

Cartagena de Indias D.T. y C., diecisiete (17) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-013-2015-00384-01
Demandante	ROBERTO CARABALLO CORREA
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 demandante, contra la sentencia del 30 de julio de 2018, proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se resolvió denegar 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 de la comunicación¹ No. 2-2015- 000813 de fecha 7 de abril de 2015, por medio el cual se le niegan las prestaciones sociales e indemnizaciones del señor ROBERTO CARABALLO CORREA, identificado con cédula de ciudadanía número 9.037.404 de Cartagena.

SEGUNDO: A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO solicito que se ordene al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA, se sirva reconocer y pagar al señor ROBERTO CARABALLO CORREA, identificado con C.C. No. 9.037.404 de Cartagena, las prestaciones sociales, dejadas de percibir por los periodos contratados desde el doce (12) de Abril del 2005 hasta el 12 de diciembre de 2014 debidamente Indexadas: gastos de representación, subsidio de alimentación, prima técnica (f. salarial), auxilio de transporte, prima de localización, prima de navidad, prima de servicio junio, 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 1-15 cdno 1 subsanación a folio 113-124

³ Fols. 1-3 cdno 1.

13-001-33-33-013-2015-00384-01

servicio diciembre, prima de 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 e intereses de cesantías.

Además solicito el pago de los siguientes valores e indemnizaciones:

- *Diferencias salariales dejadas de pagar*
- *Sanción moratoria por el no pago oportuno de las prestaciones sociales*
- *Intereses moratorios, devolución de la retención en la fuente*
- *Devolución del Pago de la Estampilla de la Universidad de Cartagena*
- *Solicito el pago de un día de salario por cada día de retardo, por concepto de la indemnización moratoria contemplada en el numeral 3 del artículo 99 de la ley 50 de 1990 por falta de consignación de cesantías correspondiente al periodo laborado, -Solicito el pago de un día de salario por cada día de retardo por concepto de sanción moratoria señalada en el artículo 5 de la ley 1071 de 2006. - Despido Injusto - Solicito la devolución de los aportes a Pensión y Salud.*

TERCERO: Solicito que el tiempo laborado deberá computarse para efectos pensionales, para lo cual EL SENA deberá hacer las correspondientes cotizaciones.

CUARTO: Estas sumas de dinero deberán actualizarse (...)

QUINTO: DECLÁRESE que hubo una continuidad laboral, sin interrupciones por el tiempo laborado el doce (12) de Abril del 2005 hasta el 12 de diciembre de 2014.

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 CPACA.

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 C.C.A.

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

3.1.2. Hechos⁴.

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

El señor ROBERTO CARABALLO CORREA, 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 el 12 de abril de 2005

⁴ Fols. 3-5 Cdno 1

13-001-33-33-013-2015-00384-01

hasta el 12 de diciembre de 2014; durante ese tiempo, realizó las actividades propias de un instructor en los programas del SENA.

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 ROBERTO CARABALLO CORREA, tuvo que desplazarse para diferentes municipios, sin que se le reconocieran viáticos por su labor. Durante el tiempo en que el señor ROBERTO CARABALLO CORREA, 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 13 de marzo de 2015, 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. 2-2015-00813 de fecha 7 de abril de 2015, 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

13-001-33-33-013-2015-00384-01

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 por horas de formación, 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 2005 hasta diciembre de 2014 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 tiempo limitado e indispensable para ejecutar el objeto contractual por el cual

⁵ Fols. 126-154 Cdno 1.

13-001-33-33-013-2015-00384-01

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: la Presidencia de la República, Técnica Colombiana, Cencabo – Corpornorte Unión Temporal, Asotec, Luis Carlos Castro, Indufrio, Ingeniería Electrounión y Almacén y Taller de Moto El Campestre.

Manifestó 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 su defensa sostiene que, el SENA realiza un estudio de las características del empleo público, de la vinculación de los trabajadores oficiales y por contrato de trabajo, frente a la vinculación por medio de contrato de prestación de servicios; frente esta última situación, expuso que, se encuentra autorizada por la ley, cuando en la planta de personal de la entidad no exista el cargo o los existentes no sean suficientes (y estén provistos) o, para vincular personal con conocimientos especializados.

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 30 de julio de 2018, la Juez Décimo Tercera Administrativo del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, negando las pretensiones de la demanda.

