

Cartagena de Indias D.T. y C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

## I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

<b>Medio de control</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>Radicado</b>	<b>13-001-33-33-004-2016-00042-01</b>
<b>Demandante</b>	<b>JOSÉ GREGORIO COHEN MIRANDA</b>
<b>Demandado</b>	<b>SENA</b>
<b>Tema</b>	<i>Contrato realidad – instructor del SENA – se demuestran los elementos del contrato realidad</i>
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ</b>

## II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 004<sup>1</sup> del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del 09 de agosto de 2018 proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se resolvió conceder parcialmente las pretensiones de la demanda.

En atención a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, esta Corporación procederá a dictar sentencia sin consideración al orden o turno que corresponda.

## III.- ANTECEDENTES

### 3.1. LA DEMANDA<sup>2</sup>

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, el señor JOSÉ GREGORIO COHEN MIRANDA, instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

#### 3.1.1. Pretensiones<sup>3</sup>.

PRIMERA: Declárese la nulidad de la comunicación No. 2-2015-0006604 de fecha 27 de noviembre de 2015, por medio de la cual se le niegan las prestaciones sociales al demandante.

<sup>1</sup>En 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.

<sup>2</sup> Folio 1-9 cdno 1 subsanación a folios. 113-124

<sup>3</sup> Fols. 1-2 Cdno 1.



**13-001-33-33-004-2016-00042-01**

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho se ordene a la entidad demandada reconocer y pagar al actor las prestaciones sociales dejadas de percibir por los periodos contratados (desde el 11 de noviembre de 1997 hasta el 30 de diciembre de 2013), debidamente indexadas: gastos de representación, subsidio de alimentación, prima técnica, auxilio de transporte, prima de localización, primera de navidad, prima de servicio junio y diciembre, prima de vacaciones, sueldo de vacaciones, bonificación por servicios, viáticos, horas extras diurnas, horas extras nocturnas recargo nocturno, dominicales, festivos, bonificación por compensación, prima de coordinación, cesantías definitivas, e intereses de cesantías.

Además, solicita el pago de las siguientes valores e indemnización: diferencias salariales dejadas de pagar, sanción moratoria por el no pago de prestaciones sociales, intereses moratorios, devolución de retención en la fuente, devolución del pago de estampilla de la Universidad de Cartagena, sanción por mora por falta de consignación de las cesantías, despido injusto, devolución de aportes a salud, pensión y cajas de compensación familiar.

TERCERA: subsidiariamente, solicita que el tiempo laborado deberá computarse para efectos pensionales, para lo cual el SENA hacer las correspondientes cotizaciones.

CUARTO: Que las sumas anteriores sean actualizadas.

QUINTO: Que se ordene el ajuste de la condena conforme al IPC.

SEXTO: Que se ordene el pago de intereses comerciales y moratorios.

SÉPTIMO: Que se condene en costas y ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 189 del CPACA a la entidad demandada.

### **3.1.2. Hechos<sup>4</sup>.**

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

Indicó, que fue vinculado al SENA a través de contratos de prestación de servicios como instructor en el área de formación titulada en el área de Gestión Empresarial, desde el 11 de noviembre de 1997 hasta el 30 de diciembre de 2013.

---

<sup>4</sup> Fols. 3-5 Cdno 1



**13-001-33-33-004-2016-00042-01**

Afirmó que, durante todos los años de vinculación, estuvo sometido al cumplimiento de un horario fijo y diario, recibiendo ordenes e instrucciones de modo, tiempo y lugar donde debía desarrollar labores, subordinado a un jefe inmediato y percibiendo salario como remuneración, sin percibir ningún tipo de prestaciones sociales, sin cancelación de viáticos, ni gastos de transporte para el desarrollo de actividades fuera de la ciudad de Cartagena.

Sostuvo que no podía ausentarse, y que los permisos eran concedidos por su supervisor, estructurándose el contrato de trabajo al estar sometido al cumplimiento de horarios, a la entera disponibilidad de la entidad, impartiendo formación profesional sobre un área que era programada por el SENA. Continúa manifestando que, los contratos son todos seguidos y en ocasiones su interrupción se debía a problemas de logística de la entidad, sin embargo, asistía al lugar de trabajo igualmente, realizando las labores asignadas.

