

REPUBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO SECCIÓN SEGUNDA¹

Bogotá D.C., diez (10) de octubre de dos mil veintidós (2022).

EXPEDIENTE No: 11001-33-42-046-2019-00487-00²
DEMANDANTE: PABLO CESAR GRISALES AMAYA
DEMANDADO: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – I.C.B.F.-
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ASUNTO

Agotado el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA), procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

1 ANTECEDENTES

1.1 La demanda

Pablo Cesar Grisales Amaya, identificado con C.C. No. 79.553.840, a través de apoderado, promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del CPACA; contra el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (en adelante ICBF) con el fin de que se resuelvan las declaraciones y condenas que se indican en el siguiente apartado.

1.1.1 Pretensiones.

De la demanda se tienen las siguientes:

“(…)

Segunda: Se declare la NULIDAD por violación de la ley, del Oficio No. S-2019-179314-0101 del 29 de marzo de 2019, por medio de la cual se negó el reconocimiento y pago de todas las prestaciones laborales y sociales dejadas de percibir tales como: cesantías e intereses, primas de navidad, prima de junio, prima de servicios, vacaciones, aportes a salud, pensión, administradora de

¹ Correos electrónicos: jadmin46bta@notificacionesrj.gov.co y jadmin46bt@cendoj.ramajudicial.gov.co
Para la recepción de memoriales solo está disponible el siguiente correo electrónico: correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

² [11001334204620190048700](https://expediente.cendoj.gov.co/11001334204620190048700) (al enlace del expediente sólo podrán los sujetos procesales, para lo cual deberán hacerlo desde los correos informados al despacho para efectos de notificaciones judiciales)

riesgos laborales y cada de compensación familiar; así como los valores dejados de percibir por concepto de dotación y en general todas las sumas a título de PRESTACIONES SOCIALES, que corresponde a la contraprestación de la labor desempeñada desde el año 2012 hasta el año 2018, y en general todas las acreencias laborales; acto proferido por el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF.

Tercera: como consecuencia del restablecimiento del derecho, se declare que entre el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF y mi poderdante existió un vínculo laboral desde el año 2012 hasta el año 2018 y durante la relación laboral, la entidad no canceló los derechos laborales.

Cuarta: Como consecuencia de la anterior nulidad y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, igualmente se declare que DL demandante tiene pleno derecho a que la demandada el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF, le reconozca y ordene pagar todas las prestaciones laborales y sociales dejadas de percibir tales como: cesantías e intereses, primas de navidad, prima de junio, prima de servicios, vacaciones, aportes a salud, pensión, administradora de riesgos laborales y caja de compensación familiar, así como los valores dejados de percibir por concepto de dotación y en general todas las sumas a título de PRESTACIONES SOCIALES, que corresponde a la contraprestación de la labor desempeñada desde el año 2012 hasta el año 2018, y en general todas las acreencias laborales debidamente acreditadas dentro del expediente.

Quinta: Se condene a la demandada INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF-, a cancelar o devolver las sumas de dinero que, por retención en la fuente, la demandada le descontó a mi mandante.

Sexta: Se condene a la demandada INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF- al reembolso de los aportes a la seguridad social respecto a salud, pensión y riesgos laborales; pagos que PABLO CESAR GRISALES AMAYA tuvo que realizar sin tener obligación de ello.

Séptima: Se ordene al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF-, al pago de los respectivos aportes a seguridad social, en todos sus niveles.

Octava: Se condene al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF-, al pago de las acreencias laborales, prestaciones e indemnización a las que tiene derecho una trabajadora de igual o mejor nivel que preste los mismos servicios.

Novena: Se ordene al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF- la devolución por conceptos indebidos en el pago de la Retención en la Fuente practicada a la parte demandante de manera ilegal.

Décima: Se condene a la entidad demandada INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF-, a título de sanción moratoria que se consagra en la Ley 244 de 1995, se ordene pagar a mi mandante, las sumas que resulte equivalente a un día de salario por un día de mora en la consignación o pago de las cesantías desde el año 2012 hasta el año 2018 y hasta la cancelación efectiva de las mismas.

Décima primera: Se ordene al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF- a pagar sobre las diferencias adeudadas a mi poderdante las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor, conforme al índice de precios

al consumidor o al por mayor, indexación que debe ser ordenada mes a mes por tratarse de pagos de tracto sucesivo.

Décima segunda: Se ordene al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF- a dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

Décima tercera: Se condene al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF-, si este no da cumplimiento al fallo dentro del término previsto dentro del artículo 192 y 195 del C.P.A.C.A. y conforme a las sentencias C-602 del 2009 de la Honorable Corte Constitucional.

Décima Cuarta: Se condene en costas al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF-, conforme al artículo 188 del C.P.A.C.A.

Décima Quinta: Se condene a la entidad extra y ultra petita”.

1.1.2 Fundamento fáctico

La demanda se fundamenta en los hechos que a continuación se sintetizan:

1. El ICBF contrató a Pablo Cesar Grisales Amaya, a través del uso indebido del contrato de prestación de servicios desde el 16 de enero de 2012 hasta el 15 de septiembre de 2018.
2. El demandante se desempeñó en la entidad demandada para prestar servicios de apoyo gestión en la Dirección Administrativa del ICBF para realizar actividades administrativas, operativas y asistenciales en el grupo de gestión documental.
3. Como contraprestación de sus labores, al demandante percibía una asignación mensual, siendo el último pago por valor de dos millones seiscientos veintiocho mil cuatrocientos cincuenta y seis pesos (\$2´628.458). El referido pago se hacía previo pago de aportes al sistema de seguridad social.
4. Durante la ejecución del contrato el ICBF le exigió al accionante la prestación personal del servicio.
5. En desarrollo de los contratos, el actor fue sometido a subordinación, toda vez que debía cumplir reglamentos, directrices de comportamiento laboral y personal, presentar informes escritos a sus jefes o supervisores de acuerdo a los requerimientos exigidos por aquellos.
6. Además, el actor tenía un horario de trabajo y debía cumplir con sus obligaciones contractuales en las instalaciones y con los elementos suministrados por la entidad.
7. El día 22 de febrero de 2019, el actor presentó petición ante el ICBF en el cual solicitó la declaratoria de existencia de la relación laboral, así como el correspondiente reconocimiento y pago de todas las prestaciones laborales y sociales.

8. Mediante Oficio No. S-2019-179314-0101 del 29 de marzo de 2019, la entidad demandada negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, acreencias laborales, y demás pagos y reembolsos solicitados por el actor.
9. A Pablo Cesar Grisales Amaya nunca se le reconocieron prestaciones de ley.

1.1.3. Normas violadas.

De orden constitucional: artículos 12, 4, 11, 13, 25, 29, 42, 46, 48, 53, 58 y 128 de la Constitución Política de Colombia.

De orden legal y reglamentario: Código Civil, artículo 10; Código Sustantivo del Trabajo, artículos 19, 36 y concordantes; Decreto 1042 de 1978, Decreto 1750 de 2003, Decreto 4171 de 2014 y Ley 80 de 1993.

