

Cartagena de Indias D.T. y C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-003-2017-00193-01
Demandante	ALBERTO FORESTIERI CHAMORRO
Demandado	SENA
Tema	<i>Contrato realidad – instructor del SENA – elementos del contrato realidad</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 004¹ del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del 20 de septiembre de 2018, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se resolvió acceder a las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA²

3.1.1. Pretensiones³.

La parte actora solicita que se concedan las siguientes pretensiones:

“PRIMERO: DECLARASE la nulidad del Acto Administrativo No. 2-2017- 002239 de fecha 5 de abril de 2017, por medio del cual el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA denegó el reconocimiento y pago de unos derechos salariales derivados de la prestación personal de los servicios del señor ALBERTO FORESTIERI CHAMORRO.

SEGUNDO: CONDENASE al Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA - a pagar al señor(a) ALBERTO FORESTIERI CHAMORRO, a título de restablecimiento del derecho, el valor equivalente a las prestaciones sociales (gastos de representación, subsidio de aumentación, prima técnica f. salarial, auxilio de transporte, prima de localización, prima de navidad, prima de servicio junio, prima de servicio diciembre, prima de

¹En aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 del CSJ que autorizó a los Tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.

² Folio 1-9 cdno 1

³ Fols. 1-3 cdno 1.



13-001-33-33-003-2017-00193-01

vacaciones. sueldo de vacaciones. bonificación por servicios. viáticos permanentes, horas extras diurnas, horas extras nocturnas, recargo nocturno, dominicales y festivos, bonificación por compensación, prima de coordinación, cesantías definitivas correspondientes a todo el tiempo laborado. intereses de cesantías) devengadas por los empleados (instructores) vinculados a dicha entidad durante los períodos comprendidos entre el SEPTIEMBRE DE 1994 HASTA DICIEMBRE DE 2016, liquidadas conforme al valor pactado en los contratos suscritos.

TERCERO: CONDÉNASE a la entidad demandada a pagar al señor(a) ALBERTO FORESTIERI CHAMORRO, los porcentajes de cotización correspondientes a pensión y salud que debió trasladar a los Fondos correspondientes durante el periodo acreditado que prestó sus servicios.

CUARTO: DECLÁRASE que el tiempo laborado por el señor(a) ALBERTO FORESTIERI CHAMORRO, bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, se debe computar para efectos pensionales. CONDÉNASE al SENA a pagar al actor a título de reparación del daño, las cotizaciones de Caja de Compensación durante el periodo acreditado que prestó sus servicios conforme a la parte motiva.

Las sumas que resulten a favor del señor (a) ALBERTO FORESTIERI CHAMORRO, se ajustarán en su valor como lo tiene definido la Sala y lo autoriza el CPACA.

SEXTO: Ordénese también que la condena de que trata la pretensión anterior se ajuste en su valor tomando como base el índice de Precios al Consumidor o al por Mayor, como indica el Artículo 187 del C.P.A.C.A.

SÉPTIMO: Igualmente ordénese a la demandada el pago de los Intereses comerciales y/o moratorios aplicables a las mencionadas sumas tal como lo indica el Artículo 195 No. 4 del C.P.A.C.A.

OCTAVO: Que se condene en costas de conformidad con el artículo 188 C.P.A.C.A Y a su vez se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos establecidos en los artículos 189 5. S. del C.P.A.C.A".

3.1.2. Hechos⁴.

La parte demandante desarrolló los argumentos fácticos, que se ha de sintetizar así:

El señor ALBERTO FORESTIERI CHAMORRO, fue vinculado con el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA por lo que prestó sus servicios personales, a través de contratos de prestación de servicios, desde septiembre de 1994 hasta diciembre de 2016; durante ese tiempo, realizó las actividades propias de un instructor en los programas del SENA.

⁴ Fols. 3-5 Cdno 1



El SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA, disfrazó la vinculación del actor a través de la figura de contratos de prestación de servicios puesto que este cumplía un horario diario y fijo, recibió órdenes e instrucciones sobre el modo, tiempo y lugar donde debía desarrollar sus labores, se encontraba subordinado al jefe inmediato y percibió un salario como remuneración sin recibir ningún tipo de prestaciones sociales, legales o convencionales por sus servicios. De igual forma, el señor ALBERTO FORESTIERI CHAMORRO, tuvo que desplazarse para diferentes municipios, sin que se le reconocieran viáticos por su labor. Durante el tiempo en que el señor ALBERTO FORESTIERI CHAMORRO, prestó sus servicios al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE (SENA) no podía ausentarse ni dejar de asistir injustificadamente al lugar de trabajo y en los horarios señalados, por lo que le era necesario pedir permisos.

Mediante escrito radicado en fecha 16 de marzo del 2017, se presentó reclamación administrativa para obtener el reconocimiento de sus prestaciones sociales; sin embargo, el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE (SENA), a través de comunicación No. o No. 2-2017-002239 de fecha 5 de abril de 2017, negó lo solicitado.

3.1.3. Normas violadas y concepto de violación:

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes:

- Artículos 1,2,6,11, 12,13,16,20,25,29,37,38,53,90,93,95,122,123,124,125,365 y 366 de la Constitución Política.
- Artículos 10,27,74,127 y 143 Código Sustantivo del Trabajo.
- Artículo 61 del Decreto 1469 de 1978.

Expuso que el acto demandado, viola la Constitución Política al inducir a la administración pública a la celebración de contratos de prestación de servicios con personas que desarrollan las mismas actividades que en la práctica es una relación de carácter laboral, incumpliendo a su vez con los preceptos legales al no cumplir con el procedimiento para vincular a los contratistas de la entidad en las mismas condiciones que el personal de planta.

Sostuvo, que el SENA incurrió en omisión al no cumplir con los procedimientos legales para vincular a los contratistas docentes, en las mismas condiciones que los docentes de planta de esa entidad; sin tener en cuenta que, en el

13-001-33-33-003-2017-00193-01

caso del actor, éste cumplía órdenes de sus superiores, que esta subordinado a las solicitudes de la subdirectora del centro al cual pertenecía y que las actividades docentes realizadas por él se ejecutaban en cumplimiento de instrucciones oficiales y ordenes de las directivas de la institución a la cual servía.