Que mediante escrito radicado el 20 de noviembre de 2015, solicitó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, siendo resuelta de forma negativa por la entidad a través de la comunicación 2-2015-0006604 de fecha 27 de noviembre de 2015, argumentando que la vinculación entre las partes está permitida por la Ley 80 de 1993.

### **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 los actos demandado, violan 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 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 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

**13-001-33-33-004-2016-00042-01**

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. SENA<sup>5</sup>:**

La entidad accionada dio contestación a la demanda, manifestando que se tienen como parcialmente ciertos los hechos y se opone a la totalidad de las pretensiones.

Indicó que, en efecto, el actor suscribía contratos de prestación de servicio con el SENA, al amparo de la Ley 80 de 1993, en razón a que la entidad no contaba con empleados para cubrir las funciones encomendadas al demandante.

Adicionalmente advirtió que, el señor Cohen Tello también suscribía contratos de prestación de servicios con otras entidades de orden público y privada, de forma simultánea con el SENA, pues ello se evidencia en la hoja de vida que presentó ante el SENA para efectos de ser contratado, y que se allega como prueba con la contestación de la demanda. Asimismo, destacó el hecho de que el actor laboró a través de una relación legal y reglamentaria con la Contraloría General de la República entre el 1 de septiembre del 2000 y el 1 de marzo del 2001, que desvirtúa la posibilidad de configurar otra relación laboral con otra entidad pública, debido a que existe una prohibición

---

<sup>5</sup> Fols. 85-112 Cdno 1.



**13-001-33-33-004-2016-00042-01**

legal para los servidores públicos de vincularse laboralmente y a través de contratos de prestación de servicios, como lo hizo el demandante.

Expuso que, la relación contractual surgida entre el señor José Gregorio Cohen Miranda y el SENA estuvo regida por la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios configurada a partir de cuándo: i) Se acordó la prestación de servicios relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad pública; ii) No se pactó subordinación porque el contratista era autónomo en el cumplimiento de la labor contratada; iii) Se acordó un valor por honorarios prestados y; iv) La labor contratada no podía realizarse con personal de planta ya que se requerían conocimientos especializados como los que poseía el actor y la entidad no podía realizar con personal de planta la labor contratada por ser insuficiente el personal.

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, tal y como quedó establecido en los diversos contratos de prestación de servicios.

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 INSTANCIA<sup>6</sup>**

Por medio de providencia del 09 de agosto de 2018, la Juez Cuarta Administrativo del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, concediendo parcialmente las pretensiones de la demanda, así:

*“PRIMERO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo contenido en la comunicación N° 2-2015-006604 de 27 de noviembre de 2015, mediante el cual la demandada, a través del señor Director Regional del SENA, niega al actor su solicitud de reconocimiento de la existencia de un contrato realidad y el consiguiente restablecimiento del derecho, consistente en el pago de todos los emolumentos laborales a que considera tener derecho en virtud de relación deprecada.*

*SEGUNDO: CONDENAR al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA, a título de reparación del daño a reconocer, liquidar y pagar a favor de la demandante, JOSÉ GREGORIO COHEN MIRANDA, las prestaciones sociales correspondientes al período durante el cual se demostró la existencia de la relación laboral, con excepción de los períodos en los que no hubo contrato vigente, esto es, del 9 de junio a 9 de diciembre de 2009; 9 de febrero a 9 de diciembre de 2010; 18 de febrero a 28 de junio*

---

<sup>6</sup> Fols. 366-386 Cdo no 2.



**13-001-33-33-004-2016-00042-01**

de 2011; 15 de julio a 15 de octubre de 2011; 22 de octubre a 22 de noviembre de 2011; del 8 de mayo al 28 de junio de 2012; del 11 de julio al 30 de diciembre de 2012 y del 4 de marzo al 31 de diciembre de 2013, tomando como base para la liquidación el valor pactado por concepto de honorarios en los contratos de prestación de servicios celebrados.

