

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
- SECCIÓN SEGUNDA -
SUBSECCIÓN "A"

Bogotá D. C., ocho (8) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Magistrada Ponente: **DRA. CARMEN ALICIA RENGIFO SANGUINO**

Expediente: No. 2015-00614-01
Demandante: ERIKA OFELIA ROMERO ALMANZA
Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -
ICBF - MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES -
ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS
MIGRACIONES- OIM
Controversia: CONTRATO REALIDAD

Se decide por este Tribunal el recurso de apelación interpuesto por el Instituto Colombiano de Bienestar Colombiano, en contra de la sentencia de 26 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado 21 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. PRETENSIONES

La señora ERIKA OFELIA ROMERO ALMANZA, actuando por intermedio de apoderado judicial, y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del C.P.A.C.A., presentó demanda en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, en adelante I.C.B.F. y la ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES - OIM, solicitando que se resuelva sobre las siguientes pretensiones:

"1. Se reconozca y se acceda como petición principal a revocar el Acto Administrativo de fecha 13 de febrero de 2015, emanado del ICBF Regional Bogotá y la decisión de fecha 25 de febrero/15, emanada de la O.I.M. a través de la cancillería del Min-Relaciones Exteriores.

2. Que como consecuencia de la anterior revocación, se reconozca y cancele a título de restablecimiento del derecho las mismas prestaciones sociales reconocidas al personal de planta de la entidad, liquidadas en igualdad de condiciones, incluidos los porcentajes de cotización de salud y pensión, por el periodo comprendido entre el 22 de octubre de 2003, hasta el 31 de enero de 2007 y entre el 1 de octubre de 2010, hasta el 30 de abril de 2014, tomando como fundamento el valor pactado como honorarios en los contratos de Prestación de Servicios, así como el pago de los aportes por dichos periodos a las entidades de seguridad social, en su debida proporción.

3. Consecuencia de lo anterior, los valores reconocidos de forma actualizada, conforme con los índices de inflación certificados por el DANE y mediante la aplicación de la formula..."

II. Los Hechos

La situación fáctica expuesta por la parte actora se resume en los siguientes términos:

Que la señora ERIKA OFELIA ROMERO ALMANZA, laboró de manera constante e ininterrumpida para el I.C.B.F., y la O.I.M., desde el 22 de octubre de 2003 a 31 de enero de 2007 y de 1º de octubre de 2010 a 31 de abril de 2014, mediante contratos prestación de servicios, en el empleo de psicología.

Que las obligaciones de cada Orden de Prestación de Servicios se cumplieron de forma personal, estuvo permanentemente subordinada y, recibió un pago por dicha labor.

Que el 2 y el 10 de febrero de 2020, presentó reclamación ante el I.C.B.F., y la O.I.M., en su orden, para obtener el pago de las prestaciones sociales por el tiempo laborado, interrumpiendo el término de prescripción, la cual fue despachada de forma negativa a través de los actos demandados.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., profirió sentencia el 26 de noviembre de 2021, en donde encontró probados los elementos de una relación laboral entre la demandante, el I.C.B.F., y el O.I.M. Declaró la falta de legitimación por pasiva de la Nación - Ministerio de Relaciones Exteriores y la prescripción de los contratos suscritos con el I.C.B.F., del periodo comprendido entre octubre de 2003 y marzo de 2006. En consecuencia, decretó la nulidad de los actos enjuiciados y ordenó al I.C.B.F., y al O.I.M., lo siguiente:

PRIMERO. Se decreta la falta de legitimación por pasiva de la Nación Ministerio de Relaciones Exteriores, desvinculándola del presente proceso, por las consideraciones establecidas en la parte considerativa de la presente providencia.

SEGUNDO. Se declaran infundadas las excepciones de fondo propuestas por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar al contestar la demanda, y tituladas como "cobro de lo no debido", "ausencia de relación laboral, legal o reglamentaria entre las partes", "inexistencia de un contrato laboral entre la demandante y el ICBF", "inexistencia de elementos del contrato de trabajo entre el ICBF y la demandante", "inexistencia de la obligación", "autorización legal para contratar por modalidad de contrato de prestación de servicios" y "temeridad y mala fe", de acuerdo a lo considerado respecto de los derechos laborales reclamados.

TERCERO: Se declara la nulidad del Oficio 3-2015-047233-1100 de 13 de febrero de 2015 por medio del cual la Directora de la Regional Bogotá del ICBF negó la existencia de una relación laboral, por las razones expuestas en esta providencia.

CUARTO. Se declara la nulidad del Oficio E-CGC-15-020168.4 de 25 febrero de 2015 expedido por la Organización Internacional para las Migraciones, OIM,

por medio del cual la Organización Internacional, niega la existencia de una relación laboral con la actora.

QUINTO. Se declara configurado el contrato realidad entre la señora Erika Ofelia Romero Almanza, identificada con cédula de ciudadanía 52.186.426 de Bogotá, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF y la Organización Internacional para las Migraciones- OIM en los periodos de tiempo descritos así, desde el 1º de octubre al 27 de diciembre de 2010; 28 de diciembre de 2010 al 20 de diciembre de 2011; 30 de diciembre de 2011 al 31 de diciembre de 2013; y 3 de marzo al 30 de abril de 2014, con base en los argumentos dados en este proveído.

SEXTO. Se declaran solidariamente responsables al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF y a la Organización Internacional para las Migraciones- OIM, frente a las obligaciones que surgen del contrato realidad suscritos en los periodos de tiempo descritos así, desde el 1º de octubre al 27 de diciembre de 2010; 28 de diciembre de 2010 al 20 de diciembre de 2011; 30 de diciembre de 2011 al 31 de diciembre de 2013; y 3 de marzo al 30 de abril de 2014, en los términos que se indicarán en los siguientes ordinales, de acuerdo con lo expuesto en precedencia.

SÉPTIMO. Se declarará la prescripción de las prestaciones sociales a que tenía derecho la demandante con base en los contratos de prestación de servicios suscritos con el ICBF, entre octubre de 2003 y el mes de marzo de 2006, conforme al razonamiento que se realizó en la parte pertinente de esta providencia.

OCTAVO. Se ordena al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF y a la Organización Internacional para las Migraciones- OIM, que de manera solidaria le reconozcan y paguen a la señora Erika Ofelia Romero Almanza las prestaciones sociales a que tiene derecho un empleado público de planta del ICBF que desarrolla las funciones de psicóloga o en un cargo equivalente, por el tiempo durante el cual se ejecutaron los contratos de prestación de servicios de la OIM, esto es, entre el 1º de octubre de 2010 y el 30 de abril de 2014, salvó las interrupciones que se presentaron de acuerdo al certificado expedido por la Coordinadora de la Unidad de Contrataciones de la Organización Internacional para las Migraciones, OIM. El valor de las prestaciones se tasarán con base en los honorarios pactados en los precitados contratos.

NOVENO. Se ordena al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF y a la Organización Internacional para las Migraciones- OIM que le consignen, a la administradora del régimen de prima medio o al fondo de pensión que seleccione la demandante, los aportes para pensión causados entre el 22 de octubre de 2003 y el 28 de febrero de 2006, y luego entre el 1º de octubre de 2010 y el 30 de abril de 2014, salvo las interrupciones que se presentaron de acuerdo a lo probado en el plenario. El valor de las cotizaciones se tasarán sobre el valor de los aludidos contratos de prestación de servicios y en el porcentaje que le corresponde al empleador, por las razones que se expusieron al estudiar el caso concreto.

