

En efecto la sección ha argumentado lo siguiente:

«[...] En consecuencia, queda claro que cuando se trata de la vinculación por pasiva de una cooperativa de trabajo asociado, esta no deviene en obligatoria para resolver de manera uniforme el litigio planteado, toda vez que, por la naturaleza solidaria de la relación intermediadora, se presenta una responsabilidad solidaria en virtud de la cual eventualmente la entidad demandada puede asumir las responsabilidades por el detrimento del trabajador. [...]».³⁴

Corolario de lo anterior, por la formalidad de la suscripción del contrato de prestación de servicios con un tercero como la OIM, y por el hecho de que este realice el pago, no se puede desconocer el verdadero vínculo que subyace y genera la relación laboral consustancial, pues precisamente esta remuneración se deriva del trabajo realizado personalmente por la actora en el ICBF, la que efectivamente se benefició de la labor prestada por la libelista, lo que quiere decir que el elemento económico de la prestación existe, y fue reconocido por el servicios prestado directamente al ICBF.

De manera que, la contraprestación pagada por la OIM a la demandante, no puede convertirse en impedimento para que la entidad en la que realmente

³² CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUAREZ VARGAS. Bogotá, D. C., veinte (20) de agosto de dos mil veinte (2020). Radicación número: 66001-23-33-000-2017-00088-01(2929-18)

³³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, auto del 13 de diciembre de 2019, expediente 66001-23-33-000-2015-00052-01 (2506-2017), M.P. Dr. William Hernández Gómez. En igual sentido pueden consultarse las siguientes providencias, proferidas por la Sección Segunda de esta corporación:

- Subsección B, auto del 9 de agosto de 2017, expediente 66001-23-33-000-2014-00409-01 (4831-2016), M.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

- Subsección B, auto del 19 de febrero de 2018, expediente 66001-23-33-000-2014-00408-01 (2510-17), M.P. Dr. César Palomino Cortés.

³⁴ Auto del 27 de mayo de 2019, sección segunda, subsección A, radicado: 08001-23-33-000-2015-00238-01 (2278-2017).

prestó sus servicios (ICBF) y fue la única que le impartió órdenes en cuanto a la forma, modo, lugar y tiempo de realización de las actividades, asuma la responsabilidad por el encubrimiento de una relación laboral a través de la suscripción de contratos de prestación de servicios. En tales condiciones el ICBF como único beneficiario de la actividad realizada por la actora es la única obligada a reconocerle los derechos económicos que se desprendan la presente sentencia.

Para cerrar este punto, el ICBF manifiesta que en los Convenios celebrados con la OIM y en los contratos de prestación de servicios firmados por la actora se dejó sentado que no se puede entender que hay relación laboral del ICBF con el personal contratado por la OIM. Al respecto, baste con decir que en vista de la palmaria existencia de una relación laboral entre la actora y el ICBF ese clausulado resulta ilegal y abusivo, por consiguiente, no puede surtir efecto para desligarse de responsabilidad en el pago de las prestaciones y derechos que surgen por la declaración de existencia una relación laboral con la accionante.

Como quiera que el ICBF es el ente legitimado para responder por la condena que se impondrá en esta sentencia, procede **DESVINCULAR** del proceso a la OIM. De la misma forma y por los mismos motivos que llevan a desligar del proceso a la OIM, se desvinculará al Ministerio de Relaciones Exteriores entidad que figura en el proceso también como llamado en garantía.

En consecuencia, la Sala cuenta con elementos de juicio suficientes para concluir que se encuentran desvirtuados los contratos de prestación de servicios celebrados por la actora y que sirven de base de sus pretensiones, por tal motivo resulta necesario confirmar la sentencia de primer grado **en tal sentido**.

PRESCRIPCIÓN

Ahora, debe resaltar la Sala que, en la citada sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, sobre la prescripción de derechos en los casos en que se declare la existencia de una relación laboral por aplicación del principio de la primacía de realidad sobre las formalidades, el H. Consejo de Estado precisó:

“(...) Respecto de la oportunidad a partir de la cual debe contabilizarse el aludido interregno, es del caso interpretar los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, en armonía con el mandato contenido en el artículo 12 (numeral 2) del convenio 95 de la OIT, de acuerdo con el cual los ajustes finales de los salarios debidos tienen lugar desde la terminación del nexo contractual con el empleador, por cuanto es desde ese momento en que se podrá demostrar que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral con el Estado (prestación personal del servicio, remuneración y subordinación) y, en consecuencia, reclamar el pago de las prestaciones a las que tendría derecho de comprobarse ese vínculo, todo lo anterior en virtud de los principios de favorabilidad, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en

normas laborales y progresividad y prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, así como los derechos constitucionales al trabajo en condiciones dignas 26 e irrenunciabilidad a la seguridad social. (...)