1.1.4 Concepto de violación.

El apoderado de la parte actora considera que el acto acusado incurrió en infracción a las normas en que debía fundarse. En efecto, indica que el señor Pablo Cesar Grisales Amaya se vinculó con el ICBF desde el año 2012 hasta el año 2018, a través de contratos de prestación de servicios; sin embargo, la ejecución y desarrollo de las actividades u obligaciones de dichos contratos dan cuenta de la existencia de una verdadera relación laboral, pues el demandante recibía órdenes, debía prestar el servicio en los horarios determinados por la entidad, cumplía funciones propias de la entidad y de funcionarios de planta, la prestación del servicio era personal, estaba sometido a reglamentos, debía presentar informes, tenía superiores jerárquicos, entre otras elementos, que determinan la ausencia de autonomía y la subordinación.

Con fundamento en ello, indica que la entidad demandada ha incumplido la prohibición constitucional y legal que tienen las entidades del estado de celebrar contratos de prestación de servicios para ejecutar funciones de carácter permanente en las entidades estatales, para las cuales se requiere la creación de los respectivos empleos.

Finalmente, resalta que, una vez acreditada la relación laboral la entidad debe ordenar el reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales que, según la ley, están en cabeza del empleador, como lo es, el auxilio de cesantías, los intereses a las cesantías, las primas de navidad, servicios y vacaciones, así como los aportes pensionales, a salud, a caja de compensación familiar y ARL.

1.2. TRÁMITE PROCESAL

1.2.1 Contestación de la demanda³

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones allí contenidas. Como sustento de su defensa, expuso los siguientes argumentos:

³ Documentos 9-10 del expediente.

- El ICBF no impartió órdenes al demandante, simplemente supervisó y controló el resultado de las obligaciones contractuales. En tal sentido, se tiene que el demandante tenía autonomía para ejecutar las actividades que, en cumplimiento de las obligaciones contractuales, debía desarrollar el actor.
- La Ley 80 de 1993 contempla la posibilidad de celebrar contratos de apoyo a la gestión o asistencia, cuando las actividades no puedan realizarse con los funcionarios de planta, como es el caso del asunto objeto de debate, pues la entidad no cuenta con la experiencia en temas de archivo, correspondencia o gestión de historias de adopción.
- En desarrollo de los contratos de prestación de servicio, se presenta una relación de coordinación, no de subordinación. En virtud de ello, la entidad contratante debe verificar el cumplimiento de las obligaciones contractuales y la efectiva prestación del servicio contratado, para lo cual, en muchas ocasiones se requiere que el servicio sea prestado en las instalaciones y en el horario determinado por el ICBF.
- La parte actora no demuestra la subordinación laboral, pues de acuerdo a los hechos de la demanda no se vislumbra que el demandante se le hubieren impuesto órdenes respecto al modo y lugar para ejecutar las actividades contractuales.

1.2.2 Audiencia Inicial⁴

En audiencia inicial el Despacho adelantó todas las etapas procesales contenidas en el artículo 180 del CPACA. Además, decretó las pruebas que consideró necesarias para resolver la cuestión objeto de debate.

1.2.3. Audiencia de pruebas⁵

En la audiencia de pruebas, el despacho corrió traslado a las partes de las pruebas decretadas, practicadas y oportunamente allegadas al expediente. Asimismo, se tomaron las declaraciones de los testigos y el interrogatorio de parte de Pablo Cesar Grisales Amaya. Finalmente, se decidió prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento de que trata el artículo 182 del CPACA. En consecuencia, dispuso la presentación de alegatos por escrito.

1.2.4 Alegatos

Se presentaron en forma escrita, así:

Parte demandante⁶: Reiteró los argumentos expuestos en la demanda. Precisó que, de conformidad con las pruebas decretadas y practicadas dentro del proceso, se evidenció que el demandante no actuó con autonomía técnica, administrativa o financiera en desarrollo de la relación contractual suscrita con la entidad. De otra

⁴ Documentos 19-20 del expediente.

⁵ Documentos 30-31 y 42-43 del expediente.

⁶ Documento 44 del expediente.

parte, afirma que en el proceso se acreditaron los tres elementos que configuran la relación de trabajo, esto es, la prestación personal del servicio, el salario y la subordinación. De acuerdo con ello, la parte actora solicitó se acceda a las pretensiones de la demanda.

Parte demandada⁷: En esta etapa procesal, el apoderado de la parte demandada ratificó los argumentos de defensa contenidos en la contestación de la demanda. Igualmente, destaca que el material probatorio allegado al plenario da cuenta que no existió subordinación laboral pues no se demostró la imposición de órdenes o instrucciones por parte de los superiores del demandante. Justamente, sostiene que las directrices impartidas por el ICBF, a través de los supervisores o coordinadores, no suponen subordinación, pues lo que se pretende con ello es comprobar el cumplimiento de las obligaciones contractuales pactadas en cada contrato. En consecuencia, se tiene que el demandante, en su calidad de contratista independiente, no tiene superior jerárquico, pues, a lo sumo, tendrá un supervisor y/o coordinador, pero en todo caso el actor era autónomo.

De otra parte, manifiesta que los contratos de prestación de servicios celebrados con el demandante tuvieron como causa la ausencia de personal al interior de la planta de personal para ejecutar las actividades contratadas con aquel, pues contrario a lo afirmado por el actor, y como lo determinaron las pruebas, no se acreditó identidad funcional con un empleo de planta, es decir, que no se pudo establecer que un funcionario de planta hiciera lo mismo que el accionante.

En consecuencia, solicita de desestimen las pretensiones de la demanda.

El **Agente del Ministerio Público** guardó silencio en esta etapa procesal.

Cumplido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes,

2 CONSIDERACIONES.

2.1 Problema Jurídico

Como se determinó en la audiencia inicial al momento de fijar el litigio, el presente asunto pretende establecer: Si entre Pablo César Grisales Amaya y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- existió una relación laboral, a pesar de que su vinculación se efectuó a través de contratos de prestación de servicios y, en razón a ello, el demandante tiene derecho al pago de las prestaciones sociales reclamadas

2.2 Hechos probados

Se demostraron en el proceso los hechos que a continuación se indican:

- Pablo Cesar Grisales Amaya se vinculó con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a través de contratos de prestación de servicios, desde el 16 de enero de 2012 hasta el 15 de septiembre de 2018.

⁷ Documento 45 del expediente.

- El día 22 de febrero de 2019, el demandante solicitó ante la entidad demandada el reconocimiento de una relación laboral, y, como consecuencia de ello, se reconozca y pague las acreencias laborales a que haya lugar⁸.
- La entidad demandada negó la solicitud presentada por el demandante, mediante Oficio No. S-2019-179314-0101 del 29 de marzo de 2019⁹.

2.3 Marco Normativo.

Atendiendo lo anterior, el despacho procederá a efectuar el correspondiente análisis normativo y jurisprudencial relacionado con el presente asunto, para luego descender al caso concreto, y emitir el correspondiente pronunciamiento de conformidad con la fijación del litigio planteada.

2.3.1 La naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios.

El contrato de prestación de servicios es una figura propia del derecho civil¹⁰, adaptada por el legislador colombiano como una forma de contratación estatal, consistente en el acuerdo de voluntades entre un particular (persona natural) y la administración con la finalidad de ejecutar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, siempre y cuando el personal de la misma no pueda ejecutar dicha función, o en su defecto, las labores a ejecutar requieran conocimientos técnicos o especializados.

La Ley 80 de 1993 en su artículo 32, define el contrato de prestación de servicios, en los siguientes términos:

“(…)

3. Contrato de prestación de servicios. 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.**
(…)” (énfasis agregado).