Añadió que, por lo anterior el demandante tenía las características propias de un docente, puesto que no podía proceder de manera autónoma a desplegar sus actividades, sino que necesariamente debía estar sujeto a un plan de capacitación, instrucciones, jornada de trabajo, programación de clase, entrega de notas y en general, a unas actividades prefijadas a un plan de formación y programación pormenorizados, acorde con el plan de gestión académica establecido por el centro al cual pertenecía. Circunstancias estas que comprueban la subordinación a la que estaba sujeto en el cumplimiento del servicio

Afirmó que el SENA, utilizó equivocadamente la figura contractual para encubrir la naturaleza real de la labor desempeñada, por lo que se configura un contrato realidad, en tanto el demandante prestó sus servicios como docente e instructor en la entidad, de manera subordinada, en las mismas condiciones que un empleado público al interior de la institución.

3.2. CONTESTACIÓN.

3.2.1. SENA⁵:

La entidad accionada dio contestación a la demanda, manifestando que el accionante estuvo vinculado al SENA por medio de la Regional Bolívar, mediante Contrato de Prestación de Servicios, como instructor en los programas de formación virtual, a través de contratos interrumpidos, temporales, cuya duración fue siempre por tiempo limitado e indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Expuso que no era cierto que el demandante había celebrado contratos de prestación de servicios de forma continua desde enero de 1994 hasta diciembre de 2016 en la Regional Bolívar porque de acuerdo a la certificación expedida por los subdirectores se tiene que dichos contratos no fueron continuos, sino que se dieron de forma interrumpida, con una duración por

⁵ Fols. 99-122 Cdno 1.

13-001-33-33-003-2017-00193-01

tiempo limitado e indispensable para ejecutar el objeto contractual por el cual fue contratada. Adicionalmente alegó que, el demandante suscribía contratos de prestación de Servicios con otras entidades de orden privado y públicas, de forma simultánea con el Sena, entre las entidades mencionó: MCA Electrónicos LTDA, Secretaria de Participación y Desarrollo Social de la Alcaldía de Cartagena, IPCC.

Manifestó que no es dable considerar que el actor cumplía una jornada de trabajo u horario fijo con el SENA durante dichos periodos, teniendo en cuenta que el demandante desarrollaba otras actividades laborales con otras empresas diferentes al SENA. En efecto, para que el accionante pudiera cumplir con el SENA era necesario que coordinara junto con la entidad el momento en que desarrollaría sus actividades contractuales, tal coordinación no implica subordinación ni dependencia.

Que el demandante mediante los contratos de prestación de servicios realizó las actividades con autonomía técnica, administrativa y financiera y sin subordinación; nunca se dieron órdenes, simplemente se supervisó y controló el resultado de la labor realizada. Reiteró que el actor no percibía salario, sino honorarios, los cuales se le reconocían siempre y cuando cumpliera con el objeto del contrato. Resaltó que, no podía asegurarse automáticamente que la existencia de la subordinación, en la medida que dentro del desarrollo y ejecución del objeto contractual, es imperativo que las partes coordinen actividades ya que la entidad estatal contratante no está obligada a recibir lo que a voluntad el contratista presente como cumplimiento de lo pactado.

En el caso concreto del actor, sostuvo que este tuvo vinculación con el SENA, pero a través de contratos de prestación de servicios, por el tiempo estrictamente necesario, por lo que no se configuró, ni se demostró la existencia de una relación laboral de la cual se puedan reconocer las prestaciones alegadas u otras como cesantías, bonificaciones, etc., propios de una relación laboral; pues para ello, debían demostrarse los elementos que tipifican un contrato de trabajo como es: a. La actividad personal de la demandante; b. La continuada subordinación y dependencia; y, c. Sueldo o salario.

Como excepciones presentó: (i) Prescripción; (ii) Inexistencia de la obligación; (iii) cobro de lo no debido; (iv) buena fe; y (v) genérica.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁶

Por medio de providencia del 20 de septiembre de 2018, la Juez Tercera Administrativo del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda.

El Despacho encontró demostrado que los tiempos laborados por el demandante en los años 1993 al año 2016, se pudo evidenciar que tuvo una verdadera relación laboral con el SENA de conformidad con las pruebas (documentales y testimoniales recaudados), ya que durante este periodo el actor adelantó todo el esfuerzo personal, que la misma requería, situación que permite corroborar la presencia del elemento prestación personal del servicio.

Ahora bien, la a quo resaltó que la vinculación del accionante con el SENA fue interrumpida en varios periodos así: no existió una vinculación de manera continuada durante las fechas del 18 de diciembre de 1997 hasta 1 de mayo de 2005 , (no laboró para el SENA por el transcurso de 7 años, 4 meses y 13 días); así mismo desde el 30 de diciembre de 2005 al 1 de marzo del 2006 (no laboró para el SENA por el transcurso 2 meses); de igual forma del 1 de diciembre del 2006 al 1 de marzo de 2007 (no laboró para el SENA por transcurso de 2 meses); así como también desde 30 de diciembre del 2007 al 1 de marzo del 2008 (no laboró para el SENA por el lapso de 2 meses); del 20 de diciembre de 2009 hasta 20 de mayo de 2011 (no laboró para el SENA por lapso de 1 año 4 meses) en adelante se logra evidenciar una contratación sin mayor interrupción de tiempo donde el último contrato fue hasta el mes de noviembre del año 2016.

De igual modo, percibió una remuneración o contraprestación económica por la labor personal que realizó al servicio del SENA, según la documental y testimonial referida, que estaba sujeta a la apropiación presupuestal de la entidad.

Así mismo, se configuró el elemento subordinación y dependencia, comprobado en la intemporalidad de la relación, en el cumplimiento de funciones y horarios de trabajo propios de la entidad, con desarrollo de idénticas funciones a las asignadas a los instructores de planta. Cumplió sus servicios al SENA en calidad de instructor en los programas y cursos de Técnico en Sistema, para el Centro de la Industria Petroquímica, bajo la supervisión del

⁶ Fols. 314-325 Cdo no 2.



13-001-33-33-003-2017-00193-01

Coordinador académico y el Grupo que se delegue o quien designe el Subdirector del Centro del SENA Regional Bolívar, según los planes docentes previamente definidos por la entidad. También cumplió con el horario de labores que le fue encomendado en forma directa por el correspondiente coordinador académico o jefe de centro, que comprendía impartir la formación durante determinadas horas por día según las áreas de instrucción que previamente le fueron definidas; situación que implicó la ejecución de la labor asignada, con constancia y cotidianidad en los tiempos que explícitamente le fueron estipulados.

En cuanto a la prescripción, determinó que la misma no había operado para los periodos del 2005 al 2016, por lo que frente a los mismos debía reconocerse las prestaciones sociales, tomando como base los honorarios contractuales, correspondientes desde el 1 de mayo de 2005 hasta 17 de noviembre de 2016, salvo sus interrupciones.