DÉCIMO. Se ordena al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF y a la Organización Internacional para las Migraciones- OIM que actualicen las sumas adeudadas por concepto de prestaciones y aportes para pensión, conforme a lo indicado en los ordinales anteriores, para la cual se aplicará la fórmula conocida en esta jurisdicción.

DECIMO PRIMERO. Se ordena dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 187, 192 y 195 del CPACA.

DECIMO SEGUNDO: Sin costas conforme a lo manifestado en esta providencia.

DECIMO TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, expídanse copias de la sentencia al interesado conforme al artículo 114 del C.G.P., hágase la liquidación de gastos del proceso, y archívese el expediente. En caso de quedar

remanentes, los mismos deben ser reclamados dentro del término de la ley en las formas que disponga el Consejo Superior de la Judicatura, so pena de la declaración de prescripción.

DECIMO CUARTO: De esta providencia notifíquese a la Organización Internacional para las Migraciones OIM por medio del Ministerio de Relaciones Exteriores”.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El I.C.B.F., presentó y sustentó recurso de apelación, cuestionando la decisión de reconocer la relación laboral y manifestando que era razonable que, por las necesidades del servicio, la demandante tuviera un plan de trabajo para ejecutar, recibiera instrucciones, diligenciara formularios y realizara informes, sin que ello suponga necesariamente subordinación. Añadió que la contratación de los profesionales se realiza en diferentes periodos para atender en momentos exactos a cierto grupo poblacional, por necesidades del servicio.

Sostuvo que no se encuentra probado que dentro de la planta de la entidad que exista el cargo de psicóloga que ejecutara las obligaciones específicas para las cuales fue contratada la demandante.

Precisó que entre los contratos suscritos con la O.I.M., se puede evidenciar que se presentó solución de continuidad entre el contrato que finalizó el 31 de diciembre de 2013 y el siguiente que inició el 3 de marzo de 2014, lo que significa que no habría lugar de cancelar ningún tipo de prestación ni seguridad social en los dos últimas O.P.S.

Que no debe responder de forma solidaria respecto de los contratos suscritos por la demandante con la O.I.M., ya que para ello se requiere que la actividad contratada sea propia de la misión del I.C.B.F, y, que la labor ejecutada por la demandante de psicóloga no cumple con la integridad de los postulados misionales del I.C.B.F., porque la protección y prevención de la primera infancia es uno de las tantas funciones que ejerce.

Indicó que es improcedente el reembolso de los aportes que la contratista realizó de más, por constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal, pues ellos conllevarían a un doble pago, por cuanto estos ya fueron cancelados íntegramente por aquella.

Por último, recalcó que las órdenes dadas en los ordinales octavo y noveno son incongruentes, pues en el octavo se reconoció las prestaciones a que tiene

derecho un empleado público de la planta, pero se decretó que las mismas se tasarían con base en los honorarios pactados en los contratos; y en el ordinal noveno se condenó a que se consignara a la administradora de pensiones de la demandante, los aportes para pensión causados entre el 22 de octubre de 2003 y el 28 de febrero de 2006, y luego entre el 10 de octubre de 2010 y el 30 de abril de 2014, por lo que de acatarse lo dispuesto por el a quo, se estaría obligando a realizar un doble pago de aportes, por cuanto estos ya fueron cancelados íntegramente por la contratista.

V. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Con auto de 10 de mayo de 2022, se admitió el recurso de apelación interpuesto por el I.C.B.F., en contra de la sentencia de 26 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado 21 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., y, al no existir pruebas para decretar, el despacho consideró que resultaba innecesario correr traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión, de conformidad con lo establecido en el numeral 5º del artículo 247 del CPACA modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, ya que podían hacerlo desde la notificación del auto que concedió el recurso hasta la ejecutoria del auto que lo admitió; pese a ello, las partes no presentaron alegatos de conclusión. Asimismo, se le hizo saber al Ministerio Público sobre la posibilidad de presentar el respectivo concepto, desde la admisión del recurso hasta que el proceso ingresara al despacho para sentencia, pero se abstuvo de hacerlo.

VI. CONSIDERACIONES

Conforme a la competencia establecida en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, corresponde a este Tribunal resolver el recurso de apelación interpuesto por el I.C.B.F., en contra de la sentencia de 26 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado 21 Administrativo del Circuito de Bogotá D.C., que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Por lo que deberá la Sala determinar si entre la señora ERIKA OFELIA ROMERO ALMANZA y el I.C.B.F., y el O.I.M., existió una relación laboral, al

configurarse los elementos de subordinación y continua dependencia, que conlleve a decretar la existencia de una relación de esa naturaleza y el pago de las prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir.

Está probado en el expediente que la demandante suscribió contratos de prestación de servicios con el I.C.B.F., y la O.I.M., que se enuncian a continuación:

CONTRATOS SUSCRITOS CON EL ICBF			
Contrato No.	Fecha Inicial	Fecha Final	Objeto
1822/2003	22/10/2003	21/02/2004	Prestar sus servicios profesionales en el área de psicología para la atención directa y especializada a la niñez o familiar que presenten vulneración de sus derechos por situaciones de violencia y ruptura del tejido social como consecuencia del conflicto armado y/o desastres naturales, integrando una unidad móvil.
Interrupción 28 días hábiles			
641/2004	01/04/2004	31/03/2005 fl. 27	Prestar sus servicios profesionales en el área de psicología para la atención directa y especializada a la niñez o familiar que presenten vulneración de sus derechos por situaciones de violencia y ruptura del tejido social como consecuencia del conflicto armado y/o desastres naturales, integrando una unidad móvil.
Interrupción de 2 meses y 1 día			
396/2005	02/06/2005	02/02/2006	Prestar sus servicios profesionales en el área de psicología para la atención directa y especializada a la niñez o familiar que presenten vulneración de sus derechos por situaciones de violencia y ruptura del tejido social como consecuencia del conflicto armado y/o desastres naturales, integrando una unidad móvil.
Interrupción 56 días hábiles			
CONTRATOS SUSCRITOS CON LA O.I.M			
980/2006 (fl. 249)	26/04/2006	31/01/2007 (fl. 250)	Prestar sus servicios profesionales en el área de psicología integrando una Unidad Móvil del IC.B.F., en la Regional Bogotá, para la atención directa y especializada de acuerdo a su formación profesional, a la población víctima del desplazamiento forzado y/o en alto riesgo o afectada por desastres naturales con el propósito de contribuir a la restitución de los derechos vulnerados, la protección y al restablecimiento socioeconómico preferentemente a niños, niñas, jóvenes, mujeres gestantes y madres lactantes.
INTERRUPCIÓN 3 AÑOS Y 8 MESES			
3417	01/10/2010	27/12/2010	Prestar los servicios profesionales en el área de psicología.
4669	28/12/2010	20/12/2011	Prestar los servicios profesionales en el área de psicología.
Interrupción 8 días hábiles			
6214	30/12/2011	31/12/2013	Prestar los servicios profesionales en el área de psicología.
Interrupción 42 días hábiles			
10368	03/03/2014	30/04/2014	Prestar los servicios profesionales en el área de psicología.