De la citada norma, se infiere que en ningún evento los contratos de prestación de servicios pueden llegar a concebir relaciones laborales, atendiendo que las formas de vinculación laboral al servicio público están expresamente definidas en el artículo 125 de la Constitución Nacional y en las leyes que lo reglamenten. Sin embargo, la realidad ha demostrado que la administración se ha valido del mencionado contrato, no sólo para evitar la carga salarial y prestacional que deviene de aquellas sino también con ánimo burocrático.

Justamente, las altas cortes han indicado que la utilización del contrato de prestación de servicios previsto en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no puede

⁸ Páginas 99-106 del documento 1 del expediente.

⁹ Páginas 107-117 del documento 1 del expediente.

¹⁰ Artículo 1945 Código de Procedimiento Civil “<DEFINICION DE CONTRATO O CONVENCION>. Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.”.

constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales, y conforme a ello, en aras de hacer triunfar la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarla, es dable acudir al precepto constitucional del artículo 53 de la C.P. que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones de quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos.

En tal sentido, en sentencia C-154 de 1997, la Corte Constitucional, al pronunciarse respecto a la constitucionalidad del artículo 32 de la Ley 80 de 1993; estableció como elemento esencial del contrato de prestación de servicios la autonomía e independencia, y puntualizó las características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo. En efecto, en dicho proveído el máximo tribunal constitucional puntualizó que el elemento diferenciador entre el contrato de prestación de servicios y el contrato de trabajo, es la subordinación o dependencia que tiene el empleador respecto del trabajador, elemento que no hace parte del contrato de prestación de servicios.

De conformidad con lo dispuesto por la Corte Constitucional, se colige que en todo caso el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado, siempre y cuando se evidencie la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual emanará en favor del contratista el derecho al pago de prestaciones sociales y demás provenientes de la relación laboral, atendiendo al principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, contenido en el artículo 53 de la Constitución Política.

Igualmente, la jurisprudencia constitucional ha establecido que los contratos de prestación de servicios personales son válidos constitucionalmente, siempre y cuando (i) no se trate de funciones propias y permanentes de la entidad; (ii) no puedan ser realizadas por el personal de planta, y (iii) requieran de conocimientos especializados; lo anterior, con el fin de garantizar el respeto del derecho al trabajo, los derechos de los servidores públicos y los principios que fundamentan la administración pública.

Sin embargo, las diferencias entre las mencionadas tipologías contractuales no se agotan con lo previamente enunciado. En efecto, el H. Consejo de Estado, en sentencia de Sala Plena del 18 de noviembre de 2003¹¹, señaló que la suscripción de contratos de prestación de servicios para ejecutar función pública debe ejercerse cuando: i) la función no pueda ser desarrollada por el personal de planta o ii) se trata de una actividad que requiera un conocimiento especializado. De ello se infiere que la prestación del servicio deba ejercerse en las instalaciones de la entidad contratante, pues en todo caso se trata de la ejecución de una función de la entidad. Además, en muchas ocasiones, es menester que las actividades desarrolladas por el contratista deban realizarse dentro de los horarios de atención al público. De manera que “En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales”.

Finalmente, el máximo tribunal de la jurisdicción de lo contencioso precisó que al contratista que, por virtud de la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, se le reconozca el pago de prestaciones y salarios, no

¹¹ CE, SCA, Sentencia de 18 de noviembre de 2003, Radicación número: 17001-23-31-000-1999-0039-01(IJ).

puede otórgarsele la calidad de funcionario, pues aquel no ha cumplido a cabalidad con todos los requisitos constitucionales y legales para tal efecto. Es decir, el contratista no ha sido nombrado ni ha tomado posesión de cargo, elementos estos distintivos de la relación laboral legal y reglamentaria.

De lo anterior, se concluye que los contratos de prestación de servicios son una forma de apoyo a la gestión estatal, para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, siempre que no estén relacionadas con el giro ordinario de sus actividades y cuando no pueden ser desempeñadas por personal adscrito a la planta global de ésta.

De otra parte, aunque la legislación colombiana ha previsto la posibilidad de acudir a la contratación de prestación de servicios en los casos y para los fines previstos en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, también ha establecido limitantes para evitar el abuso de esta figura jurídica, como son, entre otras, el artículo 7 del Decreto 1950 de 1973¹², la Ley 790 de 2002¹³ y la Ley 734 de 2002¹⁴, que prohíben la celebración de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente previstas en la ley o en los reglamentos para un empleo público, y sancionan al servidor que realice dicha contratación por fuera de los fines contemplados en el estatuto de contratación estatal, respectivamente.

Por otra parte, el artículo 2 del Decreto 2400 de 1968¹⁵, modificado por el Decreto 3074 del mismo año, dispone:

“Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República.

Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.

¹² “(...), **en ningún caso** podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, **en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto.**

La función pública que implique el ejercicio de la autoridad administrativa no podrá ser objeto de contrato ni delegarse en el personal vinculado mediante esta modalidad” (resaltado fuera de texto).

¹³ “ARTÍCULO 17. PLANTAS DE PERSONAL. La estructura de planta de los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas del orden nacional tendrán los cargos necesarios para su funcionamiento. En ningún caso los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas podrán celebrar contratos de prestación de servicios para cumplir de forma permanente las funciones propias de los cargos existentes de conformidad con los decretos de planta respectivos.

En el evento en que sea necesario celebrar contratos de prestación de servicios personales, el Ministro o el Director del Departamento Administrativo cabeza del sector respectivo, semestralmente presentará un informe al Congreso sobre el particular.

PARÁGRAFO. A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, las entidades no podrán celebrar contratos de prestación de servicios con personas naturales, con la finalidad de reemplazar cargos que se supriman dentro del programa de renovación de la administración pública” (se subraya).

¹⁴ El artículo 48 establece como falta gravísima: “29. Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales”.

¹⁵ “Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones”.

Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones”.

La parte subrayada de la precitada disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-614 de 2009. Allí se indicó que la permanencia en la prestación del servicio es un elemento diferenciador que determina la existencia de una relación laboral. Sobre la norma en cuestión señaló que no es posible celebrar contratos de prestación de servicios cuando las funciones a desarrollar sean de carácter permanente en la administración pública, pues para ello deben crearse los empleos requeridos. De manera que

“... esa prohibición legal constituye una medida de protección a la relación laboral, pues no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal. En efecto, la norma impugnada conserva como regla general de acceso a la función pública el empleo, pues simplemente reitera que el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional y se justifica constitucionalmente si es concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del “giro ordinario” de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados.”

Finalmente, la Ley 909 de 2004, creó los empleos temporales dentro de la función pública como herramienta organizacional que pueden utilizar las entidades del Estado para atender necesidades funcionales excepcionales que no pueden ser solventadas con su personal de planta.

El artículo 21 de la mencionada ley dispuso:

Artículo 21. Empleos de carácter temporal.

1. De acuerdo con sus necesidades, los organismos y entidades a los cuales se les aplica la presente Ley, podrán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio. Su creación deberá responder a una de las siguientes condiciones:

- a) Cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración;
- b) Desarrollar programas o proyectos de duración determinada;
- c) Suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales;
- d) Desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución.

2. La justificación para la creación de empleos de carácter temporal deberá contener la motivación técnica para cada caso, así como la apropiación y disponibilidad presupuestal para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales.

3. El ingreso a estos empleos se efectuará con base en las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter permanente, sin que dichos nombramientos ocasionen el retiro de dichas listas. De no ser posible la utilización de las listas se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos.”