3.4. RECURSO DE APELACIÓN⁷

La demandada presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, aduciendo, como primera medida que, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, declaró la nulidad del acto administrativo No. 1-2017-001991 del 16 de marzo de 2017, el cual es diferente a aquel por medio del cual se negó al actor el reconocimiento de prestaciones sociales (que corresponde al Oficio 2-2017-002239 del 5 de abril de 2017), por lo tanto, debía entenderse que la decisión administrativa del SENA gozaba de plena validez y de presunción de legalidad.

Expuso que, contrario a lo que aduce el juez de primera instancia, en el asunto de marras no estaba demostrado el elemento subordinación y la misma no se puede deducir por la intemporalidad de la relación, como lo manifiesta el a quo; así como tampoco es cierto que el actor cumplió un horario y funciones asignadas por la entidad. El actor no se encontraba supervisado por el Coordinador académico del Centro para la Industria petroquímica, ni por el Subdirector de centro, ni tampoco está demostrado que se le impusiera un horario al demandante y dentro del plenario no existe prueba siguiera sumaria de que el actor le fueran otorgados permisos, tal afirmación no puede ser deducida de los testimonios aportados al expediente (AMAURY TORRES MARÍN Y MANUEL ZÚÑIGA JIMÉNEZ). De los mismos, no se puede advertir que el actor estuviera subordinado o dependiente de la entidad, ya que estos no son

⁷ Fols. 330-339 Cdo no 2



13-001-33-33-003-2017-00193-01

claros, están llenos de serias dudas y contradicciones, y el a quo les da un alcance que no tienen, teniendo en cuenta que no son certeros y no dan claridad frente a todos los contratos de prestación de servicios que controvierten, resaltando que en sus declaraciones afirman que solo conocieron al actor en diferentes periodos pero que nunca lo vieron ejecutando sus actividades contractuales.

Indicó que, de la declaración del señor AMAURY RAFAEL TORRES MARÍN, se podía evidenciar que este no conoce si el demandante cumplía un horario de trabajo, indicando que no puede dar fe porque no tenía injerencia en ello, manifestó no conocer las funciones que realizaba el demandante, manifestó que no le constaba el hecho de que el actor delegara sus actividades. Con relación a la declaración del señor MANUEL ZÚÑIGA JIMÉNEZ, es una declaración llena de contradicciones que van desde las diferentes horas de horario que aparentemente el demandante cumplía, indicó diversos horarios y los cuales no son acorde con su horario de trabajo como instructor de ambiente.

Manifestó que, como contratista instructor declaró no saber si el actor cumplía órdenes, así como tampoco cumplía con el reglamento o se le impusiera el reglamento de la entidad, expuso no conocer que actividad desempeñaba en el centro de comercio y de servicios el accionante.

Explicó que, de los anteriores testimonios recepcionados se advierte que las declaraciones son confusas y llenas de supuestos por los declarantes, donde solo tuvieron contacto con el actor por periodos de tiempo esporádicos; se contradicen en sus declaraciones, por tanto, tales testimonios no dan certeza y no son contundentes para demostrar la subordinación que alega el actor, en efecto, debe declararse no probada la dependencia que alega el accionante y negar las pretensiones de la demanda.

Agregó que, el actor suscribió múltiples contratos de prestación de servicios, los cuales tenían un objeto diferente el uno del otro, lo que indica que su contratación fue por el tiempo necesario para desarrollar cada uno de los objetos diferentes pactados en los contratos, es decir, que le contrató para desempeñar un objeto contractual y una vez desarrollado y finalizado el mismo por el tiempo pactado, se ejecutaba otro totalmente diferente. Por ende, la temporalidad en la ejecución de los mimos es una característica de los contratos de prestación de servicios. Señaló que, yerra el a quo al considerar que la simple cercanía entre la finalización de un contrato y el inicio



13-001-33-33-003-2017-00193-01

del otro, indique renovación del contrato y vocación de permanencia, omitiendo que en el presente asunto se advierte que los contrato tiene un objeto diferente.

En cuanto a la prescripción expuso que el Juez de primera instancia, sin fundamento, manifestó que las fechas de las interrupciones contractuales se debían a periodos de vacaciones otorgados por la entidad, cuando dentro del plenario no existe prueba de tal afirmación; por lo tanto, se presume que el SENA tiene periodos de vacaciones similares a un establecimiento educativo (prescolar, primaria, educación secundaria) o ente universitario, cuando el SENA es un establecimiento público adscrito al Ministerio del Trabajo, donde las normas del estatuto docente y todas los beneficios de los docentes no son aplicables a los instructores SENA el cual tiene un régimen prestacional diferente a los docentes del estado colombiano.

Manifiesta que los contratos de prestación de servicios suscritos desde el 2005 hasta el 15 de marzo de 2014, se encuentran prescritos, teniendo en cuenta que la reclamación administrativa se presentó el 16 de marzo de 2017 y contados tres años hacia atrás se advierte que todos los contratos relacionados dentro del de dicho periodo se encuentran prescritos.

3.5. ACTUACIÓN PROCESAL.

El proceso en referencia fue repartido ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 25 de febrero de 2019⁸, por lo que se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 26 de abril de 2019⁹. El 3 de mayo de 2019¹⁰, el Ministerio Público manifestó su impedimento para conocer del asunto, el cual fue aceptado a través de auto del 22 de julio de 2019¹¹. El 8 de octubre de 2019¹² se corrió traslado para alegar de conclusión.

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.6.1. Parte demandante¹³: Presentó escrito de alegatos reiterando los argumentos de la demanda.

⁸ Fol. 2 Cdno apelaciones

⁹ Folio. 4 Cdno apelaciones

¹⁰ Folio 7 Cdno apelaciones

¹¹ Folio 9-11Cdno apelaciones

¹² Folio. 16 Cdno apelaciones

¹³ Folio 40-65 Cdno apelaciones

13-001-33-33-003-2017-00193-01

3.6.2. Parte demandada¹⁴: Presentó escrito de alegatos reiterando los argumentos de defensa.

3.6.3. Ministerio Público: No presentó concepto.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA. De igual forma se aclara que dicha competencia se circunscribe únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, conforme los artículos 320 y 328 del C.G.P.

5.2. Problema jurídico

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que se debe determinar:

¿Si entre el señor ALBERTO FORESTIERI CHAMORRO y el SENA REGIONAL BOLÍVAR, surgió una relación de carácter laboral, en virtud de los contratos de prestación de servicios celebrados entre estos desde el año 1994-2016?

¿Se encuentra probado el elemento subordinación en los contratos anteriores?

¿Existe prescripción frente a los contratos suscritos entre 2005 y el 2014?