De los contratos suscritos entre la señora ERIKA OFELIA ROMERO con el I.C.B.F., anteriormente relacionados se advierte que las actividades desarrolladas por la demandante eran las siguientes:

- 1- Intervenir en las familias y los hijos menores de 18 años, madres gestantes y lactantes del área rural, urbana, indígenas y raizales pertenecientes a áreas de influencia de los centros zonales donde se detecte mayor problemática de violencia por conflicto armado.
2. En especial prioridad a la familias a negó de desplazamiento, desplazadas y afectadas

por el conflicto armado o en zonas donde han ocurrido desastres naturales, con niños, niñas y adolescentes con derechos vulnerados, con discapacidad, víctimas de violencia intrafamiliar, maltratados, abusados sexualmente, que determinan mayor riesgo frente al manejo de conflictos, víctimas de minas antipersonales y artefactos explosivos bélicos, en situación de vulnerabilidad por el conflicto armado; y niños y jóvenes a riesgo de vinculación al conflicto armado. 3. En conjunto con el equipo seleccionado: 3.1.- En desarrollo de la ejecución contractual, el contratista deberá entregar documentos e informes que estarán sujetos a los formatos ICBF para su presentación. Al inicio del contrato, elaborar Plan de Acción General para los ocho meses. 3.2- Articular el plan propuesto en el proyecto metodológico, en un plan de acción general departamental con las otras áreas. 3.3.- Apoyar el diseño e implementación de ejes de trabajo específico para la prevención del desplazamiento forzado y la prevención de la vinculación de niños, niñas y jóvenes a los grupos armados, Y para la Atención de Emergencias ocasionadas por conflicto armado (desplazamiento, tomas armadas, masacres, actos terroristas y otros) y/o desastres naturales. 3.4. Prestar los servicios prioritariamente en el Departamento del Meta, donde se realiza la contratación, pero ante emergencias y solicitud del ICBF se debe contar con disponibilidad para apoyar acciones en otros departamentos del país. 3.5.- Movilizarse a lugares con características especiales (presencia de grupos armados, retenes, etc., de difícil acceso vía fluvial, terrestre, aérea - poblaciones con costumbres, hábitos y culturas distintas a las propias), según el plan de acción general (departamental) resultado del análisis de realidad del conflicto armado y/o por situación de emergencia 3.6.- Basados en el plan general resultante, articular los planes locales, los cuales deben incluir acompañamiento y atención a las víctimas de la violencia a través de: 3.6.1. La planeación y desarrollo necesarios para la atención integral y especializada con énfasis en el apoyo psicosocial y en la reconstrucción del tejido social desde la identidad individual y colectiva, con los grupos poblacionales definidos y en la prevención y atención de los efectos y problemáticas generadas por conflicto armado, tales como la violencia intrafamiliar, el maltrato infantil y abuso sexual (talleres psicosociales, conversatorios, capacitación, encuentros e intervenciones individuales, grupales, familiares y comunitarios entre otros.) 3.6.2 Desarrollar dichos planes, y sistematizar la información de trabajo de campo mensualmente, para los distintos objetivos (supervisión, seguimiento a las acciones, entre otros) y presentaría periódicamente de acuerdo con los lineamientos y lo pactado. 3.7. Por cada Municipio atendido se debe presentar informes, cada uno contendrá los Planes Locales de Atención y la ejecución de los mismos, por mes transcurrido, en lo posible nombre o identificación de las personas atendidas o familias atendidas, deberá entregar copia del informe al Grupo Jurídico para que repose en la carpeta contractual. 3.8.- Realizar los informes colectivamente y entregar copias a la Regional y Sede Nacional, de acuerdo con el Manual para el Seguimiento a Unidades Móviles. 4. Para el desarrollo del trabajo en equipo se debe: 4.1. Articular y coordinar las acciones con la Regional Respectiva y con el Centro Zonal que tiene jurisdicción en el municipio donde se realizara la atención. 4.2.- Articular y coordinar las acciones con los sistemas: Sistema Nacional de Bienestar Familiar; Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada y/o Sistema Nacional de Atención y Prevención de desastres”.

En relación con el pago de los honorarios se observa que conforme a la cláusula quinta denominada "VALOR Y FORMA DE PAGO" de cada uno de los contratos aquí analizados, la entidad demandada le cancelaba los honorarios a la señora ROMERO ALMANZA, previa entrega del informe mensual y certificación de cumplimiento expedida por el supervisor del contrato y los recibos de pago a la E.P.S., y Fondo de Pensiones.

De manera igual, en la cláusula décima de los contratos suscritos con el ICBF se aprecia lo siguiente: "SUPERVISIÓN: El ICBF controlará el cumplimiento del contrato a través de la Coordinadora del Grupo Asistencia Técnica o quien

designe la Directora Regional de Bogotá mediante oficio quien ejercerá la supervisión del presente contrato conforme a lo dispuesto sobre el particular en las normas internas expedidas para el efecto por el ICBF.”.

Es necesario precisar que la ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES O.I.M., es un organismo que forma parte del Sistema de las Naciones Unidas y es la organización intergubernamental líder que promueve desde 1951 una migración humana y ordenada para beneficio de todos, con 174 Estados Miembros y presencia en más de 100 países. La OIM tiene presencia en Colombia desde 1956 y, se ha caracterizado por ser líder en el país en la ejecución de proyectos que benefician a la población en búsqueda de protección internacional, migrantes que retornan, migrantes laborales, víctimas de la trata de personas, personas en situación de desplazamiento; niños, niñas y jóvenes desvinculados de grupos armados ilegales, desmovilizados vinculados a procesos de reintegración, víctimas de los grupos armados ilegales y desplazados a causa de desastres naturales.

Por intermedio de la Ley 1441 de 2011, se aprobó el Acuerdo de Cooperación y Régimen de Privilegios e Inmidades entre la Organización Internacional para las Migraciones y el Gobierno de la República de Colombia, hecho en Bogotá el 5 de mayo de 2009. En el artículo segundo dispuso que el Organismo goza de personería jurídica que lo capacita para contratar, adquirir, enajenar bienes y celebrar contratos relacionados con la órbita de sus funciones, y para entablar procedimientos judiciales y administrativos, cuando así convenga a los intereses de la justicia.

Que la OIM desarrolla programas en Colombia respondiendo a las prioridades del país y del Gobierno, en el marco de su mandato y su experiencia internacional, promoviendo el flujo ordenado de los movimientos migratorios en condiciones de dignidad y respeto por los Derechos Humanos de los migrantes. Estos principios se desarrollan a través de actividades de fortalecimiento de las instituciones colombianas gubernamentales y no gubernamentales, cooperación técnica e implementación de programas y proyectos dentro de los cuales se pueden mencionar: (i) programas de cooperación técnica en materia migratoria; (ii) programas de atención a poblaciones sujetas a migraciones forzadas y en riesgo por la situación de violencia y las consecuencias generadas por dicho fenómeno durante la emergencia y Post-emergencia; (iii) programas y actividades para la transferencia al país de recursos humanos calificados y: (iv) programas de cooperación técnica desarrollados con el gobierno colombiano en el campo de la elaboración de políticas y legislación migratoria, así como a favor del fortalecimiento de su capacidad de gestión en materia migratoria.