El Despacho encontró demostrado que el demandante había prestado sus servicios personales al SENA a través de diversos contratos suscritos desde el año 2005 a 2014; de igual manera, encontró probado que el señor Roberto Caraballo había prestado sus servicios para otras empresas privadas y públicas, pero las mismas se dieron en vigencias de años anteriores al 2004; sin embargo, existía un contrato con la Alta Consejería para la reintegración Social y Económica de Personas y Grupos Alzados en Armas, en el que se evidenció que el demandante prestó sus servicios en el año 2010, se igual forma, se evidenciaba el contrato No. 7-658-141-2011, suscrito con la Secretaría de Educación de Cartagena - Bolívar, en el que el señor Caraballo prestó sus servicios por el plazo comprendido del 04 de mayo y el 20 de diciembre de 2011.

Sostuvo que el demandante percibía una remuneración o contraprestación económica por el servicio personal que realizaba en el SENA, según lo estipulado en cada contrato de prestación de servicios en las cláusulas denominadas valor y forma de pago.

Ahora bien, en lo relacionado con la subordinación, la Juez de primera instancia indicó que, no existían pruebas que demostraran claramente dicho elemento, Vr.gr., las órdenes dadas por el jefe inmediato, llamados de atención, memorandos, sanciones, felicitaciones, investigaciones disciplinarias etcétera, que permitan afirmar que dependía del superior jerárquico, recibiendo órdenes continuas y realmente subordinadas. De los documentos aportados, tampoco se pudo determinar si el actor, en su condición de contratista, desempeñaba iguales funciones y tareas que los empleados de planta al servicio del SENA, que lo haga acreedor de los beneficios legales y extralegales que sus cargos les conceden a los segundos, ni que el curso o cursos que este impartió fueran permanentes, y no instituidos por necesidades académicas para una determinada época o periodo de tiempo.

Argumentó que, en la demanda se sostuvo que el actor tenía un horario diario y fijo, estuvo bajo órdenes y dependencia jurídica de la entidad demandada

⁶ Fols. 287-296 Cdo no 2.

13-001-33-33-013-2015-00384-01

porque en la prestación de sus servicios profesionales como instructor aplicó el modelo pedagógico establecido por la entidad, 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, pero en el proceso no existe prueba que así lo demuestre, y por el contrario, lo acreditado fue que para los años 2005 y 2011 el señor Caraballo Correa no prestó sus servicios de manera exclusiva al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, pues también suscribió contratos y/u ordenes de prestación de servicios con las Fuerzas Militares-ARC Bolívar, la Alta Consejería para la reintegración Social y Económica de Personas y Grupos Alzados en Arma, la Secretaría de Educación de Cartagena - Bolívar y con el Instituto de Capacitación Técnica para el Trabajo Sistemizado, teniendo con esta última al año 2005 un contrato de trabajo vigente.

3.4. RECURSO DE APELACIÓN⁷

El demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, aduciendo que, la misma debía ser revocada toda vez que la Juez a quo no había tenido en cuenta que la subordinación y la dependencia son elementos intrínsecos a la labor de docente y, tal como se podía observar en el plenario, el actor prestó sus servicios como docente en el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA; siendo los contratos por él suscritos, continuos desde el 2005 hasta el 2014.

Adicionalmente expuso, que la falta de pruebas del elemento subordinación en primera instancia se debió a que los testimonios de los señores Wenceslao Méndez Silva y Andrés Avelino Pereira no fueron recibidos, como quiera que no se hicieron presentes a la audiencia de pruebas, ello, teniendo en cuenta que nunca fueron notificados de la misma. Añade, que el señor Andrés Avelino Pereira, para la fecha 15 de marzo del 2018, se encontraba incapacitado por su odontólogo, por lo que tampoco pudo asistir a la diligencia de pruebas.

En ese orden de ideas solicita que las declaraciones anteriores sean decretadas y practicadas de oficio en segunda instancia.

Acto seguido, el apoderado de la parte apelante realizó un recuento de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado sobre la labor docente, y la presunción de la existencia de contrato realidad cuando dicha actividad es contratada a través de contrato de prestación de servicios.

⁷ Fols. 300-307 Cdo 2 y 3.

3.5. ACTUACIÓN PROCESAL.

El proceso en referencia fue repartido ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 6 de mayo de 2019⁸, por lo que se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 28 de junio de 2019⁹; y, se corrió traslado para alegar de conclusión el 19 de septiembre de 2019¹⁰.

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.6.1. Parte demandante: No presentó alegatos.