¹⁴ Folio. 19-31 Cdno apelaciones



5.3. Tesis de la Sala

La Sala REVOCARÁ el fallo de primera instancia, al considerar que en el presente asunto no se configuraron los elementos de una relación laboral, como quiera que la parte actora no demostró la existencia del elemento subordinación en el desarrollo de los contratos de prestación de servicios. Así las cosas, durante su labor como instructor del SENA, no se evidencia el cumplimiento de órdenes, instrucciones, directrices, lineamientos impartidos por el contratante al contratista, acerca de la manera o forma y temporalidad en que se debía ejecutar la labor.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL¹⁵

5.4.1. El contrato de prestación de servicios y la teoría de la relación laboral.

La contratación por prestación de servicios con el Estado ha sido desarrollada por nuestra legislación a través del D. L. 222 de 1983, la Ley 80 de 1993 y por la Ley 190 de 1995.

La Ley 80 en su artículo 32, dispone que 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 pueden celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. Así las cosas, la ley establece que, en ningún caso estos contratos generarán relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

El artículo 7 del Decreto 1950 de 1973 prevé que *"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).

Por otra parte, como ya se ha dicho para evitar el uso indebido del contrato de prestación de servicios, la Ley 790 de 2002, por medio de la cual se expiden

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "B", Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, Bogotá, D.C., once (11) de mayo de dos mil veinte (2020)., Radicación número: 20001-23-31-000-2011-00341-01(2001-13) Actor: RICARDO JOSÉ CORRALES, Demandado: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA.

13-001-33-33-003-2017-00193-01

disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al presidente de la República, prevé que, 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" (subrayado fuera de texto).

Por su parte, la Ley 734 de 2002, por la cual se expide el Código Único Disciplinario, establece en el artículo 48, numeral 29 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".

Como puede observarse, el ordenamiento jurídico ha previsto no sólo la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios para llevar a cabo funciones propias previstas en la ley o en los reglamentos para un empleo público, sino que también sanciona al servidor que realice dicha contratación por fuera de los fines contemplados en el estatuto de contratación estatal.

5.4.2. De la solución de las controversias judiciales con ocasión de los contratos de prestación de servicios

El principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, tiene plena operancia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad, el efecto 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 el fin de hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado.

De acuerdo a lo expuesto, y conforme también lo ha señalado en múltiples ocasiones esta jurisdicción, para que se considere la existencia de una verdadera relación laboral es necesario que se demuestren los elementos esenciales de la misma que son: (i) la prestación personal del servicio; (ii) que

13-001-33-33-003-2017-00193-01

por dicha labor se reciba una remuneración o pago y; (iii) que exista subordinación o dependencia respecto de la entidad.

En sentencia de fecha 18 de noviembre de 2003¹⁶, la Sala Plena del Consejo de Estado abordó el tema de los contratos de prestación de servicios y en aquella oportunidad, negaron las pretensiones de la demanda porque se acreditó en el plenario que en la ejecución de las órdenes suscritas por la parte actora se encontraba presente el elemento “coordinación”. No obstante, esta pauta jurisprudencial no resulta aplicable en los eventos en los cuales se acuda al elemento “subordinación”, aspecto trascendente que como se anotó, requiere ser acreditado plenamente en la tarea de descubrir la relación laboral, en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades.

Para hacer más fácil la identificación de si se está ante una verdadera relación laboral, conviene citar el pronunciamiento hecho por la Corte Constitucional mediante sentencia C-154 de 1997 en el cual plasmó las diferencias del contrato de prestación de servicios y el contrato de trabajo.

En ese sentido, sostuvo la Corte en la precitada jurisprudencia, que para que se configure el contrato de trabajo se requiere de la existencia de la prestación personal del servicio, una continuada subordinación laboral y una remuneración como contraprestación al servicio realizado. En cambio, frente al contrato de prestación de servicio, la actividad desplegada independiente puede provenir de una persona jurídica donde no exista el elemento de subordinación laboral o dependencia en la potestad de impartir órdenes para la ejecución de la labor contratada.

Así las cosas, concluye esa Corporación que la diferencia principal del contrato de trabajo y el contrato de prestación de servicios se basa en el elemento fundamental de la subordinación, consistente en la actitud por parte de la Administración de impartir órdenes a quien presta el servicio, además de la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio. Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte demandante demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la

¹⁶ Consejo de Estado, Sala Plena, radicación IJ 0039-01, C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda, Demandante: María Zulay Ramírez Orozco.

13-001-33-33-003-2017-00193-01

jurisprudencia¹⁷ para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral.

Aunado a lo anterior, el Consejo de Estado¹⁸ argumenta que, además de las exigencias legales anteriormente hechas, también debe tenerse en cuenta que la carga de la prueba se encuentra principalmente en cabeza de la parte actora, es decir, que es el demandante quien debe demostrar que la permanencia de las actividades desplegadas es inherente a la entidad demandada, y que con ello exista similitud y equidad con los demás empleados de planta respecto de las actuaciones que desempeñe el actor.

Ahora bien, al analizar la subordinación, debe mirarse si se está en presencia de ella realmente o si por el contrario se da la coordinación necesaria que debe existir para el cumplimiento del contrato suscrito, caso en el cual no puede considerarse la existencia de una relación laboral¹⁹.

5.5. CASO CONCRETO

5.5.1. Hechos relevantes probados:

En este acápite se relacionan las pruebas que atañen a los contratos frente a los cuales se impugnó la sentencia de primera instancia:

- Reclamación administrativa elevada por el señor ALBERTO FORESTIERI CHAMORRO, ante el SENA, de fecha 16 de marzo de 2017, por medio del cual solicitaba el reconocimiento de prestaciones sociales (fl. 14-16).
- Oficio No. 2-2017-002239 del 5 de agosto de 2017, por medio del cual el SENA respondió la solicitud del actor, de manera negativa (fl. 19-22)
- Certificados expedidos por el Jefe de Gestión y Capacitación del SENA Regional Bolívar, de fecha 8 de febrero de 2007, a través de la cual se deja

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de fecha 29 de septiembre de 2005, radicación Nro. 68001-23-15-000-1998-01445-01, referencia Nro. 02990-05, actor: Mónica María Herrera Vega, demandado: Municipio de Floridablanca, C.P. Tarsicio Cáceres Toro.

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de fecha 04 de febrero de 2016. Radicado No. 05001-23-31-000-2010-02195-05 (1149-15). C.P.

¹⁹ Posición fijada en la decisión de la Sala Plena de esta Corporación del 18 de noviembre de 2003, Radicado IJ0039, actora: María Zulay Ramírez Orozco.