Pero en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios. (...)

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

*Por último, resulta oportuno precisar que la imprescriptibilidad de la que se ha hablado no opera frente a la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista pues esto sería un beneficio propiamente económico para él que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional, por lo tanto, **la Administración deberá determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.***

Para efectos de lo anterior, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante su vínculo contractual y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador. (...)

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

- i) Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.***
- ii) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro-operario, no regresividad y progresividad.***

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

iv) Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c. del CPACA).

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

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

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

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

De conformidad con los lineamientos expuestos, en aquellos eventos en los que se busca declarar la existencia de un contrato realidad y el consecuente restablecimiento del derecho, el término de prescripción contemplado en el Decreto 3135 de 1968, reglamentado por el Decreto 1848 de 1969, para los derechos que surgen de la declaratoria de la existencia del contrato realidad, **debe contarse dentro de los 3 años siguientes a la culminación del vínculo contractual respecto del que pretendían que se declarara el contrato realidad.** Sin embargo, lo anterior no puede permear el ámbito de imprescriptibilidad en que se encuentran los aportes a la seguridad social en pensiones.

Ahora, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la sentencia unificadora expresamente indicó que, en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización.

Para dichos efectos, la Sala debe resaltar que el Pleno de la Sección Segunda del H. consejo de Estado, en sentencia de unificación de 9 de septiembre de 2021³⁵, precisó los supuestos en que las interrupciones contractuales no implican solución de continuidad y aquellos en que sí se da tal consecuencia. En relación con lo anterior indicó:

“(...) Unificar la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en el sentido de precisar las siguientes reglas en las relaciones laborales encubiertas o subyacentes: (...)”

ii.) La segunda regla establece un periodo de treinta (30) días hábiles, entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, como término de la no solución de continuidad, el cual, en los casos que se exceda, podrá flexibilizarse en atención a las especiales circunstancias que el juez encuentre probadas dentro del expediente. (...)”
(Se destaca).

De lo anterior se extrae que, si entre la terminación de un contrato y la celebración de otro transcurrieron más de 30 días hábiles se debe entender que hubo solución de continuidad para todos los efectos legales, por el contrario, si no transcurrió dicho lapso, habrá de concluirse que no hubo solución de continuidad y se entenderá como una única vinculación. Con todo, en los casos que se exceda dicho término, podrá flexibilizarse en atención a las especiales circunstancias que el juez encuentre probadas dentro del expediente.

Conforme lo anterior, en el *sub-lite* está probado que la demandante suscribió una serie de contratos de prestación de servicios por el interregno del **10 de noviembre de 2010 al 30 de noviembre de 2013** y prestó efectivamente sus servicios hasta el **28 de febrero de 2013**, toda vez que el último de los contratos —PS-6211— fue terminado anticipadamente por la accionante y tuvo lugar su ejecución solo hasta la fecha mencionada. A su vez, se acreditó que la petición que dio origen al acto acusado tiene fecha de **2 de marzo de 2016** y no tiene sello de radicado ante al ICBF, no obstante, en los hechos de la demanda se indica que la misma fue elevada ante la entidad el **2 de marzo de 2016**, y en la referencia de la respuesta dada a la misma por el ICBF se dice que el derecho de petición es de fecha **2 de marzo de 2016**.

Siendo así, en tanto los eventuales derechos de la demandante se hicieron exigibles a partir del **1 de marzo de 2013**, fecha en que terminó el último contrato de prestación de servicios, la libelista tenía hasta el **1 de marzo de**

³⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Expediente No. 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016)

2016 para hacer la respectiva reclamación en sede administrativa a efecto de interrumpir el término prescriptivo de los derechos derivados del vínculo laboral que acá se declara, sin embargo, presentó la petición ante el ICBF el **2 de marzo de 2016** y radicó la demanda ante la Jurisdicción el **14 de junio de ese año**³⁶, razón por la cual, a diferencia de lo declarado por el Juez primer grado, **encuentra la Sala probada la excepción de prescripción extintiva del derecho** a reclamar los beneficios derivados de la existencia del contrato realidad **durante todo el vínculo con la entidad**, toda vez que la accionante no demostró haber reclamado ante la administración dentro de los 3 años siguientes a la finalización del último contrato, es decir, en el interregno del **1 de marzo de 2013 al 1 de marzo de 2016**. **Excepto lo referente a aportes a seguridad social en pensiones**, en observancia de la condición periódica del derecho pensional.