3.6.2. Parte demandada¹¹: 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:

⁸ Fol. 2 Cdno 3

⁹ Folio. 4 Cdno 3

¹⁰ Folio. 10 Cdno 3.

¹¹ Folio. 14-17 cdno 3

13-001-33-33-013-2015-00384-01

¿Si entre el señor ROBERTO CARABALLO CORREA 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 2005 al 2014?

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

5.3. Tesis de la Sala

La Sala CONFIRMARÁ 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 JURISPRUDENCIAL¹²

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*

¹² 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.

13-001-33-33-013-2015-00384-01

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 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 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 2003¹³, 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

¹³ Consejo de Estado, Sala Plena, radicación IJ 0039-01, C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda, Demandante: María Zulay Ramírez Orozco.

13-001-33-33-013-2015-00384-01

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 jurisprudencia¹⁴ para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral.

Aunado a lo anterior, el Consejo de Estado¹⁵ 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 laboral¹⁶.

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 ROBERTO CARABALLO CORREA, ante el SENA, de fecha 13 de marzo de 2015, por medio del cual solicitaba el reconocimiento de prestaciones sociales (fl. 12-15).
- Oficio No. 2-2015-000813 del 7 de abril de 2015, por medio del cual el SENA respondió la solicitud del actor, de manera negativa (fl. 17-21)

¹⁴ 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.

¹⁵ 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.

¹⁶ 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.

13-001-33-33-013-2015-00384-01

- Certificados expedidos por los Subdirectores del SENA Regional Bolívar, en los que se hace constar que el actor prestó sus servicios a dicha entidad, varios contratos desde 2007-2014 (fl. 22-31). También se alegan contratos de prestación de servicios (fl. 32-82 y 191-252) así:

No. Contrato	Objeto	Valor total contrato	Plazo	Fecha de iniciación y finalización	Intensidad horaria	Prueba
C. 067 de 2005 ¹⁷	Prestar los servicios de instructor	\$13.970 horas	2 meses y 15 días	12/04/2005 al 27/06/2005	140	certificado
C. 211 de 2005 ¹⁸	Prestar los servicios de instructor	\$13.970 horas	2 meses y 4 días	18/07/2005 al 22/09/2005	680	certificado
C. 121 de 2006 ¹⁹	Prestar los servicios de instructor	\$14.750 horas	5 meses y 3 días	27/01/2006 al 30/06/2006	466	certificado
C. 238 de 2006 ²⁰	Prestar los servicios de instructor	\$16.300 horas	1 mes y 7 días	14/09/2006 al 15/10/2006	160	certificado
C. 319 de 2006 ²¹	Prestar los servicios de instructor	\$4.442.700	1 mes y 15 días	15/11/2006 al 30/12/2006	300	contrato
C. 435 de 2006 ²²	Prestar los servicios de instructor	\$6.900.991	3 meses	28/12/2006 al 08/03/2007	466	contrato
C. 133 del 2007 ²³	Prestar los servicios de instructor	\$5.313.800	7 meses	14/05/2007 al 13/12/2007	326	contrato
C. 226 del 2007 ²⁴	Prestar los servicios de instructor	\$6.213.443	5 meses y 26 días	25/06/2007 al 21/12/2007	396	contrato
C. 267 de 2007 ²⁵	Prestar los servicios de instructor	\$5.313.800	5 meses y 14 días	31/06/2007 al 14/12/2007	326	contrato
C. 403 del 2007 ²⁶	Prestar los servicios de instructor	\$6.216.226	3 meses y 10 días	20/09/2007 al 30/12/2007	396	contrato
C. 311 del 2007 ²⁷	Prestar los servicios de instructor	\$6.063.600	2 meses y 26 días	18/09/2007 al 14/12/2007	372	contrato
C. 350 de 2007 ²⁸	Prestar los servicios de instructor	\$2.966.600	25 días	19/11/2007 al 14/12/2007	182	contrato
C. 021 de 2008 ²⁹	Prestar los servicios de instructor	\$13.918.560	5 meses y 19 días	16/02/2008 al 31/07/2008	856	contrato
C. 295 de 2008 ³⁰	Prestar los servicios de instructor	\$10.211.280	3 meses	10/07/2008 al 09/10/2008	628	contrato
C. 154 de 2009 ³¹	Prestar los servicios de instructor	\$12.614.256	6 meses	11/06/2009 al 11/12/2009	n/a	contrato
C. 202 de 2011 ³²	Prestar los servicios de instructor	\$3.005.842	1 mes y 10 días	19/05/2011 al 29/06/2011	n/a	contrato