13-001-33-33-003-2017-00193-01

constancia que el actor prestó sus servicios desde el 1 de septiembre de 1993, hasta el 18 de diciembre de 1997 (fl. 24 cdno 1)

- Certificados expedidos por los Subdirectores del SENA Regional Bolívar, en los que se hace constar que el actor prestó sus servicios a dicha entidad (fl. 26-29). También se alegan contratos de prestación de servicios (fl. 36-74 cdno 1 y 166-204 cdno 2) así:

No. Contrato	Objeto	Valor total contrato	Plazo	Fecha de iniciación y finalización	Intensidad horaria	Prueba
Orden de servicio 138 de 1995 ²⁰	Prestar servicios de auxiliar en promoción de aportes	\$3.854.216	10 meses	13/02/1995 al 14/12/1995	N/A	Orden de serv.
Orden de servicio 058 de 1996 ²¹	Prestar servicios de auxiliar en promoción de aportes	\$7.248.854	10 meses y 22 días	01/02/1996 al 22/12/1996	N/A	Orden de serv
Orden de servicio 114 de 1997 ²²	Prestar servicios de auxiliar en promoción de aportes	\$2.026.077	3 meses	31/01/1997 al 31/04/1997	N/A	Orden de serv
Orden de servicio 521 de 1997 ²³	Prestar servicios de auxiliar en promoción de aportes	\$675.359	1 mes	02/05/1997 al 02/06/1997	N/A	Orden de serv
Orden de servicio 752 de 1997 ²⁴	Prestar servicios de auxiliar en promoción de aportes	\$1.350.718	2 meses	11/06/1997 al 11/08/1997	N/A	Orden de serv
Orden de servicio 1053 de 1997 ²⁵	Prestar servicios de auxiliar en promoción de aportes	\$1.688.397	2 meses y medio	28/09/1997 al 13/12/1997	N/A	Orden de serv
Orden de servicio 1421 de 2004 ²⁶	Prestar servicios de auxiliar en promoción de aportes	\$4.953.800	6 meses	28/12/2004 al 30/06/2005	340	Orden de serv
27 ²⁷	Instructor en formación complementaria	\$2.384.400	1 mes y 8 días	7/04/2005 al 15/05/2005	170	Certificado/ord. Serv.
94 ²⁸	Instructor en formación complementaria	\$2.325.264	1 mes	18/05/2005 al 18/06/2005	150	Certificado/ord. Serv.
115 ²⁹	Instructor en formación complementaria	\$1.402.588	1 mes	17/06/2005 al 18/07/2005	100	Certificado/ord. Serv.
141 ³⁰	Instructor en formación complementaria	\$841.553	16 días	18/07/2005 al 3/08/2005	60	Certificado/ord. Serv.
172 ³¹	Instructor en formación complementaria	\$1.402.588	1 mes	12/08/2005 al 12/09/2005	100	Certificado/ord. Serv.
315 ³²	Instructor en formación complementaria	\$294.543	10 días	21/12/2005 al 30/12/2005	21	certificado

²⁰ Folio 30

²¹ Folio 31

²² Folio 34

²³ Folio 242

²⁴ Folio 243

²⁵ Folio 250

²⁶ Folio 35

²⁷ Folio 26 y 248

²⁸ Folio 26 y 235

²⁹ Folio 26 y 247

³⁰ Folio 26 y 246

³¹ Folio 26 y 237

³² Folio 26



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No. 113/2021
SALA DE DECISIÓN No. 004

SIGCMA

13-001-33-33-003-2017-00193-01

60 ³³	Instructor en formación complementaria	\$8.885.400	7 meses	23/01/2006 al 23/08/2006	600	certificado
162 ³⁴	Instructor en formación complementaria	\$3.554.160	3 meses	04/09/2006 al 04/12/2006	240	certificado
256 ³⁵	Instructor en formación complementaria	\$4.442.700	3 meses	06/12/2006 al 06/03/2007	300	certificado
53 ³⁶ y adicional	Instructor en formación complementaria	\$14.741.354	8 meses	19/04/2007 al 30/12/2007	948	Certificado/ contrato
105 ³⁷	Instructor en formación complementaria	\$4.897.512	2 meses y 15 días	14/03/2008 al 30/05/2008	300	certificado
82 ³⁸	Instructor virtual en el área de formulación de proyectos y pensamiento empresarial	N/A	6 meses	14/02/2008 al 15/08/2008	N/A	certificado
277 ³⁹	Instructor virtual en el área de formulación de proyectos y pensamiento empresarial	N/A	1 mes y 21 días	08/10/2008 al 29/11/2008	N/A	certificado
80 ⁴⁰	Instructor virtual en el área de formulación de proyectos y pensamiento empresarial	N/A	8 meses	20/03/2009 al 20/11/2009	N/A	certificado
209 ⁴¹	Instructor en el área de contabilidad	\$2.585.300	1 mes	20/05/2011 al 20/06/2011	N/A	Certificado/ contrato
335 ⁴²	Instructor en el área de contabilidad	\$12.926.500	5 meses	15/07/2011 al 15/12/2011	N/A	Certificado/ contrato
101 ⁴³	Instructor virtual en el área de formulación de proyectos y pensamiento empresarial	\$13.000.000	5 meses	25/01/2012 al 25/06/2012	N/A	Contrato
357 ⁴⁴ (55612)	Instructor virtual en el área de formulación de proyectos y pensamiento empresarial	\$14.960.000	5 meses	17/07/2012 al 17/12/2012	N/A	Certificado/c ontrato
436 ⁴⁵	Instructor virtual en el área de formulación de proyectos y pensamiento empresarial	\$32.358.480	10 meses y 15 días	01/02/2013 al 16/12/2013	N/A	Certificado/c ontrato
826 ⁴⁶	Instructor virtual en el área de formulación de proyectos y pensamiento empresarial	\$22.219.400	7 meses	23/01/2014 al 23/07/2014	N/A	Certificado/c ontrato
927 ⁴⁷	Instructor virtual en el área de formulación de proyectos y pensamiento empresarial	\$31.822.413	9 meses y 22 días	20/02/2015 al 12/12/2015	N/A	Certificado/c ontrato
Adición C. 927 ⁴⁸	Instructor virtual en el área de formulación de proyectos y pensamiento empresarial	\$762.866	7 días	12/12/2015 al 19/12/2015	N/A	Contrato
562 ⁴⁹	Instructor virtual en el área de formulación de proyectos y pensamiento empresarial	\$20.205.048	6 meses	09/02/2016 al 08/08/2016	N/A	Certificado/c ontrato
Adición 562 ⁵⁰	Instructor virtual en el área de formulación de proyectos y pensamiento empresarial	N/A	3 meses	09/08/2016 al 09/11/2016	N/A	Certificado