En el artículo 6º dispone de forma clara el listado de privilegios e inmidades de que goza el organismo. En el numeral 6.3 señaló que “La OIM, sus bienes y haberes en cualquier parte del territorio, plenamente identificados por la OIM ante la autoridad competente, gozarán de inmunidad respecto de todo procedimiento de orden judicial y administrativo, y no podrán ser objeto de registro, revisión, auditoría, embargos, apremios, medidas cautelares o de

ejecución siempre que dichos bienes y haberes se empleen en desarrollo de las actividades propias del Organismo...”.

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1441_2011.html

Teniendo en cuenta esta regulación la Corte Constitucional en sentencia C-788 de 2011 analizó el Acuerdo de Cooperación y Régimen de Inmunities entre la Organización Internacional para las Migraciones y el Gobierno de Colombia en los siguientes términos:

“3.1.3.3. Ahora bien, de conformidad con el último elemento anotado, **esta Corporación ha sostenido que a la luz de la Constitución, en el territorio colombiano ningún Estado u organismo internacional gozan de inmunidad absoluta.** Esto es así, porque las atribuciones que le competen al Estado colombiano en términos de soberanía e independencia, implican que tiene capacidad jurídica para “asegurar la defensa de los derechos de las personas sometidas a su jurisdicción.¹⁸” De esta manera, el principio de inmunidad de jurisdicción debe ser concebido como un instrumento para garantizar la autonomía de los agentes internacionales en el ejercicio de sus funciones, “pero sin que ello implique una renuncia no justificada del deber del Estado de garantizar los derechos y deberes de los habitantes del territorio.¹⁹”

Así, ha entendido la Corte, las intervenciones de las autoridades colombianas que persigan la defensa de los derechos de los habitantes del territorio nacional, siempre y cuando no obstaculicen el desempeño eficaz de las funciones de los organismos de derecho internacional huéspedes en Colombia, “no sólo son legítimas sino necesarias para garantizar el orden constitucional y en particular el respeto a la recíproca independencia.²⁰”

3.1.3.4. Con base en la subregla anterior, esta Corporación ha definido en sede de tutela y en materia de control de constitucionalidad, las siguientes limitaciones a la inmunidad de los agentes de Estados extranjeros y organismos de derecho internacional que se encuentren en el territorio nacional: (...)

La jurisdicción laboral (...)

En la sentencia T-932 de 2010, la Corte analizó el caso de una ciudadana a favor de quien la Misión Diplomática de la Embajada de la República Bolivariana de Venezuela en Colombia, dejó de realizar los aportes al Sistema de Pensiones. Para resolver el caso concreto, en las consideraciones generales del fallo, la Sala Novena de Revisión llegó a tres conclusiones principales:

(i) de manera progresiva, el derecho internacional ha reconocido que los Estados y los organismos internacionales tienen inmunidad restringida en materia laboral, es decir, ha aceptado que las misiones diplomáticas y los organismos supranacionales pueden ser llamados a juicio por tribunales locales “cuando se encuentran comprometidos derechos laborales y prestacionales de connacionales y residentes permanentes del territorio nacional (...).²¹”; (ii) cuando un Estado extranjero celebra un contrato laboral con un nacional colombiano, debe someterse irrestrictamente a las normas laborales internas, razón por la que ‘un Estado acreditante no puede alegar inmunidad por reclamos derivados del contrato de trabajo o de la ejecución de relaciones laborales.’; y (iii) la celebración de contratos de trabajo con nacionales colombianos obliga a las misiones diplomáticas y a los organismos supranacionales a asumir el riesgo de vejez²², mediante la afiliación del trabajador al Instituto de Seguros Sociales o incluso a otras entidades de previsión social que cubrieran tal riesgo.”

En consonancia con las conclusiones anotadas, al constatar que la accionante podía acudir ante los jueces laborales para obtener el amparo de sus pretensiones, y ante la necesidad de adoptar medidas urgentes e impostergables para garantizar la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y la seguridad social, la Corte concedió la tutela interpuesta como mecanismo transitorio y ordenó al Jefe de la Misión Diplomática de la

Embajada de la República Bolivariana de Venezuela en Colombia pagar a la accionante *"la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente conforme a las normas colombianas, a título de pensión provisional de vejez y hasta tanto la justicia ordinaria laboral resuelva de fondo la controversia en materia de derechos laborales que planteará la actora."*

Entre la O.I.M., y el I.C.B.F., se celebraron convenios de cooperación (209, 661, 754) en los que se estipuló como objeto "aunar esfuerzos y recursos con el fin de adelantar acciones en salud y educación con enfoque diferencial, para la prevención, la protección y el restablecimientos de los derechos vulnerados a niños, niñas, adolescentes, jóvenes y sus familias, víctimas de toda forma de violencia, reclutamiento forzado, trata de personas, y especialmente a los afectados por desplazamiento forzado y desastres , a través de la institucionalización de las Unidades Móviles, para contribuir en la generación de soluciones integrales y sostenibles para los migrantes y comunidades vulnerables". Como obligaciones de la O.I.M., están entre otras, la de "coordinar con el I.C.B.F., las acciones de planeación, financiación, ejecución, evaluación y seguimiento necesarias para dar cumplimiento al presente convenio y, aportar recursos por valor de \$6.104.156.650 de los cuales \$2.792.000.000 corresponden a aportes en dinero destinados para el desarrollo de proyectos comprometidos y financiados por la Agencia de los Estados Unidos para el desarrollo internacional y \$3.312.156.650 consistente en el recurso humano de O.I.M., que brindará para la asistencia técnica para el desarrollo del presente convenio".

De los contratos suscritos con la O.I.M., anteriormente relacionados se advierte que las actividades desarrolladas por la demandante eran las siguientes:

1. Dar cumplimiento a los procedimientos establecidos por ICBF para la Atención a la población en situación de desplazamiento por las unidades móviles y atención a la población víctima de desastres naturales.
2. Participar en los procesos de evaluación y programación de servicios que atiendan a la población en situación de desplazamiento, aportando la información que sea obtenida de las otras instituciones del Sistema Nacional de atención a la población desplazada - SNAIP.
3. Recibir por parte de la Regional los elementos devolutivos, requeridos para el normal desempeño de sus obligaciones y al momento de la terminación del contrato, deben ser devueltos al supervisor del contrato. En todo caso, será responsabilidad del contratista devolverlos en buen estado.
4. Aplicar el principio de precaución (valoración de los riesgos en los desplazamientos consultando con las autoridades competentes de la localidad) antes de movilizarse a las localidades o lugares con presencia de niños, niñas y adolescentes en situación de desplazamiento o riesgo de sufrimiento, víctima de desastres naturales e inseguridad alimentaria.
5. Garantizar la visibilidad del ICBF, portando adecuadamente los elementos entregados (chalecos gorras, maletines, pendones entre otros), los cuales deben ser reintegrados en el momento de terminación del contrato.
6. Generar un ambiente de cordialidad y respeto con los usuarios, compañeros y supervisor del contrato.
7. En su condición de contratista independiente, dar cumplimiento a los lineamientos institucionales que para el caso le haya impartido el ICBF, tanto en su comportamiento como en sus actitudes.
8. Informar de manera oportuna al supervisor del contrato, las razones que le impidan el cumplimiento de las actividades programadas durante la ejecución del contrato.