¹⁷ Folio 245 cdno 2

¹⁸ Folio 245 cdno 2

¹⁹ Folio 245 cdno 2

²⁰ Folio 245 cdno 2

²¹ Folio 193-194 cdno 1

²² Folio 191-192 cdno 1

²³ Folio 199-201 cdno 1 y 2

²⁴ Folio 195-196 cdno 1

²⁵ Folio 202-204 cdno 2

²⁶ Folio 197-198 cdno 1

²⁷ Folio 205-207 cdno 2

²⁸ Folio 208-210 cdno 2

²⁹ Folio 222-224 cdno 2

³⁰ Folio 219-221 cdno 2

³¹ Folio 214-217 cdno 2

³² Folio 229-231 cdno 2

13-001-33-33-013-2015-00384-01

C. 0361 de 2011 ³³	Prestar los servicios de instructor	\$11.244.167	4 meses y 11 días	05/08/2011 al 16/12/2011	160	contrato
C. 155 de 2012 ³⁴	Prestar los servicios de instructor	\$9.066.672	4 meses y 16 días	13/02/2012 al 30/06/2012	n/a	contrato
C. 61012 de 2012 ³⁵	Prestar los servicios de instructor	\$10.484.990	4 meses y 15 días	18/07/2012 al 30/12/2012	n/a	contrato
C. 258 de 2012 ³⁶	Prestar los servicios de instructor	\$2.240.000	24 días	21/11/2012 al 14/12/2012	n/a	contrato
C. 582 de 2013 ³⁷	Prestar los servicios de instructor	\$8.700.000	3 meses	07/03/2013 al 07/06/2013	n/a	contrato
C. 1562 de 2013 ³⁸	Prestar los servicios de instructor	\$7.052.066	2 meses y 19 días	23/11/2013 al 11/12/2013	n/a	contrato
C. 1339 de 2014 ³⁹	Prestar los servicios de instructor	\$9.522.600	3 meses	18/09/2014 al 10/12/2014	n/a	contrato

- Certificados expedidos por diferentes empresas privadas en los que se hace constar que el señor ROBERTO CARABALLO CORREA, prestó sus servicios para ellos, en diferentes periodos desde 1995 hasta 2004 y principios de 2004 (fl. 211-213, 225-228 y 242-244)
- Certificado expedido por las Fuerzas Militares – Base Naval del Atlántico – ARC Bolívar, de fecha 10 de marzo de 2005, en el que se indica que el actor prestó sus servicios desde 1995 hasta la fecha (fl. 213).
- Certificado expedido por la Secretaria de Educación de Cartagena, de fecha 11 de abril de 2013, en el que se indica que el actor prestó sus servicios desde el 4 de mayo de 2011 hasta el 20 de diciembre de 2011, mediante contrato 7-658-141-2011 (fl. 248).
- Certificado expedido por las ICTEC, de fecha 13 de enero de 2005, en el que se indica que el actor prestó sus servicios desde el 16 de febrero de 2004, hasta la fecha (fl. 228).
- Certificado expedido por Alta Consejería para la reintegración Social y Económica de Personas y Grupos Alzados en Arma - DAPRE, de fecha 15 de abril de 2011, en el que se indica que el actor prestó sus servicios desde el 16 de noviembre de 2010 hasta el 20 de diciembre de 2010 (fl. 247).

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

En el sub-examine la Juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda al considerar que en caso bajo estudio no se habían acreditado la existencia de los 3 elementos constitutivos del contrato realidad, como quiera que no se había probado la subordinación. La parte actora, impugnó la

³³ Folio 239-241 cdno 2

³⁴ Folio 232-234 cdno 2

³⁵ Folio 235-238 cdno 2

³⁶ Folio 68-70 cdno 1

³⁷ Folio 75-78 cdno 1

³⁸ Folio 71-74 cdno 1

³⁹ Folio 244-252 cdno 2 (folio 31)

13-001-33-33-013-2015-00384-01

anterior decisión manifestando que la labor de instructor debe ser equiparada a la de un docente, por lo que debe presumirse la existencia de este elemento; además, solicita que se reciban las declaraciones pedidas en la demanda, como quiera que las mismas no se recepcionaron en primera instancia.