- 33 Folio 26
- 34 Folio 26
- 35 Folio 26
- 36 Folio 26 y 229-234
- 37 Folio 26
- 38 Folio 27
- 39 Folio 27
- 40 Folio 27
- 41 Folio 29 y 39-41
- 42 Folio 29 y 36-38
- 43 Folio 42-44
- 44 Folio 27 y 45-48
- 45 Folio 27 y 54-56
- 46 Folio 27 y 57-61
- 47 Folio 27 y 62-66
- 48 Folio 63
- 49 Folio 68-72
- 50 Folio 27





13-001-33-33-003-2017-00193-01

Adición 562 ⁵¹	Instructor <i>virtual</i> en el área de formulación de proyectos y pensamiento empresarial	N/A	7 días	09/11/2016 al 15/11/2016	N/A	Certificado/contrato
---------------------------	--	-----	--------	--------------------------	-----	----------------------

- Órdenes de pago de los honorarios del actor que van desde el 1/01/2005 al 31/12/2009 y del 1/01/2011 al 31/12/2011 (fl. 75-80)
- Relación de pagos de seguridad social (fl. 81-87)
- Oficio expedido por el SENA a solicitud del Juzgado de conocimiento, en el que se da cuenta que el actor nunca debió trasladarse a otros municipios a cumplir las obligaciones de los contratos suscritos con dicha entidad (fl. 228)
- Testimonio de los señores Amaury Torres Marín y Manuel Zúñiga Jiménez (fl. 297-299):

5.5.2. Análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

En el sub-examine, la Juez de primera instancia accedió a las pretensiones de la demanda al considerar que en el caso bajo estudio se había acreditado la existencia de los 3 elementos constitutivos del contrato realidad, como es la prestación personal del servicio, la subordinación y la remuneración. Por su parte, el SENA, sostiene que dichos elementos no se encuentran acreditados como quiera que al proceso no se trajo prueba suficiente de la subordinación, puesto que los testigos se contradicen y manifiestan desconocer si la parte actora recibía ordenes, cumplía horario y demás. Adicionalmente alega, que entre un contrato y otro había interrupciones frente a las cuales debía analizarse el fenómeno de la prescripción.

Para resolver el problema jurídico planteado, es preciso tener en cuenta los presupuestos que regulan el contrato realidad y con fundamento en el antecedente jurisprudencial se entrará a analizar los elementos que demuestran la relación laboral, así:

La prestación personal del servicio

Del análisis de las pruebas aportadas en el proceso se tiene que, el demandante celebró varios contratos de prestación de servicios con la demandada, por un periodo que comprende desde el 13 de febrero de 1995, hasta el 15 de noviembre de 2016, lo anterior teniendo en cuenta que si bien existe un certificado que indica que el actor laboró desde 1993⁵², las ordenes

⁵¹ Folio 27 y 68-72

⁵² Folio 24 cdno 1

13-001-33-33-003-2017-00193-01

de servicios aportadas al plenario solo dan cuenta el inicio de labores en el 1995⁵³, sin que existan soportes que demuestren la prestación del servicio en los años 1993-1994.

También se evidencia que dicha contratación no fue continua, sino que sufrió interrupciones por **periodos superiores al año**, tal y como se expone a continuación:

- 1) Interrupción que va desde el 13 de diciembre de 1997 hasta 28 de diciembre de 2004 (7 años de interrupción).
- 2) Interrupción que va desde el 20 de noviembre de 2009 hasta 20 de mayo de 2011 (1 años y 5 meses de interrupción).

El objeto general de todos los contratos era la prestación de los servicios profesionales como auxiliar en promoción de aportes (1997-2005), instructor en programas de formación presencial (2005-2008), instructor en programas de formación virtual (2008-2009), instructor en programas de formación presencial - contabilidad (2011), instructor en programas de formación virtual (2012-2016).

No existe constancia documental sobre la rendición de informes por parte del actor, por lo que no puede darse fe del cumplimiento de las obligaciones del contrato (la prestación del servicio), sin embargo, los testigos afirman que el actor sí cumplía sus actividades y rendía sus informes por lo que se le autorizaba el pago de sus honorarios; además, la parte accionada no desconoce el hecho de que el actor cumpliera a satisfacción con las obligaciones del contrato, por lo que tendrá por demostrada la prestación personal del servicio.

La remuneración

De la lectura de los contratos por prestación de servicios que militan en el expediente y de la certificación expedidas por el SENA, se observa que en todos los contratos se fijó una cláusula en la que se señala el valor de las sumas de dinero que se pagarían como resultado de la prestación del servicio pactado en cada una de estas manifestaciones de voluntad, razón por la cual es permitido inferir, sin ambages, que el servicio fue adquirido por la entidad demandada a título oneroso. Igualmente, están en el proceso las órdenes de pago que van desde el 1/01/2005 al 31/12/2009 y del 1/01/2011 al 31/12/2011 (fl. 75-80)

⁵³ Folio 30



13-001-33-33-003-2017-00193-01

Así las cosas, se encuentra demostrado el cumplimiento de este elemento.

La subordinación:

La subordinación, requiere para su configuración, que esta se ejecute de manera continua e ininterrumpida durante el desarrollo del contrato, es decir, que exista una sujeción o dependencia constante de quien presta el servicio respecto de su contratante⁵⁴.

En el recurso de alzada, la parte demandada argumentó que la subordinación no estaba demostrada en este evento, como quiera que los testimonios valorados por la Juez de primera instancia tuvieron un alcance diferente a la que la falladora les dio y no logran desvirtuar que las directrices dadas por el SENA al contratista fueran más allá de la facultad de coordinación de actividades.