Conforme a la sentencia de unificación varias veces referida **la Sala declarará la imprescriptibilidad de los aportes a pensiones**, por todo el tiempo de vinculación de la actora con la entidad, **salvo las interrupciones presentadas en el caso concreto**, y tomando como base de liquidación el monto mensual pactado como honorarios en cada contrato —El actor solicita que tomen los honorarios como base de liquidación—. Lo anterior, dada la condición periódica del derecho pensional y la estrecha relación que guarda con el derecho fundamental a acceder a una pensión digna a tono con la realidad laboral.

Ahora, el H. Consejo de Estado en sentencia de 31 de mayo de 2018³⁷, en un caso de similares supuestos fácticos y jurídicos, indicó lo siguiente:

*“(...) Sobre este aspecto y teniendo en cuenta la tesis planteada por la Sala de Sección en sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016 , dado que los aportes al sistema de seguridad social en pensiones son imprescriptibles, la entidad accionada deberá tomar durante el tiempo comprendido entre el 14 de julio de 2003 y el 30 de septiembre de 2007 (salvo las interrupciones), el **ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora. (...)”***

³⁶ Folio 58

³⁷ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS. Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 25000-23-25-000-2008-00646-01(0016-12), Actor: ROSA VICTORIA PALACIOS DORADO - Demandado: E.S.E. LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO EN LIQUIDACIÓN Y OTROS

En cuanto al pago de los **aportes en salud** ordenados por el Juzgado, se debe indicar que los mismos estuvieron destinados a financiar la salud de la contratista mes a mes, por lo tanto, se trata de un hecho consolidado pues con los aportes efectuados por tal concepto se cubrió de manera efectiva el riesgo protegido. El H. Consejo de Estado ha afirmado cerca de esto que **la devolución de estos aportes resulta improcedente** ya que estos dineros son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y no constituyen un crédito a favor del interesado, *“lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer”*³⁸.

Sobre este punto, en un caso análogo al aquí estudiado, esta Sala³⁹ concluyó:

*“(…) debe considerarse que, en primer lugar, el artículo 202 de la ley 100 de 1993 establece que la vinculación de los individuos y las familias al Sistema General de Seguridad Social en Salud, “se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico **previo** financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre este y el empleador o la Nación, según el caso.” Esto quiere decir, que los afiliados tendrán derecho a los servicios médico-asistenciales a partir del pago de sus aportes en forma previa, lo que indica que el beneficio o contraprestación por la cotización se recibe a futuro, pero no antes de hacer el aporte. (Subrayado Inter texto) En otras palabras, no es procedente efectuar afiliaciones retroactivas, dado que la cotización o aporte se paga en forma previa. En segundo lugar, en el régimen contributivo, el aporte a seguridad social en salud otorga el derecho a la prestación de los servicios médico asistenciales por el periodo de cobertura dispuesto en la ley, y por lo tanto si en su momento el contratista realizó las cotizaciones con destino a salud obtuvo la cobertura en ese momento y se garantizó su derecho, y en consecuencia la Sala observa que se cumplió con la finalidad de los aportes, y en nada cambia la situación el ordenar a la entidad que realice cotizaciones retroactivas.”*

Por lo anterior, contrario a lo decidido en la sentencia apelada **no procede devolución** alguna por concepto de aportes a salud.

En este orden de ideas, la Sala **CONFIRMARÁ PARCIALMENTE** la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la nulidad del acto acusado, y dispuso la consecuente existencia de una relación laboral entre el ICBF y la demandante, y el reconocimiento y pago de aportes pensionales, computando el tiempo laborado para efectos de pensión, sin embargo, será **MODIFICADA** en punto de esto último para precisar que se debe hacer por el tiempo de servicio estricta y efectivamente prestado, es decir, descontando las interrupciones y tomando como base de liquidación el monto mensual

³⁸ Vrg. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B. CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Sentencia de 27 de agosto de 2020, Expediente:170012333000201700243 02.