Teniendo en cuenta lo anterior, encuentra esta judicatura que en el proceso se encuentra acreditada la prestación personal del servicio y la remuneración, tal y como quedó plasmado en los hechos probados, toda vez que la parte actora se comprometió a desempeñar la labor de instructor para los aprendices SENA y, a cambio recibió el pago de los honorarios pactados. Sobre este aspecto no ahondará la Sala, como quiera que ello no es objeto de apelación.

La Sala aprovecha la oportunidad para mencionar que, conforme con las pruebas recaudadas en el proceso, el único periodo en el que el actor prestó servicios al SENA y al mismo tiempo contrató con otra entidad pública, fue en el año 2011, cuando prestó sus servicios a la Secretaría de Educación de Cartagena desde el **4 de mayo de 2011 hasta el 20 de diciembre de 2011**, con el contrato 7-658-141-2011 (fl. 248); pues a la vez suscribió el contrato 0361 de 2011⁴⁰ para servir como instructor del SENA en el periodo del **05 de agosto de 2011 al 16 de diciembre de 2011**.

En los otros contratos, el actor prestó sus servicios en periodos diferentes a los contratados por el SENA desde **1995 y 2004** (fl folios 211-213, 225-228 y 242-244), y el primer contrato con el SENA fue en abril de 2005⁴¹. En el Certificado de ICTEC, se expone que el actor contrató con dicha empresa el **16 de enero de 2004 hasta 13 de febrero de 2005** (fl. 213). El certificado expedido por las Fuerzas Militares – Base Naval del Atlántico – ARC Bolívar, expone que el actor prestó sus servicios **desde 1995 hasta fecha 10 de marzo de 2005** (fl. 213). En el certificado expedido por Alta Consejería para la Reintegración Social y Económica de Personas y Grupos Alzados en Arma - DAPRE, se indica que el actor prestó sus servicios desde el **16 de noviembre de 2010 hasta el 20 de diciembre de 2010** (fl. 247), en este año el actor no tuvo contrato con el SENA.

La subordinación:

La subordinación, requiere para su configuración, que esta se ejecute de manera continua e ininterrumpida durante el desarrollo del contrato, es decir,

⁴⁰ Folio 239-241 cdno 2

⁴¹ Folio 245 cdno 2

13-001-33-33-013-2015-00384-01

que exista una sujeción o dependencia constante de quien presta el servicio respecto de su contratante⁴².

En el recurso de alzada, la parte demandante argumentó que la subordinación debía presumirse en este evento, toda vez que el actor ocupaba la actividad de instructor en el SENA y que dicha labor es equiparable a la docente.

Teniendo en cuenta lo anterior, destaca esta Corporación que el Consejo de Estado, a través de diversos fallos de tutela⁴³ ha manifestado lo siguiente:

“Además, resulta pertinente precisar que mediante la referida sentencia de unificación que se alega desatendida, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Sección Segunda del Consejo de Estado se refirió, entre otros aspectos, a la condición de subordinada de la labor docente y, en su parte motiva, expuso lo siguiente:

[...] La vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicios, no desvirtúa el carácter personal de su labor ni mucho menos es ajena al elemento subordinación existente con el servicio público de educación, en razón a que al igual que los docentes – empleados públicos (i) se someten permanentemente a las directrices, inspección y vigilancia de las diferentes autoridades educativas, por lo que carecen de autonomía en el ejercicio de sus funciones, (ii) cumplen órdenes por parte de sus superiores jerárquicos y (iii) desarrollan sus funciones durante una jornada laboral de acuerdo con el calendario académico de los establecimientos educativos estatales en los que trabajen, motivo por el cual en virtud de los principios de primacía de la realidad sobre las formalidades e igualdad, los docentes-contratistas merecen una protección especial por parte del Estado [...].

*Sin embargo, en el aludido fallo se unificó la jurisprudencia respecto de las controversias relacionadas con el **contrato realidad** pero **en lo concerniente a la prescripción de los derechos derivados de tal eventualidad**. Significa todo lo anterior que, en esa oportunidad, la decisión se profirió al estudiar y decidir el caso de una maestra de tiempo completo, al servicio del municipio de Ciénaga de Oro, **con dependencia y subordinación** frente a la entidad territorial para la cual trabajaba, **labor docente distinta a la que desempeñan los instructores del SENA**.*

⁴² 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)

⁴³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Bogotá, D.C., once (11) de diciembre de dos mil veinte (2020). Radicación número: 11001-03-15-000-2020-04010-01 (AC)