En ese orden de ideas, se tiene que, en el caso de marras, aparte de los contratos y certificados relacionados en el acápite de pruebas, se recibieron las declaraciones de 2 testigos, quienes expusieron al despacho de conocimiento lo siguiente:

El señor Amaury Torres Marín, expuso:

Manifestó que se encontraba vinculado al SENA desde 1994 hasta 2011, que ahí conoció al actor. Expuso que primero fue contratista luego pasó un concurso y comenzó a laborar en forma definitiva con el SENA, como tesorero; se le preguntó si desde su función tenía injerencia en la contratación del accionante, y el testigo respondió que sí, puesto que era el encargado de realizar los pagos. Que la contratación del señor Foresteri era por contrato de prestación de servicio, que desconoce que el tiempo de cada una de las contrataciones porque los periodos de servicio eran variados. Se le preguntó si conocía las funciones y horarios de las personas vinculadas por contrato de servicio. El testigo respondió que frente al señor Alberto Forestieri podía decir que lo veía todos los días porque trabajaban en la misma sede del SENA en el Centro de la ciudad, en oficinas contiguas, que era la oficina de mercadeo. Se le preguntó si tenía conocimiento de quien era su jefe inmediato y las labores que desempeñaba el actor. El testigo manifestó que, de lo que podía recordar, sus jefes fueron Fray del Valle y Yanneth Velázquez que laboraban en la oficina de aportes. Se le preguntó si había observado al demandante ejerciendo la labor de instructor del SENA. Manifestó que sí, cuando el señor Alberto Forestieri estuvo en el SENA Multisectorial de Servicios en Ternera, en el año 2000 o 2002 que fue cuando trasladaron la oficina del centro al SENA de Ternera. Se le preguntó cuáles eran las

⁵⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "B" Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, once (11) de abril de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 68001-23-31-000-2009-00395-01(3152-15)



13-001-33-33-003-2017-00193-01

funciones que realizaba el actor como instructor. El testigo expuso que el señor Alberto Forestieri debía dictar sus clases de acuerdo con la programación dados por el coordinador académico, quien determinaba cual era la formación que iba a dar (e acuerdo al perfil del actor) y el lugar donde se iba a dar la clase. Que no le constaba si el accionante podía ausentarse de su trabajo o delegar su labor. Se le preguntó si el actor debía cumplir las normas impuestas por el SENA. El testigo manifestó que suponía que el señor Alberto Forestieri debía ceñirse a las cláusulas del contrato. Expuso que no podía dar fe de la jornada laboral del señor Alberto Forestieri como quiera que él no tenía injerencia sobre eso, era el coordinador académico quien establecía el horario o cronograma de clases. Que era el coordinador misional quien determinaba si debía cumplir horario o no y él se imaginaba que ello iba de acuerdo a lo pactado en el contrato. Que todos los contratistas deben rendir informes mensuales, en lo referente a las clases que imparten, los alumnos que tienen, las notas; ello, para efectos de pago. Que, entre las labores de instructor está el hacerles seguimiento a sus alumnos, entre ellos la asistencia, y repórtalo al coordinador. Que le consta que el SENA, en diversas ocasiones, convoca a sus instructores de planta y contratistas, para hacer seguimientos a la formación que se imparte y dar directrices. Se le preguntó si existía una diferencia entre el instructor de planta y el contratista. Sobre ello expuso que desde el punto de vista de la formación, no había diferencia, puesto que tanto el de planta como el contratista tiene como objeto impartir formación a los alumnos. Aclara que cuando él ingresó al SENA (año 1994) encontró al actor ya laborando, en la oficina de Mercadeo y Aportes, luego el señor Alberto Forestieri pasó al centro de comercio y servicios como instructor; cree que dictaba una materia relacionada con cooperativa, y en el centro petroquímico trabajaba de manera virtual. Se le preguntó la frecuencia con la que veía al actor ejerciendo su labor. Dice que lo veía con frecuencia porque estaban cerca las oficinas, pero no lo veía todos los días y no sabe a qué horas salía de trabajar.

La anterior declaración no permite a este Tribunal deducir la existencia de una relación subordinada, puesto que el hecho de que el señor Alberto Forestieri debiera dictar sus clases de acuerdo con la programación dados por el coordinador académico, que se le indicara el tipo de formación o el curso que debía dictar y el lugar donde se iba a dar la clase, solo dan cuenta de la facultad de coordinación que puede ejercer la entidad contratante con el contratista. Por otro lado, el declarante manifestó que no le constaba que el actor cumpliera un horario, que pidiera permiso o pudiera delegar sus funciones. El hecho de que como contratista el demandante rindiera informes de su gestión no implica subordinación, como quiera que la entidad contratante tiene el derecho de supervisar el cumplimiento de las actividades del contrato, para efectos de poder autorizar los pagos; lo mismo sucede con las reuniones para indicar directrices a los instructores, puesto que, por el hecho de que el actor fuera contratista no implicaba que pudiera a su albedrío impartir las clases que quisiera sin seguir ningún tipo de lineamiento. Frente al hecho de que el declarante manifestó que no había diferencia entre los contratistas y el personal de planta, se tiene que este limitó su decir a la



13-001-33-33-003-2017-00193-01

labor de impartir clases, sin que la misma se pueda hacer extensiva a la igualdad de trato, exigencias u obligaciones. Por último, en lo relacionado con la labor ejercida en la oficina de aportes- año 1995-2005 – encuentra esta Sala que el testigo fue claro en decir que desconocía si el actor cumplía horario y que no lo veía todos los días en la entidad.

Por su parte el señor Manuel Zúñiga Jiménez expuso:

Que labora para el SENA desde 1985, que ingresó como guarda de seguridad (1985-2008) luego lo ascendieron a supervisor de ambientes, hasta la fecha. En este trabajo debe estar pendiente de que los alumnos estén bien vestidos, que haya buen ambiente para las clases y supervisar las áreas como si fuera jefe de mantenimiento. Expuso que conoce al señor Alberto Forestieri desde 1993, que este estaba vinculado en el SENA de la Casa Colonial del Centro, como contratista en el área de aportes. Que en las labores que cumplía tenía que ir a los pueblos y tenía jefes inmediatos, Manuel Porto, Yannet Velásquez y Efraín del Valle. Que el actor tenía contratos anuales y debía cumplir sus funciones en la oficina de aportes. En la oficina de aportes laboraba de 8 a 12 y de 2 a 6, que lo sabe porque él era el celador. Manifestó que el señor Alberto Forestieri lo trasladaron para el Centro del Servicios y él le entregaba el ambiente como instructor. Que el actor debía cumplir con los reglamentos del SENA. Se le preguntó si el señor Alberto Forestieri podía decidir sobre los cursos que quería impartir o el horario a trabajar y el testigo dijo que no, que debía recibir órdenes de su jefe, que debía evaluar a los alumnos, hacer control de asistencia, y que tenía que asistir a las reuniones convocadas. Se le preguntó si conocía qué capacitaciones dictaba el actor en el SENA, manifestó que no sabía, que él solo le entregaba los ambientes (salones); explicó que él (el testigo) trabajaba unos días en la mañana y otros en la tarde, si el señor Alberto Forestieri llegaba en el turno que le tocada a él, pues él le entregaba los ambientes. Se le pidió que explicara qué reglamento del SENA cumplía el actor, y en qué forma. El testigo expuso que el reglamento que el señor Alberto Forestieri cumplía era con relación al cumplimiento de su horario. Que cuando estaba en la oficina de aportes el actor recibía ordenes de Manuel Porto, Yannet Velásquez y Efraín del Valle; pero cuando estuvo como instructor SENA, la verdad, era que no le consta que las recibiera.