9. Presentar mensualmente al Supervisor del contrato los recibos de pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social y demás soportes requeridos para la expedición de la certificación y trámite de los pagos mensuales.
10. Prestar la colaboración que facilite a la O.I.M. el pago de sus honorarios, de acuerdo con los procedimientos de la Organización.
11. Asumir por su cuenta y riesgo todas las obligaciones tributarias que se deriven de la suscripción y ejecución del presente contrato.
12. Cualquier otra actividad que de acuerdo con su competencia, le sea asignada por la Coordinación de Asistencia Técnica de la Regional Bogotá del ICBF”.

Según se observa en cada uno de los contratos suscritos entre la demandante y la O.I.M., la demandante fue contratada para que prestara sus servicios profesionales en la Regional del I.C.B.F. del distrito Capital. Que la supervisión del contrato estaría a cargo del I.C.B.F., a través de la Coordinación de Asistencia Técnica de la Regional referida, quien sería la encargada de certificar ante la O.I.M., sobre el cumplimiento, incumplimiento o cumplimiento insatisfactorio de las obligaciones a cargo del contratista. Y como obligaciones de la O.I.M., estaba la de pagar los honorarios al contratista, una vez recibiera del supervisor la certificación de cumplimiento, cuenta de cobro y los recibos de pago de los aportes a E.P.S., A.F.P., y A.R.P., de la organización.

Obra certificación emitida por el I.C.B.F., de cumplimiento de actividades del mes de ejecución de 3 de marzo a 31 de marzo de 2014 y cuenta de cobro de la O.I.M., por concepto de pago de honorarios por el periodo referido.

Informe de acompañamiento psicosocial de 9 de septiembre de 2013, suscrita por ROMERO ALMANZA, entre otras y, copia del Acta de reunión o Comité No. 3 de 30 de abril de 2014 convocada por las Unidades Móviles I.C.B.F., para realizar la socialización de procesos focalizados y gestión de caso de los procesos activos, teniendo como asistentes entre otras, a la demandante.

Se observa en la cláusula décima primera de los contratos celebrados con la OIM lo siguiente: "SUPERVISIÓN: La supervisión del presente contrato estará a cargo del ICBF a través de la Coordinación de Asistencia Técnica de la Regional Bogotá, quien será el encargado de certificar ante la OIM. ”.

Como prueba de la prestación personal del servicio y de la subordinación de la demandante ante el I.C.B.F., y la O.I.M., se recibieron los testimonios de los señores RAÚL SUÁREZ SIERRA y CINDY DOREIDY NOVOA CHACÓN, quienes manifestaron que fueron compañeros de trabajo de la actora en el programa de unidades móviles del I.C.B.F.; que realizó funciones de psicóloga en unos espacios fuera de las instalaciones del I.C.B.F., denominados U.A.O., -Unidad de Atención y Orientación- que estaban conformadas por un nutricionista, un psicólogo, un trabajador social y un especialista en artes, en los cuales brindaba atención a población desplazada víctima del conflicto armado que se asentaba en Bogotá; que debía presentarse a las 8:00 a.m., en las instalaciones del I.C.B.F., y de allí los vehículos de la entidad la transportaba a las U.A.O., y, en la tarde realizaba visitas en los domicilios hasta las 5:00 p.m., de acuerdo a las rutas e indicaciones dadas por Mabel Adriana González, que era la Coordinadora del equipo de unidades móviles, que era profesional de planta del I.C.B.F., y que

el control también se realizaba por parte de la Oficina de Atención de Asistencia Técnica del I.C.B.F.

También afirmaron que la demandante debía tramitar los permisos por correo electrónico dirigido a la Coordinadora de la U.A.O.; añadieron que si bien unos contratos fueron suscritos con la O.I.M., el contacto con esta entidad era nulo, porque los informes de la prestación del servicio se presentaban ante la Coordinadora nombrada por el I.C.B.F., y se remitían a la O.I.M., para el desembolso del pago; que el I.C.B.F., entregaba los elementos de trabajo, como gorras, carné, chalecos y morrales. Por último, afirmaron que en la planta de personal del I.C.B.F., si existían profesionales en psicología.

Así mismo, se recibió interrogatorio de parte a la señora ERIKA OFELIA ROMERO, quien manifestó que se desempeñó como psicóloga en las Unidades Móviles de Atención del I.C.B.F., en la Regional de Bogotá D.C., para la atención directa y especializada a la población víctima del desplazamiento forzado; que unos contratos los suscribió con el I.C.B.F. y a partir del 2010 con la O.I.M.; recalcó que prestó sus servicios de manera permanente, personal y bajo la continua subordinación del I.C.B.F., cumpliendo un horario de 8:00 a.m., a 5:00 p.m.; que su jefe inmediato era MÁBEL GONZÁLEZ, quien era la coordinadora de las unidades móviles y quien organizaba los grupos de trabajo y los horarios y a quien se le entregaban los informes y finalmente que el I.C.B.F., brindaba los elementos de trabajo.

A la prueba testimonial este Tribunal le otorga plena credibilidad porque su dicho resultó coincidente con lo señalado por la demandante en el interrogatorio de parte y, con las funciones que le fueron establecidas en los respectivos contratos. De acuerdo con lo anterior, es claro para este Tribunal que la situación de la demandante se enmarca en una relación laboral disfrazada ya que se logró probar que efectivamente la actora tenía que cumplir un horario de trabajo, prestar sus servicios en las Unidades Móviles de Atención a Víctimas de la Violencia del ICBF e incluso movilizarse a lugares con características especiales (presencia de grupos armados y de difícil acceso); adicionalmente presentaba informes de la gestión realizada al Supervisor del contrato, quedando principalmente desvirtuado el hecho de que contó con autonomía en el ejercicio del objeto contractual, ya que siempre estuvo supeditada a las directrices impuestas por la entidad a través de sus Jefes inmediatos.

Y como elemento relevante se indica que el trabajo que desarrollaba la señora ERIKA OFELIA ROMERO ALMANZA como Profesional en el Área de la Psicología, integrando una Unidad Móvil para la atención directa y especializada a la población víctima del desplazamiento forzado, con el propósito de contribuir a la restitución de los derechos vulnerados, a la protección y restablecimiento socioeconómico a los niños, niñas, jóvenes, mujeres gestantes y madres lactantes víctimas del desplazamiento forzado, labores que tienen una estrecha relación con los servicios para el cual fue creado el ICBF, en tanto que el objeto social del ente gira en torno a proteger a los niños, niñas y adolescentes garantizándole sus derechos fundamentales.

Para continuar con la solución al problema jurídico en este punto resulta necesario examinar el contenido del artículo 32 numeral 3º de la Ley 80 de 1993, que define el contrato de prestación de servicios en los siguientes términos:

“(…) 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. (Apartes subrayados CONDICIONALMENTE EXEQUIBLES).

(…)”.