³⁹ Expediente: 11001-33-42-056-2018-00200-01, Demandante: Giraldo Rodríguez Barbosa, Demandada: Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E. Sentencia de diecinueve (19) de agosto de dos mil veinte (2020).

pactado como honorarios en cada contrato, además, que la entidad demandada deberá determinar si existe diferencia entre los aportes realizados por la actora como contratista y los que se debieron efectuar y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Para efectos de lo anterior, la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que **no las hubiese hecho** o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

Finalmente, la **REVOCARÁ** en cuanto **no declaró probada la excepción de prescripción** propuesta en el proceso con las consecuencias que ello dio a lugar, y en cuanto accedió a reconocer y pagar en favor de la demandante las cotizaciones con destino al Sistema de salud.

CONDENA EN COSTAS

Esta Corporación se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida, conforme a lo dispuesto por el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y lo establecido el trece (13) de agosto de dos mil dieciocho (2018), por el H. Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección B, Consejero ponente: Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso con Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00330-01(1877-15); teniendo en cuenta, de un lado, que su conducta no fue temeraria ni se encontró teñida de mala fe, y del otro, porque no se demostró que se hubieran causado, en virtud de lo dispuesto en el numeral 8° del artículo 365 de la Ley 1564 de 2012.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por intermedio de la Sección Segunda - Subsección "C", administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia proferida por escrito el quince (15) de septiembre de dos mil veinte (2020) por el Juzgado Once (11) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C. – Sección Segunda, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, ejercido por la señora Cindy Doreidy Nova Chacón contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, **pero únicamente en cuanto declaró la nulidad del acto acusado, y dispuso la consecuente existencia de una relación laboral entre el ICBF y la demandante** y el reconocimiento y pago de aportes pensionales, computando el tiempo laborado para efectos de pensión, por lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

En consecuencia, la sentencia la sentencia recurrida quedará así:

“PRIMERO. - DECLARAR probada la excepción de prescripción extintiva del derecho sobre el pago de salarios, acreencias y demás derechos laborales reclamados por la demandante, **excepto lo referente a aportes a seguridad social en pensiones, de conformidad con las razones expuestas.**

SEGUNDO. - DECLARAR la nulidad del Oficio No. S-2016-119529-1100 de 14 de marzo de 2016, mediante el cual el ICBF dio respuesta a la solicitud de acreencias laborales elevada por la demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO. - DECLARAR que entre la señora CINDY DOREIDY NOVA CHACÓN y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF-, existió una relación laboral entre el periodo comprendido entre el 10 de noviembre de 2010 y el 28 de febrero de 2013.

CUARTO.- Como consecuencia de la anterior declaración y **a título de restablecimiento del derecho**, condenar INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF-, a reconocer y pagar a la señora CINDY DOREIDY NOVA CHACÓN, los aportes pensionales por el tiempo de servicio estricta y efectivamente prestado a la entidad en el lapso comprendido entre el **10 de noviembre de 2010 y el 28 de febrero de 2013**, es decir, descontando las interrupciones y tomando como base de liquidación el monto mensual pactado como honorarios en cada contrato, precisando que, la entidad deberá determinar si existe diferencia entre los aportes realizados por la actora como contratista y los que se debieron efectuar y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

QUINTO. - DECLÁRESE que el tiempo laborado bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios debe computarse para efectos pensionales.

SEXTO. - ORDENAR a la entidad demandada, a pagar la indexación de las sumas que por concepto de aportes pensionales resulten a favor de la actora, con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE, teniendo en cuenta, para tales efectos, la fórmula que ha admitido la jurisprudencia del Consejo de Estado y que fue consignada en la parte motiva de la sentencia.

SÉPTIMO. - *Negar las demás pretensiones de la demanda.*

OCTAVO. - *Dese cumplimiento a la presente providencia dentro de los términos establecidos para ello en el artículo 192 del CPACA y demás normas concordantes.*

NOVENO. - *Una vez en firme esta sentencia, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso.”.*

SEGUNDO. - DESVINCULAR del proceso a la Organización Internacional para las Migraciones y al Ministerio de Relaciones Exteriores, por lo expuesto en esta instancia judicial.

TERCERO. - Sin condena en costas.

CUARTO. - Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
Aprobado por la Sala en Sesión de la fecha No.88

Firmado electrónicamente
CARLOS ALBERTO ORLANDO JAIQUEL
Magistrado

Firmado electrónicamente
AMPARO OVIEDO PINTO
Magistrada

Firmado electrónicamente
SAMUEL JOSÉ RAMÍREZ POVEDA
Magistrado

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por los Magistrados que componen la Sala de Decisión Subsección C de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la plataforma denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del C.P.A.C.A.