Sobre este tema, ver las siguientes sentencias: **CONSEJO DE ESTADO**, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN CUARTA. Bogotá, D.C., treinta (30) de enero de dos mil veinte (2020) Radicación número: 11001-03-15-000-2019-04995-00(AC). **CONSEJO DE ESTADO**, SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A. Bogotá D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 47001-23-33-000-2014-00123-01(3257-16)

13-001-33-33-013-2015-00384-01

1. En ese orden de ideas, la Sala advierte que, si bien es cierto que en la sentencia de unificación cuya desatención alega la accionante, se dispone que la vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicio no desvirtúa el carácter personal de su labor, ni es ajena al elemento de subordinación, la realidad es que **tales consideraciones obedecen a una situación fáctica distinta a la que en esta oportunidad se estudia.**

Además, no puede pasarse por alto que en el interior del proceso ordinario se acreditó que la accionante, señora **Teresita de Jesús Rozo López, tenía contrato de prestación de servicios tanto con el SENA como con otras entidades, lo que desvirtuaba la configuración de los elementos del contrato de trabajo, especialmente, la subordinación.**

De otra parte, **la labor docente referida en la sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado no es la misma que cumplen los instructores del SENA** y que se encuentra prevista en el Decreto Ley 2277 de 1979 y en el artículo 104 de la Ley 115 de 1994. Al respecto en dicha providencia se expuso lo siguiente:

[...] En lo que se refiere a la vinculación de docentes a través de contratos de prestación de servicios, sea lo primero advertir que el artículo 2 del Decreto ley 2277 de 1979 define como docente a quien ejerce la profesión de educador, es decir, "...el ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales y no oficiales de educación en los distintos niveles de que trata este Decreto. Igualmente incluye esta definición a los docentes que ejercen funciones de dirección y coordinación de los planteles educativos, de supervisión e inspección escolar, de programación y capacitación educativa, de consejería y orientación de educando, de educación especial, de alfabetización de adultos y demás actividades de educación formal autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional en los términos que determine el reglamento ejecutivo".

Asimismo, les impone la citada normativa una serie de obligaciones y prohibiciones, entre las que se destacan: i) "Cumplir las órdenes inherentes a sus cargos que les impartan sus superiores jerárquicos", (ii) "Cumplir la jornada laboral y dedicar la totalidad del tiempo reglamentario a las funciones propias de su cargo" y (iii) no "...abandonar o suspender sus labores injustificadamente o sin autorización previa".

La mencionada definición de la labor docente fue reafirmada por el artículo 104 de la Ley 115 de 1994 (Ley General de Educación) al prever que "El educador es el orientador en los establecimientos educativos, de un proceso de formación, enseñanza y aprendizaje de los educandos...", norma en la que además se consideró al servicio educativo como público y de responsabilidad de la Nación y de las entidades territoriales, debidamente reglamentado por el gobierno nacional, por intermedio del Ministerio de Educación Nacional en coordinación con las secretarías de educación departamentales, municipales y distritales, bajo el denominado plan de desarrollo educativo de revisión decenal.

(...).

13-001-33-33-013-2015-00384-01

Igualmente, es menester anotar que la actividad docente no se desarrolla en virtud de la coordinación imperante en los contratos de prestación de servicios comoquiera que se cumple conforme a las instrucciones, directrices y orientaciones de sus superiores en el centro escolar, la secretaría de educación territorial y el Ministerio de Educación Nacional, es decir no bajo su propia dirección y gobierno, de lo cual se infiere que la subordinación y la dependencia se encuentran inmersas en dicha labor, esto es, connaturales al ejercicio docente sujeto a los reglamentos propios del magisterio.[...].

El anterior planteamiento pone de presente que el Tribunal Administrativo de Bolívar no incurrió en el defecto de desconocimiento del precedente al dictar la sentencia de 12 de junio de 2020”.

Atendiendo el criterio antes expresado por el Máximo Tribunal Contencioso Administrativo, encuentra esta Corporación que no es procedente equiparar la labor docente de un maestro que contrata con las secretarías de educación, a la labor de instructor que se desempeña en el SENA; por ello es necesario que, en este tipo de situaciones se alleguen al proceso las pruebas respectivas que acrediten la existencia de una verdadera subordinación.