*De la disposición transcrita se ha entendido por la doctrina en general que los contratos de prestación de servicios, **no deben celebrarse cuando se trata de realizar labores relacionadas con la misión de la entidad**. Así lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando ha dicho que, si la función contratada está relacionada con funciones que adelanta la entidad pública, se está en presencia de una relación laboral; así como si se realizan de manera permanente o cotidiana; y que, si adicionalmente conllevan el cumplimiento de un horario de trabajo, se refuerza la argumentación en el sentido de señalar que la relación no es de tipo contractual; así lo expresó el alto Tribunal:*

“(…)”

RELACIÓN LABORAL Y CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS-Criterios que delimitan y definen los conceptos y sus elementos

La jurisprudencia colombiana permite establecer algunos criterios que definen el concepto de función permanente como elemento, que sumado a la prestación de servicios personales, subordinación y salario, resulta determinante para delimitar el campo de la relación laboral y el de la prestación de servicios. Son estos: i) Criterio funcional, esto es, si la función contratada está referida a las que usualmente debe adelantar la entidad pública, en los términos señalados en el reglamento, la ley y la Constitución, será de aquellas que debe ejecutarse mediante vínculo laboral; ii) Criterio de igualdad: Si 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, debe acudir a la relación legal y reglamentaria o al contrato laboral y no a la contratación pública; iii) Criterio temporal o de la 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, o sea que si se suscriben órdenes de trabajo sucesivas, que muestra el indiscutible ánimo de la administración por emplear de modo permanente y continuo los servicios de una misma persona, y no se trata de una relación o vínculo de tipo ocasional o esporádico, es lógico concluir que nos referimos a una verdadera relación laboral; iv) Criterio de la 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, puede acudir a la contratación pública; pero si la gestión contratada equivale al giro normal de los negocios de una empresa debe corresponder a una relación laboral y no puramente contractual; v) Criterio de la continuidad: si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de

servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, esto es, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral (...)"

En el caso concreto, quedó plenamente demostrado que los contratos de prestación de servicios suscritos por la señora ROMERO ALMANZA con el I.C.B.F., y la O.I.M., no poseen la excepcionalidad propia de este tipo de contratos, ya que obedecieron al desarrollo misional del ICBF; que además se extendieron por varios años, lapso en el cual estaba sometida a un horario y bajo las órdenes de unos superiores, lo que permite evidenciar que las actividades contractuales no fueron ocasionales, por lo que la vinculación que debió presentarse, correspondía a la legal y reglamentaria.

En tales circunstancias, a juicio de esta Corporación se encontraron acreditados los elementos de una relación laboral, como son la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación, que es el factor fundamental y determinante para allegar a esta conclusión, tal como lo expuso la Corte Constitucional, en la sentencia C-934/04 en la que dijo lo siguiente:

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

Dentro del elemento subordinación se destaca, como ya lo ha sostenido la jurisprudencia, el poder de dirección en la actividad laboral y la potestad disciplinaria que el empleador ejerce sobre sus trabajadores para mantener el orden y la disciplina en su empresa. Esa facultad, como es obvio, se predica solamente respecto de la actividad laboral y gira en torno a los efectos propios de esa relación laboral. Sin embargo, aún en ese ámbito de trabajo la subordinación no puede ni debe ser considerada como un poder absoluto y arbitrario del empleador frente a los trabajadores.

En efecto, la subordinación no es sinónimo de terca obediencia o de esclavitud_toda vez que el trabajador es una persona capaz de discernir, de razonar, y como tal no está obligado a cumplir órdenes que atenten contra su dignidad, su integridad o que lo induzcan a cometer hechos punibles. El propio legislador precisó que la facultad que se desprende del elemento subordinación para el empleador no puede afectar el honor, la dignidad ni los derechos de los trabajadores y menos puede desconocer lo dispuesto en tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen a Colombia.

2.3. Ahora bien, una de las expresiones de esa subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador es el poder de dirección que conlleva a la facultad de impartir órdenes, de establecer las directrices que han de guiar la actividad laboral y por supuesto la de imponer un reglamento interno que contenga las normas no sólo de comportamiento dentro de ella sino las disposiciones reguladoras de la actuación de ambas partes de la relación laboral. Dicho reglamento regirá las políticas de la empresa, las relaciones laborales y regulará las condiciones en que debe desarrollarse el trabajo. Este ha sido definido como "el conjunto de normas que determinan las condiciones a que deben sujetarse el patrono y sus trabajadores en la prestación del servicio."

*En conclusión, de conformidad a lo antes expuesto se encontró probada la existencia de una relación laboral de la demandante con el I.C.B.F., por el periodo comprendido entre el **22 de octubre de 2003 y el 31 de enero de 2007 y del 1º de octubre de 2010 al 30 de abril de 2014.***

*En este punto de discusión es preciso resaltar que de la lectura de la sentencia dictada por el a quo se advierte que en la misma no se tomó en cuenta el periodo comprendido entre el **26 de abril de 2006 al 31 de enero de 2007,** y ni siquiera se menciona el contrato 980 de 2006, pese a que en el material probatorio recaudado, figura oficio suscrito por el Jefe de Misión de la Organización Internacional para las Migraciones (Fl. 249) en el que certifica que la señora ERIKA OFELIA ROMERO ALMANZA prestó sus servicios en el área de psicología en una Unidad Móvil del I.C.B.F., en la Regional Bogotá, por un plazo de 8 meses y 6 días, contados desde el 26 de abril al 31 de diciembre de 2006, conforme al contrato PS-980. Asimismo aparece a folio 250 copia de la "Prórroga 01" de dicho contrato, en la que se extiende el mismo hasta el 31 de enero de 2007.*

*Lo cual explica que en el ordinal "NOVENO" de la sentencia apelada se hubiese ordenado el reconocimiento de los aportes a pensión causados "entre el **22 de octubre de 2003 y el 28 de febrero de 2006, y luego entre el 1º de octubre de 2010 y el 30 de abril de 2014**"; no obstante, comoquiera que el I.C.B.F. es único apelante y la parte actora, al ser la directamente afectada por esa omisión, no alegó dicho yerro, este Tribunal se abstendrá de modificar esos tiempos de vinculación.*

Sin embargo, esta Sala coincide con la inconformidad manifestada por el I.C.B.F. en el recurso de alzada, respecto a que la condena descrita en el ordinal "NOVENO" está mal planteada ya que de su lectura, pareciera que el juzgado estuviese ordenando a cancelar el 100% de los aportes pensionales sin tener en cuenta que el contratista ya efectuó cotizaciones durante el tiempo en que trabajó en el I.C.B.F., lo cual evidentemente correspondería a un doble pago de aportes.

*Este Tribunal es del criterio de reconocer los aportes pensionales, correspondiéndole a la entidad contratante girar a la entidad de previsión en pensiones, a la que estaba afiliada la demandante, **el valor correspondiente a la suma faltante por concepto de dichos aportes,** únicamente en el porcentaje que como empleador debió realizar, luego de hacer la liquidación de lo efectivamente cotizado y lo que se debió cotizar. Razón por la cual habrá de*

modificarse el ordinal "NOVENO" de la sentencia impugnada, en el sentido que se condenara a las demandadas a tomar el IBC de la demandante y verificar ante la respectiva Administradora de Fondos Pensionales, **si existe diferencia entre los aportes pensionales que se debieron efectuar y los efectivamente realizados**, entre el 22 de octubre de 2003 y el 28 de febrero de 2006, y luego entre el 1º de octubre de 2010 y el 30 de abril de 2014, y en caso de ser así, **cotizar al fondo la suma faltante en el porcentaje que le corresponda al empleador**, y no como lo dispuso el juzgado de instancia.