Se trata de empleos transitorios, creados para atender las necesidades enlistadas en el numeral 1, que requieren para su creación la justificación técnica, apropiación y disponibilidad presupuestal correspondiente.

2.3.2. Principio de la prevalencia de la realidad sobre las formas en los contratos de prestación de servicios

La Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado, en su jurisprudencia, se han visto abocados a acudir a los principios constitucionales en la solución de controversias que tienen que ver con relaciones laborales disfrazadas mediante contratos de prestación de servicios u otra modalidad contractual, las cuales, como antes se indicó, se materializan con el principal propósito de evitar el pago de los beneficios prestacionales inherentes a las primeras.

Así, el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, resulta aplicable en aquellos eventos en los que a través de la figura del contrato de prestación de servicios se pretende evitar las obligaciones prestacionales y salariales derivadas de una relación laboral. De manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad, el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla.

En consecuencia, pese a que la forma o denominación del contrato sea la prestación de servicios, en todo caso se podrá demostrar la existencia de una **relación laboral** entre las partes, cuando la misma haya estado oculta bajo la figura del contrato de prestación de servicios, siempre y cuando se acredite la concurrencia de los elementos esenciales de la misma, esto es, una actividad en la entidad empleadora que haya sido **personal**, que por dicha labor se haya recibido una **remuneración** o pago y, finalmente, se debe probar que en la relación existió **subordinación** o **dependencia**.

Las anteriores precisiones tienen plena vigencia cuando el actor pretende el reconocimiento de una **relación laboral** que lo vinculaba a la administración (trabajadores oficiales). No obstante, los anteriores criterios, propiamente el referente a la existencia de una subordinación, deben ser valorados en contexto cuando la demandante busca la declaratoria de la existencia de una **relación legal y reglamentaria** (empleado público), donde el criterio de subordinación tiene un alcance y connotación distinto al aplicable a los contratos de trabajo. Al respecto, es conveniente precisar lo siguiente:

- El empleado público no está sometido, en principio, a subordinación frente a un superior, la cual es propia de la relación laboral privada. Aquí la subordinación debe ser entendida como la obligación del servidor de obedecer y cumplir la constitución, las leyes y los reglamentos administrativos correspondientes.
- Para que una persona que se encuentre vinculada al Estado se entienda que desempeña un empleo público, es necesario que se den los elementos propios y atinentes a la existencia de los empleos estatales, los cuales son a saber: i) La existencia del empleo en la planta de personal de la entidad; ii) La determinación de las funciones propias del cargo ya previsto en la planta de personal; y iii) la previsión de los recursos en el presupuesto para el pago de los gastos que demande el empleo.

- Cuando el demandante pretenda la declaratoria de la existencia de la **relación legal y reglamentaria** entre éste y la Administración, en atención a que no ocupó un empleo público, sino que tuvo una vinculación contractual con el Estado, es indispensable que se acredite que las funciones que realizó están asignadas a un empleo que hace parte de la planta de personal, o que sean similares a las de un cargo de planta.

De conformidad con lo anterior, la persona que pretenda sea protegida en sus derechos prestacionales y salariales, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, respecto a la relación legal y reglamentaria, deberá acreditar:

- La existencia del empleo al que alega que estuvo vinculado, o que existan cargos con funciones similares a las que desarrolló.
- Deberá demostrar, además de la prestación personal del servicio y de la remuneración recibida, que las funciones desplegadas por éste se encuentran regladas, lo cual conlleva a concluir que estuvo **sometido** a lo dispuesto por la Ley y el Reglamento con relación a las mismas, y
- Debe acreditar que las funciones por éste desplegadas tienen plena relación con el objeto de la Entidad Pública donde prestó sus servicios.

Cuando se logre acreditar lo anterior, en desarrollo de los derechos constitucionales al trabajo y a la primacía de la realidad sobre las formalidades, el trabajador tendrá derecho a que se le reconozcan las prestaciones sociales dejadas de percibir, las cuales se le otorgarán a título de restablecimiento del derecho, sin que por ello se convierta en un empleado público.

En síntesis, la prohibición de vincular, mediante contratos de prestación de servicios, a personas que desempeñan funciones permanentes en la administración pública es una regla que se deriva directamente de los artículos 122 y 125 de la Constitución Política, y por tanto, como dijo la Corte Constitucional, resulta ajustado a la Constitución que el legislador haya prohibido a la administración pública celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente, porque para ello se requiere crear los empleos correspondientes.

2.4 Caso Concreto

De acuerdo con la fijación del litigio planteada, se pronunciará el Despacho respecto de la solicitud de nulidad del Oficio No. S-2019-179314-0101 de 29 de marzo de 2019, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, mediante el cual se negó la solicitud de acreencias y la declaratoria de la existencia del contrato realidad presentada por Pablo Cesar Grisales Amaya.

Así entonces, se procederá a establecer si concurren los elementos de una relación laboral, esto es, **prestación personal del servicio, remuneración y la continua subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador.**

Respecto del elemento de prestación personal del servicio, observa este Juzgador que Pablo Cesar Grisales Amaya prestó sus servicios al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF-, como se evidencia en los contratos de prestación de servicios allegados al plenario, los cuales se prestaron en los siguientes periodos:

No. Contrato	Fecha de inicio	Fecha de terminación	Objeto contractual
155-2012	16/01/2012	31/12/2012	Apoyar a la Dirección Administrativa – Grupo de Gestión Documental en los procesos de archivo y correspondencia.
32-2013	03/01/2013	30/06/2013	Apoyar a la Dirección Administrativa – Grupo de Gestión Documental en los procesos de archivo.
1287-2013	07/07/2013	31/12/2013	Apoyar a la Dirección Administrativa – Grupo de Gestión Documental en los procesos de archivo y correspondencia.
204-2014	09/01/2014	31/12/2014	Apoyar a la Dirección Administrativa – Grupo de Gestión Documental en los procesos de archivo y correspondencia.
36-2015	03/01/2015	31/03/2015	Apoyar a la Dirección Administrativa – Grupo de Gestión Documental en los procesos de archivo y correspondencia.
997-2015	01/04/2015	31/12/2015	Apoyar a la Dirección Administrativa – Grupo de Gestión Documental en los procesos de archivo y correspondencia.
806-2016	28/01/2016	25/04/2016	Prestar servicios de apoyo al Grupo de Gestión Documental en el desarrollo de los procesos archivísticos y de correspondencia a nivel nacional en el ICBF.
1082-2016	05/05/2016	04/11/2016	Prestar servicios de apoyo técnico en el proceso archivístico que adelanta el Grupo de Gestión Documental en el ICBF.
1713-2016	08/11/2016	31/12/2016	Prestar servicios de apoyo a la Dirección Administrativa del ICBF para realizar actividades administrativas, operativas y asistenciales referentes a la gestión de historias de adopción a cargo de las instituciones autorizadas para desarrollar el programa de adopción - IAPAS
1006062017	16/01/2017	31/12/2017	Prestar servicios de apoyo a la Dirección Administrativa del ICBF para realizar actividades administrativas, operativas y asistenciales referentes a la gestión de las dependencias asignadas.
1009562018	16/01/2018	15/09/2018	Prestar servicios de apoyo para realizar actividades administrativas, operativas y asistenciales en el Grupo de Gestión Documental de la Dirección Administrativa.