En ese orden de ideas, se tiene que en el caso de marras, a parte de los contratos y certificados relacionados en el acápite de pruebas, no se allegó al plenario ninguna otra evidencia que demostrara que el actor se encontraba sometido a una subordinación en el ejercicio de sus funciones; así las cosas, se echó de menos la recepción de testimonios que diera cuenta de la forma como el señor Caraballo Correa desempeñaba sus funciones, si ésta era realizara en igual forma a la que los hacían los instructores de planta del SENA, si cumplía el mismo horario, si recibía ordenes de sus superiores, o llamados de atención en la misma forma que los instructores de planta, etc.

Sobre este punto el Consejo de Estado expuso que:⁴⁴

“En similar sentido, la Sección Segunda de esta Corporación decidió en un caso con similares supuestos fácticos al del señor Edgar Rueda Muñoz⁴⁵:

[A] pesar de que se señala el cumplimiento de un horario laboral, no existen documentos que soporten tales afirmaciones ni las directrices que impartían los coordinadores académicos para dar cabal cumplimiento a la citada obligación, o las consecuencias legales o contractuales negativas en caso

⁴⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO. Bogotá, D.C., quince (15) de diciembre de dos mil veinte (2020). Radicación número: 11001-03-15-000-2020-04383-00(AC)

⁴⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección A. Consejero ponente: Rafael Francisco Suarez Varga. Bogotá, D.C., diecinueve (19) de julio de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 47001-23-33-000-2014-00010-01(3928-15) Actor: Alfredo Rafael Cuao Posada Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA.

13-001-33-33-013-2015-00384-01

de su incumplimiento. De igual manera, tampoco demuestran que el demandante se encontrara subordinado a las exigencias de los funcionarios del SENA, y particularmente del coordinador de formación, pues en momento alguno hicieron referencia a órdenes que se le hubieran impartido al demandante, en su calidad de instructor del área agrícola.

Sobre la labor desarrollada en condiciones de dependencia continuada, tampoco obra referencia, por parte del testigo, de que las actividades realizadas por el demandante debieron ejecutarse en forma diferente a la convenida en los contratos de prestación de servicios, es decir, no hay declaración alguna que permita corroborar que su trabajo debió ser ejecutado en la forma ordenada por los coordinadores de formación o por otro funcionario de la demandada. Sobre el particular, debe señalarse que la rendición de informes mensuales en la ejecución del contrato, pasar planillas o hacer la planeación académica del mes siguiente, no pueden considerarse, por sí mismas, como elementos de subordinación laboral, pues hacen parte de la ejecución y de las relaciones de coordinación propias del contrato de prestación de servicios.

Así las cosas, en vista de que no se desvirtuó la autonomía e independencia en la prestación del servicio del demandante ni la temporalidad propia de un verdadero contrato de prestación de servicios y sin tener probados los elementos de la relación laboral, se concluye que no tienen vocación de prosperidad las pretensiones de la demanda y por ende, habrá lugar a su revocatoria.

40. En el presente asunto, el accionante invocó una serie de sentencias emitidas por la Sección Segunda del Consejo de Estado (las cuales cabe mencionar no fueron aportadas con el escrito de tutela), en las que luego de realizarse la valoración crítica de los medios de prueba, se concluyó que sí se presentaron los supuestos fácticos que permitían declarar la existencia de una verdadera relación laboral, al estar acreditada la presentación personal del servicio, remuneración, subordinación y continuidad en la prestación del servicio, lo que dio lugar a acceder a las pretensiones de tales demandas.

41. Sin embargo, se equivoca la parte actora al considerar que las particularidades de su caso concreto son semejantes a las de aquellos en que se profirieron sentencias favorables, justamente porque la razón para denegar sus pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho fue la ausencia de medios de prueba que permitieran concluir la existencia de una verdadera relación laboral.

42. Por lo anterior, comoquiera que cada una de las Salas que profirieron las sentencias invocadas como desconocidas desarrollaron sus criterios independientes fijados en el análisis fáctico, jurídico y de conformidad con las pruebas obrantes en cada uno de los expedientes y cuyos resultados fueron opuestos al caso concreto del accionante, tal condición no puede ser utilizada como un desconocimiento del precedente, pues cada juez y, para el presente asunto, cada Sala de Decisión, bajo el principio de la autonomía judicial, dirimió el conflicto que le fue planteado en los términos que consideraron pertinentes.