En lo que se refiere al relato brindado por el testigo antes citado, se tiene que, si bien este es mas contundente en indicar que el actor sí cumplía horarios, sí tenía que “cumplir el reglamento” del SENA, tenía jefes inmediatos, encuentra esta judicatura, que sus dichos son contrarios a los manifestados por el testigo primeramente citado y con su propia declaración, puesto que, luego de que afirmó que el actor siempre cumplía órdenes (tanto en la oficina de aportes como cuando ejerció como instructor), cuando posteriormente se le volvió a preguntar sobre ello, manifestó que en realidad no sabía; por otro lado, desconoce esta Corporación, como siendo el declarante celador, tenía conocimiento de que el demandante debiera cumplir órdenes. En los demás aspectos, se le hacen a este declarante los mismos reparos que al primer testimonio, en el entendido de que el hecho de que el señor Alberto Forestieri rindiera informes, diera las clases según el cronograma asignado y se le

13-001-33-33-003-2017-00193-01

asignaran los cursos específicos en los que debía cumplir sus obligaciones contractuales no lo hace un subordinado del SENA.

De acuerdo con lo anterior, considera esta Sala que las declaraciones mencionadas no son suficientes para demostrar la condición de subordinación del demandante.

En lo que respecta a las demás pruebas que obran en el proceso, se tiene que, si bien en la demanda se alega que el actor siempre ejerció la actividad de instructor, ello no es cierto, puesto que de los contratos relacionados en el acápite de hechos probados se da cuenta que entre los años 1995 al 2005 las labores que ejercía eran de auxiliar en aportes, lo que demuestra que no había una continuidad en el ejercicio de la labor asignada, es decir, no había una permanencia en el ejercicio de una determinada función que haga presumir a esta Corporación, la necesidad de creación del empleo. Adicionalmente, se tiene que, entre los diversos contratos suscritos por el demandante existieron interrupciones superiores a los 3 meses que dejan en evidencia que no existe continuidad en la prestación de los servicios.

De las pruebas allegadas al proceso, no existe evidencia que permita concluir que el actor, mientras fungía como instructor recibiera órdenes o instrucciones sobre el modo, tiempo y lugar donde debía desarrollar sus labores, se encontrara subordinado al jefe inmediato y que tuviera que desplazarse para diferentes municipios, sin que se le reconocieran viáticos por su labor.

Ahora bien, destaca esta Judicatura que, conforme con los contratos aportados al plenario, en los últimos años el actor fue contratado como instructor de **cursos virtuales**, lo que le exigía al interesado aportar pruebas que permitieran demostrar la subordinación en esta modalidad de prestación de servicio, carga que no se cumplió, puesto que, los testigos dan cuenta, en gran medida de las labores desarrolladas en los años 1995 cuando ejercía como auxiliar en aportes y sus primeros contratos como instructor (cuando el actor acudía al SENA), pero nada dicen respecto al servicio prestado por este como instructor de cursos virtuales.

En ese orden de ideas, esta Sala ha de concluir que no existe una prueba de la que fehacientemente se pueda inferir que el demandante no tenía la posibilidad de actuar con independencia, es decir, que el señor Alberto Forestieri laboraba de forma subordinada porque debía cumplir la intensidad horaria al igual que los demás funcionarios de planta, como tampoco obran pruebas de que recibía órdenes o instrucciones por parte de los funcionarios del SENA.

13-001-33-33-003-2017-00193-01

Conforme con lo antes señalado, se considera por parte de este operador judicial que no existe prueba que acredite la continuada subordinación y dependencia que alega el demandante, que existió en desarrollo del contrato de prestación de servicios, por cuanto que, no se evidencia el cumplimiento de órdenes, instrucciones, directrices, lineamientos impartidos por el contratante- hoy demandado- acerca de la manera o forma en que el actor debía ejecutar su labor.

A manera de conclusión, puede decirse que lo que tipifica una relación como laboral o como contractual, no es por si solo el hecho de que exista un cumplimiento de un horario, que se asista a reuniones o que se deba rendir informes, pues la jurisprudencia colombiana ha sido clara al afirmar que es el juez quien en cada caso concreto y dado las circunstancias en la que se celebró el contrato y a la manera que se prestó el servicio, quien debe calificar si la relación es laboral o contractual. Para ello, el juez debe tener en cuenta principalmente, si la manera como se presta el servicio fue acordada libremente por las partes o por el contrario fue impuesta por el contratante. Igualmente debe distinguir la Corporación, el concepto de supervisión y vigilancia del concepto de subordinación o dependencia debido a que supervisar y vigilar no necesariamente implica subordinación y dependencia, sobre todo cuando el contratista tiene libertad para disponer sobre la manera como presta el servicio en cuanto a conocimiento técnicos y profesionales se refiere.

Por último debe mencionarse que, el artículo 167 del CGP., establece que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que invocan, sin embargo en el caso de marras dicha carga no fue asumida por la parte actora, tal y como lo expone el Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 4 de febrero de 2016⁵⁵.

En ese orden de ideas, esta Corporación procederá a REVOCAR la sentencia de primera instancia, y en su lugar se denegarán las pretensiones de la demanda.

5.6. De la condena en costa.

Conforme con lo estipulado en el art. 188 del CPACA, establece que, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre

⁵⁵ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCION B.- Bogotá, D.C., cuatro (04) de febrero dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 05001-23-31-000-2010-02195-01(1149-15)

13-001-33-33-003-2017-00193-01

la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se registrarán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

A su turno los art. 365 y 366 del CGP determina que, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. Que, en el evento en el que el superior confirme en todas sus partes la decisión de primera instancia, se condenará en costas al recurrente en segunda instancia. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias; y, en caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

En el caso de marras, se tiene que la sentencia de primera instancia fue revocada en su totalidad, por lo que esta Sala debería condenar en costas a la parte actora, en ambas instancias.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, conforme con lo expuesto en esta providencia.

SEGUNDO: En consecuencia, **NEGAR** las pretensiones de la demanda.

TERCERO CONDENAR en costas a la parte demandante, en ambas instancias, conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

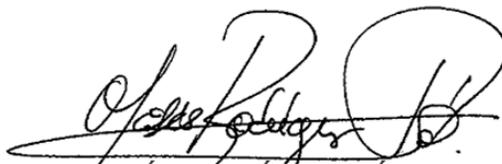
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala virtual No. 038 de la fecha.



13-001-33-33-003-2017-00193-01

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS


JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