Asimismo, se allegaron al expediente contratos de prestación de servicios suscritos entre Pablo Cesar Grisales Amaya y el ICBF, cuyo objeto era la prestación de servicios de gestión de apoyo en el grupo de Gestión Documental de la Dirección

Administrativa, en particular, ejecutando actividades relacionadas con la correspondencia y la archivística.

De otro lado, se encuentra acreditado en el expediente que el demandante percibía unos honorarios mensuales por concepto de la prestación del servicio, configurándose así, el segundo elemento constitutivo de una relación laboral, es decir, la remuneración.

Finalmente, respecto de la **subordinación laboral**, a juicio del despacho, la parte actora demostró el cumplimiento de horario laboral, cumplimiento de órdenes emanadas de funcionarios y otros contratistas del ICBF, entre otros aspectos, que dan cuenta de la continua subordinación que existía respecto de Pablo Cesar Grisales Amaya.

Sobre el particular, se resalta lo dicho por Pablo Cesar Grisales Amaya en el interrogatorio de parte. Justamente, allí el actor señaló, en pocas palabras, que:

- Desarrolló actividades de correspondencia, gestión documental y archivo general de la entidad, para lo cual, entre otras, tuvo que capacitarse y capacitar a otros funcionarios.
- Tenía jefes inmediatos (coordinadores) y superiores jerárquicos como el director administrativo. Algunos de sus superiores eran: Claudia Patricia Corredor, Hayden López, Lida Bernal y Gloria Esperanza Pachón Cubides.
- Ejecutó actividades permanentes en el ICBF.
- Cumplía un horario, para lo cual debía llenar planillas (sede Funza) o timbrar tarjeta (igual que los funcionarios de planta). El horario designado era el mismo horario de la entidad, es decir, desde las 8:00 a.m. hasta las 5:00 p.m., sin embargo, en algunas ocasiones debía asistir los sábados para realizar actividades con fumigación o para realizar aseo en la bodega.
- Debía seguir órdenes, directrices y lineamientos fijados por los coordinadores o por el director administrativo. Dichas, órdenes las remitían vía correo electrónico o por escrito (planes de trabajo).
- Para el ejercicio de sus funciones debía utilizar las herramientas entregadas por la institución. Asimismo, debía prestar personalmente sus servicios en las sedes de la entidad.
- Para ausentarse de sus actividades debía pedir permisos.

Igualmente, los testimonios de Rafael Darío Rozo Forero y Dercy Sánchez, respecto de los hechos de la demanda, en particular, sobre la subordinación del actor, se destacan los siguientes aspectos:

- Que el actor desempeñaba en el área de correspondencia y archivo, tanto en la sede principal de la entidad como en la bodega ubicada en Funza. Igualmente, manifiestan que el demandante debía prestar el servicio con los elementos o instrumentos entregados por la entidad.

- Que el demandante debía cumplir horario, el cual era desde las 8:00 a.m. hasta las 5:00 p.m. de lunes a viernes. No obstante, en algunas oportunidades debía prestar servicio los días sábados cuando se realizaba la fumigación de la bodega. Además, destacan que existía un control del horario ya sea a través del sistema de planillas o libro, timbrar tarjeta o vigilancia por jefes, supervisores o coordinadores.
- Que la entidad tenía una estructura jerarquizada. Justamente, advierten que la imposición de órdenes al demandante, las cuales devenían de la dirección administrativa hacía la coordinación del grupo de gestión documental, o a veces por vía directa.
- Que el actor debía pedir permisos cuando se quería ausentar de sus funciones.
- Que el accionante debía acudir a capacitaciones y reuniones. Además, le imponía órdenes a través de llamadas y correos electrónicos.

Sobre la prueba testimonial, se precisa que la misma no será tachada, dado que, a pesar que Rafael Darío Rozo Forero y Dercy Sánchez sean demandantes en otros procesos; los deponentes, bajo el entendido que fueron compañeros de trabajo del actor, están suficientemente calificados para declarar sobre los hechos en los que sustenta la demanda por tener conocimiento directo no solo de la ejecución de cada uno de los contratos, sino también de la subordinación del demandante. Justamente, se observa en la página 589 del documento 36 del expediente, una solicitud de contratación de Pablo Cesar Grisales Amaya, Rafael Darío Rozo Forero y Dercy Sánchez, en el Grupo de Gestión Documental de la Dirección Administrativa del ICBF. Además, en el curso de la audiencia se evidenció que el testimonio fue libre e imparcial, libre de apremio que pudiera conllevar a sospecha alguna.

De otra parte, se advierte que la prueba testimonial no es concluyente en el sentido de indicar que el demandante ejerció funciones misionales o propias de la entidad, pues los testigos, destacan que no existía personal de planta que ejecutaría las mismas funciones, contrariando lo dicho por el demandante, cuando advirtió que existían funcionarios de planta de la entidad, entre ellos, la señora Miriam Solórzano, quien falleció. En efecto, se destaca que Dercy Sánchez indicó, de manera dubitativa, que Dorila Montaña, quien era funcionaria de planta de la entidad, ejercía las funciones de auxiliar administrativo, siendo encargada de préstamo de expedientes.

No obstante, las pruebas documentales dan cuenta que el Grupo de Gestión Documental de la Dirección Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar carecía de personal suficiente que permitiera desarrollar todas las actividades previstas para dicho grupo, como se observa en las certificaciones obrantes en las páginas 298, 370, 571, 604 documento 36 en las que se denotan las expresiones “no existe personal (...) suficiente en la planta global del instituto con las funciones relacionadas”.

Igualmente, se advierte que en la Resolución No. 60 de 8 de enero de 2013¹⁶, se evidencian las siguientes funciones del Grupo de Gestión Documental del ICBF:

¹⁶ “Por la cual se estructuran los Grupos Internos de Trabajo de las dependencias de la Sede de la Dirección General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones”. Documento recuperado en: https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/resolucion_icbf_0060_2013.htm

“ARTÍCULO 20. GRUPO DE GESTIÓN DOCUMENTAL. Este grupo apoyará a la Dirección Administrativa en los procesos de gestión documental, en cuanto a la administración, control, supervisión y manejo de correspondencia y archivo de la Entidad. Para tal fin, cumplirá las siguientes funciones.

Este Grupo apoyará a la Dirección Administrativa en los procesos de Gestión Documental, en cuanto a la administración, control, supervisión y manejo de correspondencia y archivo de la Entidad. Para tal fin, cumplirá las siguientes funciones.