Cabe resaltar que de conformidad con el Decreto 780 de 2016 en su artículo 3.2.7.1, "el Ingreso Base de Cotización (IBC), al sistema de seguridad social integral del trabajador independiente con contrato de prestación de servicios personales relacionados con las funciones de la entidad contratante corresponde mínimo al cuarenta (40%) del valor mensual de cada contrato, sin incluir el valor total del impuesto al valor Agregado (IVA), cuando a ello haya lugar".

Por lo anteriormente dispuesto es que este Tribunal no ordenará que la demandante cotice sumas adicionales para recomponer la base pensional, bajo el entendido que con lo que cotizó al sistema cubrió suficientemente su obligación.

De otra parte, esta Sala de manera mayoritaria, es de la tesis que los aportes a salud le correspondía realizarlos a la demandante en su condición de contratista y que cubrieron el riesgo, por lo que se trata de hechos cumplidos. Destaca la Sala que el criterio relativo a negar devolución por aportes a salud y riesgos laborales fue reafirmado en reciente Sentencia de Unificación (SUJ-025-CE-S2-2021) de 9 de septiembre de 2021 proferida por el Consejo de Estado¹, que para mayor entendimiento se transcribe:

"(...)

163. En atención a la naturaleza parafiscal de los recursos de la Seguridad Social, el párrafo del artículo 182 de la Ley 100 de 1993 ordena a las empresas promotoras de salud (EPS) manejar los recursos provenientes de las cotizaciones de los afiliados «en cuentas independientes del resto de rentas y bienes de la entidad». Esto, porque tales dineros únicamente pueden ser previstos y empleados para garantizar la prestación de los servicios sanitarios en los dos regímenes (subsidiado y contributivo), sin que quepa destinarlos para otros presupuestos. Asimismo, estos recursos ostentan la condición de ingresos no gravados fiscalmente, pues su naturaleza parafiscal (establecida en la Ley 100 de 1993, en desarrollo del artículo 48

¹ Sentencia SUJ-025-CE-S2-202 de 9 de septiembre de 2021, Magistrado Ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS radicado 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016)

constitucional) prohíbe su destinación y utilización para FINÉS distintos a los consagrados en ella.

164. **Las anteriores razones han conducido a esta Sección a considerar improcedente la devolución de los aportes a salud realizados por el contratista, a pesar de que se haya declarado a su favor la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente. Como se ha indicado, en función de su naturaleza parafiscal, estos recursos son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y, por tanto, independientemente de que se haya prestado o no el servicio de salud, no constituyen un crédito a favor del interesado, pues su finalidad era garantizar la prestación de los servicios sanitarios para los dos regímenes que integran el sistema, «lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer».**

165. Por consiguiente, **dado que corresponde al contratista sufragar dicha contribución, en tanto está obligado por la ley a efectuarla, no es procedente ordenar su devolución, aunque se haya declarado la existencia de una relación laboral encubierta.** Además, reembolsar estos aportes implicaría contradecir al legislador, cuya voluntad, como se expuso, buscaba que su recaudo fuera directamente a las administradoras de servicios de salud, por tratarse, se itera, de contribuciones de pago obligatorio con una destinación específica y con carácter parafiscal.

166. En ese orden de ideas, **la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido de precisar que, frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales por parte de la Administración, es improcedente el reembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado de más, por constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal.** (...)” -negrillas y subrayas fuera de texto.

*Debe indicarse que el hecho de que se reconozca el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, y con ello se ordene un restablecimiento del derecho, **no implica que a la demandante se le otorgue calidad de empleada pública** y de paso el derecho a otros beneficios propios de una relación de carácter legal y reglamentario, por cuanto la declaración de la existencia de una relación laboral, sólo implica el reconocimiento de la correspondiente indemnización, la que se calcula con base en las **prestaciones sociales y económicas principales percibidas** por los empleados públicos adscritos al ICBF., con base en los valores estipulados en los respectivos contratos y, no conforme a “las prestaciones sociales a que tiene derecho un empleado público de planta del ICBF que desarrolla las funciones de psicóloga o en un cargo equivalente” como lo decidió el a quo.*

Es sabido que los Organismos Internacionales no gozan de inmunidad absoluta, pues en el ámbito de la jurisdicción laboral estas entidades deben asumir la responsabilidad de sus obligaciones cuando se controvierta derechos derivados de una relación laboral, pueden ser llamados a juicio para responder por sus actuaciones.

En el caso bajo estudio se tiene que para el periodo abril de 2006 a 2014 la demandante suscribió directamente los contratos de prestación de servicios con la O.I.M., quien se responsabilizó en cada uno de ellos en pagar los honorarios pactados entre las partes, de manera igual sucedió con el ICBF que estipuló en los contratos que sería ella la encargada de cancelarle los honorarios para los

años 2003 a 2006, pero el servicio prestado por la señora ERIKA OFELIA ROMERO siempre fue para el I.C.B.F.; razón por la cual se concluye que ambas entidades en principio estarían llamadas a responder en una eventual decisión favorable a las pretensiones de la demanda.

Sin embargo, se advierte que las labores fueron ejecutadas por la actora en las instalaciones del ICBF, bajo la dirección, coordinación y supervisión de esta entidad y cumpliendo el objeto misional de la misma, de manera que concluye la Sala que quien debía responder por la condena que se efectuara al encontrar probada la relación laboral, es tal entidad. Adicionalmente, porque la OIM lo que hizo fundamentalmente fue aportar los recursos; y porque siendo un organismo internacional no se le debe exigir el conocimiento de la manera de contratar, ya que este conocimiento ni siquiera puede predicarse de las instituciones colombianas, que con frecuencia lo incumplen.

Pese a encontrarse por este Tribunal que es el ICBF el legitimado en la causa, no es posible exonerar al organismo internacional demandado al respetar el principio de no reformatio in pejus por cuanto es único apelante; aunque de todas maneras el juez de instancia decretó la responsabilidad solidaria entre las dos entidades demandadas.

Las sumas a reconocer y pagar serán actualizadas de conformidad con lo previsto en el artículo 187 del C.P.A.C.A., teniendo en cuenta para ello las fechas de causación y de pago efectivo de las mismas. Para ello se deberá aplicar la fórmula siguiente:

$$Va = \frac{Vh \times \text{ind.f}}{\text{ind.i}}$$

Donde:

Va = Valor que se busca ya actualizado;

Vh = Valor histórico a actualizar;

Ind.f = Índice final, vigente a la fecha de actualización;

Ind.i = Índice inicial, vigente a la fecha de causación.

Además, deberá darse cumplimiento a esta sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

PRESCRIPCIÓN

En lo concerniente al fenómeno de prescripción extintiva de derecho en sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado, el 25 de agosto de 2016², se dijo que la parte interesada en solicitar el reconocimiento de una relación laboral en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, debe realizarlo dentro de los tres (3) años establecidos de límite para el reclamo de prestaciones sociales en nuestro ordenamiento. No obstante, indicó que cuando ello ocurre, se deben reconocer los aportes a

² Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016, dentro del expediente radicado N° 23001-23-33-000-2013-00260-01

seguridad social como quiera que los mismos tienen el carácter de imprescriptibles; se sostuvo además por la mencionada Corporación que la imprescriptibilidad de tales aportes no opera respecto a la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista.