13-001-33-33-013-2015-00384-01

43. Así, en el caso de la sentencia de 27 de febrero de 2014 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado dentro del expediente 20001-23-31-000-2011-00312-01, la Corporación analizó el caso de una persona que realizó labores como instructor del SENA. En esa providencia se reiteró que la coordinación de actividades, no siempre configura la subordinación y, con base en el análisis de los medios de prueba aportados al proceso, en los que obraron los contratos de prestación de servicios con sus fechas de ejecución, se pudo concluir que sí se presentó una desnaturalización del contrato de prestación de servicios"

En el caso de marras, esta Corporación, debe 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 Roberto Caraballo 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.

En el recurso de apelación se solicitó que en esta instancia se decretaran de oficio las declaraciones de los señores Wenceslao Méndez Silva, Andrés Avelino Pereira y Andrés Avelino Pereira toda vez que la misma no pudieron practicarse en primera instancia; los dos primeros porque las citaciones no llegaron a los declarantes y en el caso del tercero, porque se encontraba incapacitado por su odontólogo. Esta petición de pruebas en segunda instancia, fue resuelta por el Magistrado Ponente en auto de fecha 28 de junio de 2015⁴⁶, negándose las mismas, como quiera que, conforme a la remisión del artículo 306 del C.P.A.C.A., y el artículo 208 del C.G.P., los testigos debían justificar su no comparecencia a la audiencia de pruebas, dentro de los 3 días siguientes a la misma; sin embargo, en este caso, el accionante dejó percer esa oportunidad procesal, permitiendo que la prueba no se recaudara por su propia responsabilidad.

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 la 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. 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

⁴⁶ Folio 445 cdno 3

Consejo de Estado, en sentencia del 4 de febrero de 2016⁴⁷.

En ese orden de ideas, esta Corporación procederá a CONFIRMAR la sentencia de primera instancia.

5.6. Cuestión final.

Encuentra esta Judicatura, que el Agente del Ministerio Público, en su calidad de Procurador 130 Judicial II, manifestó su impedimento para actuar en el presente asunto, por cuanto su hermana BEATRIZ GONZÁLEZ ZABALETA es contratista del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA, entidad demandada en el proceso. Como causales invocó la 4ª del art. 130 del OPACA, la causal 14 del art. 141 del C. G. del P, que disponen lo siguiente:

“ARTÍCULO 130. CAUSALES. Los magistrados y jueces deberán declararse impedidos, o serán recusables, en los casos señalados en el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil y, además, en los siguientes eventos:

4. Cuando el cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de los parientes del juez hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil, tengan la calidad de asesores o contratistas de alguna de las partes o de los terceros interesados vinculados al proceso, o tengan la condición de representantes legales o socios mayoritarios de una de las sociedades contratistas de alguna de las partes o de los terceros interesados.

ARTÍCULO 141. CAUSALES DE RECUSACIÓN. Son causales de recusación las siguientes:

14. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad o civil, pleito pendiente en que se controvierta la misma cuestión jurídica que él debe fallar”.

Teniendo en cuenta lo anterior, a efectos de garantizar la imparcialidad que debe prevalecer en las actuaciones del representante del Ministerio Público, se aceptará el impedimento manifestado, y se ordenará que la presente providencia sea notificada al Dr. EDER HUMBERTO UMAÑA, en su calidad Procurador 22 Judicial II Delegado ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, de conformidad con lo ordenado por el artículo 134 del CPACA, como quiera que es el siguiente en orden numérico, de los Procuradores Delegados ante este Tribunal.

⁴⁷ 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)

5.7. De la condena en costa.

Conforme con lo estipulado en el art. 188 del CPACA, y los art. 365 y 366 del CGP., esta Corporación condenará en costas a la parte accionante, por cuanto la sentencia se dictada por el A QUO fue confirmada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA:

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

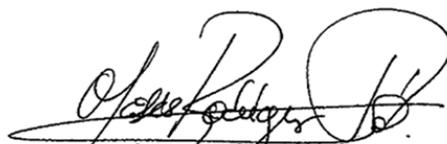
SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante, en ambas instancias, conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ACEPTAR el impedimento presentado por el Procurador 130 Judicial II Delegado ante el Tribunal Administrativo de Bolívar. En consecuencia, notifíquesele la presente providencia al Dr. EDER HUMBERTO UMAÑA, en su calidad Procurador 22 Judicial II Delegado ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, de conformidad con lo ordenado por el artículo 134 del CPACA, como quiera que es el siguiente en orden numérico, de los Procuradores Delegados ante este Tribunal.

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. 037 de la fecha.


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS


JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