1. Preparar los estudios, planes, programas e instructivos que conlleven a **crear, organizar, conservar, preservar y controlar los archivos en sus diferentes fases de formación**, como los Archivos de Gestión, Archivo Central y Archivo Histórico del ICBF, para la implementación, mantenimiento, evaluación y mejora del sistema de correspondencia y archivo, bajo los lineamientos del Sistema Integrado de Gestión y de la normativa vigente.
2. Establecer lineamientos para la organización y creación del Archivo Central, Archivo de Gestión y Archivo Histórico del ICBF, tendiente a conformar su memoria institucional.
3. **Adelantar las acciones pertinentes con el fin que el sistema de correspondencia y archivo**, faciliten la localización de la información en el menor tiempo posible, dando una oportuna respuesta a las exigencias en cuanto a información se refiere.
4. **Recibir, radicar, registrar y distribuir toda la correspondencia recibida y despachada de la Sede de la Dirección General, asegurando su control y seguimiento.**
5. Implementar procedimientos y controles que direccionen el manejo, conservación y acceso a los documentos de archivo.
6. Dar respuesta oportuna de conformidad con las normas y necesidades de información, a los diferentes requerimientos presentados al Archivo Central del Instituto, en relación con los documentos que se encuentran en custodia.
7. **Brindar asesoría técnica en el manejo de la correspondencia y organización del archivo de gestión en las diferentes dependencias del ICBF.**
8. **Diseñar y proponer el proyecto de Tabla de Retención Documental del ICBF, así como la actualización de las mismas.**
9. **Asesorar a las Regionales, Centros Zonales y Sede de la Dirección General en todo lo relacionado con Gestión Documental y manejo de correspondencia y archivos.**
10. Preparar y presentar a la Dirección Administrativa propuestas o proyectos que permitan el desarrollo de las políticas sobre los procesos y administración de Gestión Documental y manejo de correspondencia que requiera la Sede de la Dirección General.
11. Preparar y presentar a la Dirección Administrativa los planes y programas por desarrollar, para el cumplimiento de los objetivos del Grupo, e informar sobre la evaluación de las acciones realizadas.
12. **Bajo los lineamientos de la Dirección Administrativa, ejecutar y hacer seguimiento, según la competencia del Grupo a las metas, planes de acción e indicadores;** en coordinación con la Dirección de Planeación y Control de Gestión, el plan de compras y el plan de contratación, en coordinación con la Dirección de Logística y Abastecimiento.

13. Presentar a la Dirección Administrativa estadísticas sobre los servicios, bienes, contratos y recursos ejecutados en el Área, identificando las necesidades del Grupo como aporte para la elaboración del anteproyecto del presupuesto.
14. Elaborar el plan de compras del Área y programar los procesos de selección de los servicios y bienes que requiere el Grupo, evaluando y llevando el control para su electivo cumplimiento.
15. Adelantar las actividades correspondientes a la planeación, estructuración, seguimiento y desarrollo de los procesos de contratación y el seguimiento a la ejecución de los contratos y convenios inherentes al Área.
16. Ejercer la supervisión y/o la interventoría a los contratos del Área de competencia y presentar los informes de seguimiento y gestión respectivos.
17. Mantener actualizados, en coordinación con la Dirección Administrativa, los Planes de Gestión Ambiental Regional y el Plan de Gestión Ambiental de la Sede de la Dirección General.
18. Implementar procedimientos y controles para responder oportunamente las peticiones, consultas, y solicitudes de información recibidas de las diferentes dependencias del ICBF y los órganos de control.
19. Adelantar los procedimientos y actividades que permitan la implementación, mantenimiento y mejora del Sistema Integrado de Gestión en coordinación con la Dirección de Planeación y Control de Gestión.
20. Ejercer autocontrol sobre cada uno de los procesos y procedimientos que se ejecuten en el Grupo, manteniéndolos debidamente documentados y actualizados.
21. Preparar y presentar a la Dirección Administrativa informes de seguimiento, gestión y evaluación de los procesos y contrataciones a su cargo.
22. Las demás que le sean asignadas y delegadas.”

Las anteriores funciones guardan relación directa con las obligaciones contractuales del demandante, como se observa en las páginas 75-95 del documento 1 del expediente, entre las que se observan las del contrato No. 204 de 2014, que a continuación se citan:

- “1. Apoyar en el desarrollo de procesos relacionados con la gestión documental en el ICBF.**
2. Realizar el acompañamiento a dependencias de la Sede de la Dirección General, para la preparación y envío de las transferencias primarias de acuerdo con el **cronograma establecido para tal fin.**
3. **Verificar el estado de la organización de los documentos propuestos para transferencias al archivo central e informar a la Coordinación de Gestión Documental el estado de los mismos,** y recomendar el traslado de los mismos al archivo central, presentado los respectivos informes tendientes a esta actividad.
4. **Recibir y verificar contra inventario documental, las transferencias documentales primarias enviadas por las diferentes dependencias de la Sede de la Dirección General.**

5. Revisar la organización de los expedientes al interior de cada carpeta, cuidando que estos se ajusten a lo dispuesto en el TRD y en la Guía de Gestión Documental e informar a la supervisión sobre las inconsistencias detectadas y observar que se realicen las correcciones correspondientes.

(...)"

Así, se evidencia que el demandante desarrolló actividades propias de la entidad demandada, en particular, del Grupo de Gestión Documental de la Dirección Administrativa, por tanto, se concluye que las funciones ejecutadas eran permanentes. De modo que, las funciones desarrolladas por el actor no podían ser provistas mediante el contrato de prestación de servicios, pues la naturaleza de aquel es que sea de carácter temporal o transitorio.

De conformidad con lo acreditado en el expediente, está demostrado que durante la prestación de los servicios del demandante en Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, recibía órdenes, se le exigía el cumplimiento de sus labores en los horarios asignados directamente por la entidad, ejercía sus labores en las sedes de la entidad y con instrumentos dados por aquella, debía solicitar permiso en caso de ausencias; todo lo cual conlleva a concluir que no se trató de una relación de coordinación contractual, como lo indica la entidad demandada, sino que se trató de una relación en la que imperó la subordinación.

Aunado a lo anterior, se evidencia que las labores desarrolladas por el demandante no eran eventuales sino permanentes, propias y misionales del ICBF, en particular, del Grupo de Gestión Documental de la Dirección Administrativa, dado que para la adecuada prestación de dicho servicio es necesaria la disposición de personal de archivo y correspondencia, como en efecto lo sostiene la entidad demandada en los documentos previos de cada contrato.

Así las cosas, el demandante se encontraba bajo una relación de orientación y mando, pues no podía ejercer en forma libre y autónoma su actividad, al encontrarse sujeta a las órdenes del respectivo superior jerárquico y funcional.

Es preciso indicarse que, si bien el contrato de prestación de servicios puede suscribirse con personas naturales cuando las actividades no puedan realizarse con el personal de planta, según lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993; ello acontece cuando las funciones o actividades que deban ser desarrolladas por el contratista no sean misionales, de modo la celebración del referido contrato es carácter alternativo y excepcional, de lo contrario estaría siendo un verdadero sustituto de la función pública¹⁷.

Basta recordar que, ante la insuficiencia de personal de la planta de personal para desarrollar actividades misionales de la entidad demandada, es necesario acudir a la creación de plantas temporales, de conformidad con lo previsto en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, mas no a la contratación del personal a través de los contratos de prestación de servicios.

Corolario de lo anterior, es válido afirmar que durante el tiempo que duró la relación entre Pablo Cesar Grisales Amaya y el ICBF, pese a las diferentes denominaciones, existió una relación laboral. De ello, se concluye que en este caso se configura el contrato realidad en aplicación de los principios consagrados en el artículo 13 y 53 de

¹⁷ CE, S3, sentencia del 08 de junio de 2011, Exp. No. 41001-23-31-000-2004-00540-01 (AP).

la Carta Política, en tanto, que el demandante prestó sus servicios de manera subordinada desde el **16 de enero de 2012 hasta el 15 de septiembre de 2018**.

Aquí el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando por encontrarse demostrada la concurrencia de los tres elementos constitutivos de la relación laboral, es decir, cuando: i) la prestación de servicio es personal; ii) subordinada de manera continuada; y iii) remunerada.