Para mayor claridad se transcribe:

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

i) Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo **70 Decreto 2277 de 1979, "por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente", artículo 36: "Derechos de los educadores. Los educadores al servicio oficial gozarán de los siguientes derechos: (...) b. Percibir oportunamente la remuneración asignada para el respectivo cargo y grado del escalafón; (...)": 35 contractual.**

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

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

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

Con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se revocará el fallo de primera instancia y en su lugar (i) se decretará la nulidad de los actos administrativos demandados, en cuanto le negaron a la accionante el reconocimiento de la existencia de una relación laboral;

(ii) se ordenará al ente territorial accionado tomar (durante el tiempo comprendido entre el 1° de julio de 1986 y el 30 de diciembre de 1997, salvo sus interrupciones) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de el demandante (los honorarios pactados), 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, por lo que el actor 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; (iii) se declarará que el tiempo laborado por el demandante como maestra bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios con el municipio de Ciénaga de Oro, desde el 1° de julio de 1986 hasta el 30 de diciembre de 1997, salvo sus interrupciones, se debe computar para efectos pensionales; y (iv) se negarán las pretensiones relacionadas con el pago de cesantías, primas de servicios y navidad, vacaciones, dotaciones y auxilio de transporte, por haber operado la prescripción trienal."

*Se advierte igualmente que en dicha providencia el Consejo de Estado señaló 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**, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio."*

No sobra mencionar qué en cuanto al término de interrupción de los contratos estatales, en la referida sentencia de unificación de 9 de septiembre de 2021 se señaló:

"(...) 50. Como se indicó en el apartado anterior, aunque en la actualidad la Sección Segunda aplica el criterio pacífico sobre el término y el momento a partir del cual debe computarse la prescripción extintiva, la existencia de vinculaciones contractuales consecutivas hace necesario el examen de sus interrupciones, con el fin de establecer si se presentó o no la solución de continuidad en la relación laboral declarada. **En ese sentido, la Sala considera adecuado establecer un periodo de treinta (30) días hábiles como indicador temporal de la no solución de continuidad entre contratos sucesivos de prestación de servicios, sin que este, se itera, constituya una «camisa de fuerza» para el juez contencioso que, en cada caso y de acuerdo con los elementos de juicio que obren**

dentro del plenario, habrá de determinar si se presentó o no la rotura del vínculo que se reputa laboral. (...)” Negrilla y subraya fuera de texto

Conforme al acervo probatorio arrojado al plenario se verificó que entre los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes se presentaron cuatro interrupciones considerables: i) **De 2 meses y 1 día** entre el 1 de abril de 2005 y el 1 de junio de 2005, ii) **De 56 días hábiles** de 3 de febrero de 2006 y el 25 de abril de 2006, iii) **De 3 años y 8 meses** entre el 1 de febrero de 2007 (contrato 980) y el 30 de septiembre de 2010 (contrato 3417) y, iv) **De 42 días hábiles** entre el **1 de enero de 2014** y el **2 de marzo de 2014**, que demuestran la ruptura del vínculo laboral de la demandante con la entidad y, por lo tanto, la solución de continuidad en esos interregnos, al exceder el límite temporal de los 30 días hábiles establecido por el Consejo de Estado.

En tales condiciones concluye la Sala que en el presente caso se evidenciaron cinco (5) periodos de vinculación de la demandante con las entidades demandadas:

- I. De 22 de octubre de 2003 a 31 de marzo de 2005.
- II. De 2 de junio de 2005 a 2 de febrero de 2006.
- III. De 26 de abril de 2006 a 31 de enero de 2007
- IV. De 1º de octubre de 2010 a 31 de diciembre de 2013 y,
- V. De 3 de marzo de 2014 a 30 de abril de 2014

Como los primeros tres periodos de prestación de servicios culminaron el 01 de marzo de 2005, 2 de febrero de 2006 y 31 de enero de 2007 se tiene que la señora ERIKA OFELIA ROMERO ALMANZA tenía hasta el **01 de marzo de 2008, 2 de febrero de 2009 y 31 de enero de 2010**, respectivamente, para elevar reclamaciones administrativas, pues los tres años con que contaba para formular las correspondientes reclamaciones vencieron en esas fechas; y como está demostrado que la actora sólo procedió a instaurar la respectiva petición ante la demandada el **2 de febrero de 2015**; la Sala encuentra que, **frente a dichos periodos de vinculación** (22 de octubre de 2003 a 1º de marzo de 2005; 2 de junio de 2005 a 2 de febrero de 2006 y; De 26 de abril de 2006 a 31 de enero de 2007), **operó el fenómeno prescriptivo.**

No obstante, frente a los dos últimos periodos de vinculación (**1º de octubre de 2010 a 31 de diciembre de 2013 y de 3 de marzo de 2014 a 30 de abril de 2014**), no se presentó el fenómeno prescriptivo frente a las sumas de dinero que aquí se ordenan reconocer a título de indemnización, pues la actora tenía hasta el 31 de diciembre de 2016 y 30 de abril de 2017 respectivamente para formular petición ante la entidad demandada y, en efecto, procedió a ello el **2 de febrero de 2015**, por lo que se reconocerá la indemnización considerando esos periodos y como en los mismos existió interrupciones estas no serán estimadas.

Costas

Considera este Tribunal que en el presente caso no hay lugar a **condenar en costas** a la entidad demandada, debido a que no se advirtió una conducta dilatoria o de mala fe en su actuación. No se acoge en este aspecto el criterio objetivo para fijarlas —costas para la parte vencida en el proceso—ya que las personas que consideran que les asiste un derecho se abstendrían de reclamarlo; afectándose de esta manera el derecho de acceso a la justicia; lo que iría en desmedro del estado social de derecho que nos rige; igual principio se aplica a las entidades cuando resultan vencidas, como ocurrió en este caso, aunque fuere parcialmente.

Tal entendimiento de cierta manera, se hizo en el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, que adicionó el 188 de la 1437 de 2011³, que determina que el juez dispondrá sobre la condena en costas, cuando se advierta que la demanda se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal; y por igualdad procesal se aplica el mismo criterio a las entidades cuando resultan vencidas, como ocurrió en el asunto bajo estudio, en donde se hizo una defensa razonable.

Por las anteriores consideraciones, se confirmará parcialmente la sentencia apelada; se modificaran los ordinales SÉPTIMO, OCTAVO y NOVENO y se confirmarán los demás ordinales.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN "A"**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR parcialmente la sentencia de 26 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado 21 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., que accedió a declarar la existencia de la relación laboral, entre otras pretensiones de la demanda.

SEGUNDO. MODIFICAR los ordinales SÉPTIMO, OCTAVO y NOVENO, los cuales quedarán de la siguiente manera.

“**SEPTIMO. DECLARAR** que en el presente caso operó el fenómeno de la prescripción de los periodos comprendidos entre el 22 de octubre de 2003 a 1º de marzo de 2005; 2 de junio de 2005 a 2 de febrero de 2006 y; de 26 de abril de 2006 a 31 de enero de 2007.”

“**OCTAVO. CONDENAR**, a título de restablecimiento del derecho, al I.C.B.F., y a la O.I.M., a reconocer y pagar a la señora **ERIKA OFELIA ROMERO ALMANZA**, una indemnización que se cuantifica con el valor de las prestaciones sociales legales, que debió recibir y, que por la irregular vinculación no fueron pagadas; tomando como base el monto de los honorarios devengados por el periodo comprendido entre **1º de octubre de 2010 a 31 de diciembre de 2013 y de 3 de marzo de 2014 a 30 de abril de 2014.**”