En efecto, la parte actora logró demostrar la existencia de una **relación laboral** entre las partes, toda vez que la misma estuvo oculta bajo la figura del contrato de prestación de servicios, el servicio prestado por el accionante fue **personal**, y con ocasión a la prestación de sus servicios a la entidad, recibió una **remuneración**. Finalmente, se demostró que en la relación existió **subordinación**. En este sentido es del caso recordar que, demostrada **la relación laboral oculta** detrás de un contrato de prestación de servicios, el efecto normativo y garantizador del principio de primacía de la realidad sobre las formas se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales del trabajador, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal.

En todo caso, acreditada la existencia de una relación laboral, el demandante tendrá derecho a que se protejan sus derechos al trabajo y a la seguridad social, y a que, en virtud de los principios de equidad y prevalencia de la realidad sobre las formas, se condene a la entidad demandada a reconocerle y pagarle las prestaciones sociales que le debieron haber sido sufragadas.

Decisión:

El Despacho encuentra probada la existencia de la relación laboral quedando demostrado el incumplimiento el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en el pago de las acreencias laborales causadas a favor de Pablo Cesar Grisales Amaya durante el tiempo prestó sus servicios, por lo que la presunción de legalidad que cobijaba el Oficio No. S-2019-179314-0101 de 29 de marzo de 2019, proferido por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ha sido desvirtuada, razón por la cual se declarará su nulidad.

Como restablecimiento del derecho, el despacho ordenará en favor del demandante el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, intereses sobre las cesantías, prima de navidad, prima de junio, prima de servicios, prima de vacaciones, dotación de calzado y vestido de labor, si a ellas hubiere lugar; así como también, al reintegro del porcentaje erogado por concepto de aportes pensionales.

No obstante, se advierte que la parte actora no acreditó identidad funcional con un determinado empleo de planta, pues no se allegó al plenario manual de funciones, a través del cual se pudiera determinar de forma concreta que las actividades desarrolladas por el demandante eran similares a las de un empleo de planta. En razón de ello, y siguiendo las reglas jurisprudenciales establecidas en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, los valores reconocidos en favor del demandante deberán calcularse con el valor percibido por honorarios en cada uno de los contratos de prestación de servicios.

Es del caso precisar que el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público. Por ello, no se reconocerán las primas extralegales, dado que las mismas tienen origen convencional, y, por tanto, solo pueden reconocerse a los servidores públicos, calidad que como antes se indicó no puede otorgarse a los contratistas. Al respecto, el H. Consejo de Estado señaló lo siguiente:

“(…)

El actor pretende que se le reconozcan los derechos prestacionales como consecuencia de la existencia del contrato realidad en la prestación del servicio a la E.S.E. Francisco de Paula Santander; Sin embargo, como en anteriores oportunidades lo ha precisado esta Corporación¹⁸, bajo la figura del contrato realidad no es posible otorgarle al actor la calidad de empleado público o trabajador oficial, pues fue vinculado mediante contratos de prestación de servicios, lo cual impide que sea beneficiario de la Convención Colectiva celebrada entre el I.S.S. y su sindicato de trabajadores.

En consecuencia, el interesado no se puede beneficiar de la referida Convención, pues, aunque demostró que prestó sus servicios en la entidad demandada, tal situación no implica que éste goce de la calidad de trabajador oficial. (...)”¹⁹.

Respecto a la devolución de aportes en seguridad social a riesgos, caja de compensación y salud, dada su naturaleza, no son objeto de reintegro o devolución a favor de la demandante, pues la prestación emanada de dichos aportes no puede repercutir en un beneficio económico a favor del contratista, en la medida que aquel efectuó las cotizaciones respectivas de acuerdo a su condición de contratista. En efecto, los referidos aportes se realizan con la finalidad de acceder a la prestación de un determinado servicio, por tanto, en la medida que el contratista realice el pago de los aportes tiene derecho a la prestación de un servicio, el cual no puede ser garantizado de manera retroactiva. Sobre el particular, el Consejo de Estado, en sentencia de 18 de marzo de 2021, precisó que los aportes efectuados a seguridad social (pensión, salud y demás) son

“de obligatorio pago y recaudo para fines específicos y no constituyen un crédito a favor del contratista, por lo tanto, no es dable que se le sufraguen directamente al interesado. En consecuencia, resulta improcedente que se disponga el reembolso por los mencionados conceptos en la forma solicitada por la demandante, que será negado”²⁰.

Aunado a lo expuesto, se destaca que, de conformidad con la tercera regla jurisprudencial fijada en la sentencia de unificación de 09 de septiembre de 2021²¹, aclarada mediante proveído de 11 de noviembre de 2021, resulta improcedente la devolución de aportes al sistema de seguridad social en salud que el contratista hubiere realizado, en la medida que se tratan de aportes parafiscales.

Se advierte que no es posible acceder al reconocimiento de la indemnización y sanción moratoria, comoquiera que la declaración del derecho en favor de la parte demandante solo se produce a partir del presente proveído, por tanto, la administración no podía incurrir en mora respecto de una prestación que no había sido reconocida ni legal ni judicialmente.

¹⁸ CE, SCA, S2, SS “B” Sentencia de 2 de mayo de 2013, Rad. No. 050012331000200700123 02 (2467-2012), Actor: Elkin de Jesús Agudelo Ortega.

¹⁹ CE, SCA, S2, SS “B”, sentencia de 13 de mayo de 2015, Rad. No.: 68001-23-31-000-2009-00636-01(1230-14), Actor: Antonio José Gómez Serrano.

²⁰ CE, SCA, S2, SS “B”, Rad. No. 20001-23-33-000-2014-00151-01 (1318-16), Actor: Ana Isabel Ochoa Tamara, Demandado: Departamento Del Cesar – Asamblea.

²¹ CE, SCA, S2, SUJ-025-CE-S2-2021 de 09 de septiembre de 2021.

Finalmente, en lo concerniente a la devolución de lo descontado por concepto de retención en la fuente o rete ICA, se advierte que según lo indicado por el Consejo de Estado²², la declaración de existencia de una relación laboral *no implica per se la devolución de sumas de dinero que se generaron en virtud de la celebración contractual, pues la finalidad del restablecimiento del derecho es el reconocimiento de emolumentos salariales y prestacionales dejados de percibir con la relación laboral oculta más no la devolución de sumas pagadas con ocasión de la celebración del contrato*, razón por la cual no hay lugar a la devolución del valor de lo erogado por dichos impuestos.

Por las razones que anteceden, y al haberse desvirtuado la presunción de legalidad de los actos acusados, al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, actualizará los valores o sumas reconocidas en favor de la accionante, teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por la accionante de la liquidación de sus prestaciones, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

Es claro que, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la acusación de cada uno de ellos.

Prescripción:

El Decreto 3135 de 1968 reglamentado por el Decreto 1848 de 1969 en su artículo 102 establece la prescripción de 3 años a partir de que la respectiva obligación se haya hecho exigible; sin embargo, en tratándose de la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre la formalidad (art. 53 C.N.) el H. Consejo de Estado en sentencia del 09 de abril de 2014, Exp. N°. 20001233100020110014201 (0131-13), precisó que "...la solicitud de la declaración de la existencia de la relación laboral, debe hacerse dentro de los 3 años siguientes al rompimiento del vínculo contractual, so pena de que prescriba el derecho a que se haga tal declaración. ..." posición reiterada en sentencia SUJ-025-CE-S2-2021 de 09 de septiembre de 2021, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, aclarada mediante proveído de 21 de noviembre de 2021.

Así las cosas, y como quiera que existieron interrupciones en la celebración de los contratos de prestación de servicios mayores a 30 días (atendiendo lo indicado en la sentencia de unificación antes citada), se advierte que cada vínculo contractual es distinto, por tanto, la prescripción debería aplicarse en tal sentido

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencia de 13 de mayo de 2015, radicación número: 68001-23-31-000-2009-00636-01(1230-14), Actor: Antonio José Gómez Serrano, Demandado: ESE Francisco De Paula Santander en Liquidación

Sobre el particular el Consejo de Estado en sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016, precisó:

“Por lo tanto, si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de la “...primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales” (artículo 53 constitucional), se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador.

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.”²³

De acuerdo a lo expuesto, y teniendo en cuenta que el demandante presentó la solicitud de reconocimiento de salarios y prestaciones derivadas de la existencia de una relación laboral, el día **22 de febrero de 2019**, se tiene que no existe prescripción de derechos, toda vez que desde la finalización del último contrato (**15 de septiembre de 2019**) no transcurrió un término mayor a tres años, como tampoco existió interrupción mayor a 30 días entre contrato y contrato.

En consecuencia, la entidad demandada deberá reconocer y pagar los salarios y prestaciones sociales causadas desde el **16 de enero de 2012 hasta el 15 de septiembre de 2018**. Igualmente, las prestaciones derivadas del sistema de seguridad social en pensiones se deberán pagar durante dicho periodo, siempre que haya lugar a ello, toda vez que son imprescriptibles.

Aunado a lo anterior, se destaca que durante la ejecución de los contratos de prestación de servicios existieron periodos de suspensión y periodos muertos o de no prestación del servicio, por tanto, en dichos lapsos no deberá reconocerse ningún valor, o en su defecto, deberán descontarse los días no laborados.

Condena en costas

Con relación a la condena en costas y agencias en derecho, el artículo 188 del CPACA, señala que “*Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.*”.

²³ CE, SCA, S2, Rad. N°. 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, Actor: Lucinda María Cordero Causil, Demandado: Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba).

El término dispondrá de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es sinónimo de “decidir, mandar, proveer”, es decir, que lo previsto por el legislador en la norma no es otra cosa que la facultad que tiene el juez para pronunciarse sobre la condena en costas, y decidir si hay o no lugar a ellas ante la culminación de una causa judicial.

La norma contenida en el citado artículo 188 del CPACA, no impone al funcionario judicial la obligación de condenar de manera consecencial en costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

Ha precisado el Honorable Consejo de Estado en diversas decisiones de distintas Secciones²⁴ la improcedencia de la condena en costas si no se supera la valoración mínima o juicio de ponderación subjetiva de la conducta procesal asumida por las partes y la comprobación de su causación. Señala que con la adopción del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, el legislador abandonó de manera parcial el criterio subjetivo que venía imperando en este tipo de asuntos para dar paso, según se advierte en el artículo 188 ibidem, a la valoración objetiva frente a la imposición, liquidación y ejecución de las costas procesales.

Corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma. Luego de ello, si hay lugar a imposición, el juez debe verificar que las costas se causaron con el pago de gastos ordinarios y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Lo anterior en consonancia con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso.

Ello implica que disponer en la sentencia sobre la condena en costas no presupone su causación per se contra la parte que pierda el litigio y solo, en caso de que estas sean impuestas, se acudiría a las normas generales del procedimiento para su liquidación y ejecución

Así las cosas, en el presente caso, frente al resultado adverso a los intereses de la parte vencida, se tiene que el derecho de defensa ejercido por la demandada estuvo orientado a la protección del acto acusado, el cual estaba revestido de presunción de legalidad.

De igual forma, en lo que concierne a la actividad judicial propiamente dicha, no se observa que la parte vencida haya empleado maniobras temerarias o dilatorias en la defensa de sus intereses, razón suficiente para abstenerse de imponer condena en costas.

²⁴ CE, SCA; S2, SS “B”, sentencia de 28 de octubre de 2016, Rad. No.: 70001-23-33-000-2013-00213-01(3649-14). Actor: Manuel Wadis Rodríguez Jiménez.

* CE, SCA, S2, SS “B”, sentencia de 3 de noviembre de 2016, Rad. No. 25000-23-42-000-2013-01959-01(2655-14). Actor: Teresa Elena Sánchez Bermúdez.

* CE, SCA, S2, SS “B”, sentencia de 1 de enero de 2017, Rad. No.: 27001-23-33-000-2014-00040-01(4693-14). Actor: Ana Orfilia Palacios De Mosquera.

* CE, SCA, S4, sentencia de 20 de febrero de 2017, Rad. No.: 05001-23-33-000-2012-00110-01(20429). Actor: Cooperativa de Consumo.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Seis Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA

PRIMERO. DECLARAR LA NULIDAD del Oficio No. S-2019-179314-0101 de 29 de marzo de 2019, proferido por la directora de contratación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por medio del cual se negó la existencia y reconocimiento de una relación laboral derivada de los contratos de prestación de servicios suscritos entre PABLO CESAR GRISALES AMAYA, identificado con C.C. No. 79.553.840, y dicha entidad; durante el periodo comprendido entre el **16 de enero de 2012 hasta el 15 de septiembre de 2018**, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se **CONDENA** al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF-, a:

a. Declarar la existencia de una relación laboral desde el **16 de enero de 2012 hasta el 15 de septiembre de 2018**.

b. **RECONOCER** y **PAGAR** a PABLO CESAR GRISALES AMAYA, identificado con C.C. No. 79.553.840, las prestaciones sociales y salariales legales (auxilio de cesantías, intereses sobre las cesantías, prima de navidad, prima de junio, prima de servicios, prima de vacaciones, dotación de calzado y vestido de labor) atendiendo a los honorarios pagados en favor de aquel en cada contrato de prestación de servicios.

Lo anterior, deberá realizarse durante los periodos comprendidos entre el **16 de enero de 2012 hasta el 15 de septiembre de 2018**.

No obstante, de lo anterior deberán descontarse los periodos de suspensión o periodos muertos (días sin contrato).

c. **PAGAR** a PABLO CESAR GRISALES AMAYA, identificado con C.C. No. 79.553.840; la cuota parte correspondiente al empleador respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones que no se hubieren efectuado durante de los periodos comprendidos entre **16 de enero de 2012 hasta el 15 de septiembre de 2018**.

Sólo deberá devolverse el porcentaje que por ley le corresponde pagar al empleador. No aplica prescripción alguna respecto de los aportes a seguridad social.

d. **ACTUALIZAR** las sumas debidas conforme al inciso final del artículo 187 del CPACA, de conformidad con fórmula expuesta en la parte motiva del presente proveído.

TERCERO. Se ORDENA dar cumplimiento a esta providencia con observancia de lo dispuesto en los Artículos 192 y 195 del CPACA.

CUARTO. NIEGANSE las demás pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente fallo

QUINTO. No condenar en costas, conforme se advierte en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO. Notifíquese personalmente esta decisión a la Procuraduría Judicial delegada ante esta Dependencia Judicial.

SÉPTIMO. Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución del remanente de los dineros consignados para gastos del proceso en caso de que lo hubiere.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Juez

Firmado Por:

Elkin Alonso Rodriguez Rodriguez

Juez

Juzgado Administrativo

Oral 046

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **b63ab9f01868d6891399faafb40181c88330dc628cb5a1c42e62bae2549168d2**

Documento generado en 10/10/2022 07:50:10 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>