*TERCERO: ORDENAR al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA, tomar durante el tiempo laborado por el actor, el ingreso base de cotización (IBC) pensional del demandante, esto es, los honorarios pactados, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión sólo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por lo que el actor deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.*

*Las sumas que deberá cancelar la entidad accionada por concepto de aportes para pensión se actualizarán de acuerdo con la fórmula (...)*

*CUARTO: DECLARAR que el tiempo laborado por el señor JOSÉ GREGORIO COHEN MIRANDA, como instructor bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios con el SENA, durante el tiempo comprendido del 9 de junio a 9 de diciembre de 2009; 9 de febrero a 9 de diciembre de 2010; 18 de febrero a 28 de junio de 2011; 15 de julio a 15 de octubre de 2011; 22 de octubre a 22 de noviembre de 2011; del 8 de mayo al 28 de junio de 2012; del 11 de julio al 30 de diciembre de 2012 y del 4 de marzo al 31 de diciembre de 2013, se debe computar para efectos pensionales.*

*QUINTO: DENEGAR las demás pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*SEXTO: DECLARAR probada la excepción de prescripción extintiva de la obligación, respecto de las prestaciones generadas con ocasión del contrato de prestación de servicios N° 94 de 2008 y su adicional. Excluyendo de la prescripción los aportes de pensión que no prescriben".*

Sostuvo que, se encontraba probado en el proceso los contratos suscritos entre las partes desde el 15 de febrero de 2008 hasta el año 2013; así como la existencia de dos de los elementos de la relación laboral, como son la prestación personal del servicio, por cuanto el demandante efectivamente fue contratado por el SENA como instructor docente, lo que implica que fue quien prestó el servicio, y por otro lado, la remuneración por el trabajo cumplido, con las relaciones de los pagos que se hicieron al actor.

Con relación a la subordinación determinó el A-quo que, el demandante estuvo vinculado como instructor docente- mediante contratos de prestación de servicios celebrados bajo la Ley 80 de 1993 para los periodos de 2008-2013, y que la ejecución de su actividad implicó necesariamente la prestación de sus servicios de manera directa y sin independencia en el cumplimiento de su

**13-001-33-33-004-2016-00042-01**

labor, cumpliendo los horarios y parámetros fijados en el protocolo de formación.

Se negaron las pretensiones sobre el período correspondiente al año 1997 al 14 de febrero de 2008, por no existir prueba de los contratos de prestación de servicios en el expediente.

En relación con la prescripción, declaró probada la misma, para efectos prestacionales, los períodos del 15 de febrero al 30 de julio y del 5 de septiembre al 21 de noviembre del año 2008.

### **3.4. RECURSO DE APELACIÓN<sup>7</sup>**

La demandada presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, aduciendo que yerra el A-quo al establecer que la vinculación del actor no fue laboral, ya que los contratos suscritos por el accionante, se evidencia que su contratación fue por corto tiempo y por razones de necesidad del servicio.

Alegó que, el demandante no siempre se desempeñó como instructor, puesto que en algunas oportunidades fue vinculado como contador público, como Asesor externo y en los últimos años se le contrató como apoyo en el seguimiento de la implementación de los convenios de ampliación de cobertura que suscribía el SENA con otras instituciones. Por lo tanto, alega que en la sentencia de primera instancia existió una errónea valoración de la prueba.

Agregó que, el *a quo* estableció la presunción de la subordinación indicando que el actor se desempeñó como instructor durante el periodo del 2008 hasta el 2013, sin embargo, durante dicho periodo, el demandante no se desempeñó siempre como instructor, solamente lo hizo en el desarrollo de tres contratos (240 de 2009, 252 de 2011 y 74 de 2011 ), el resto de los contratos se desempeñó en otras labores que pueden ser verificadas en el texto de los mismos contratos, y con las declaraciones de los señores DILIA MAY y ROBERTO PLATA.

Añadió que, el accionante, mientras tuvo funciones de instructor, no tenía un horario de trabajo impuesto por la entidad, ya que este era coordinado con la población a la cual se le impartía la capacitación en cursos complementarios, de conformidad con la disponibilidad, comodidad y de la necesidad se asignaba al instructor.

---

<sup>7</sup> Fols. 388-403 Cdno 2 y 3.



**13-001-33-33-004-2016-00042-01**

Afirmó que, de los testimonios recepcionados y analizado de forma conjunta con los contratos de prestación de servicios suscritos por el accionante, se advierte fehacientemente que el requisito de la subordinación no se configuró ya que la entidad probó que el actor desempeñaba sus funciones de forma temporal y por el tiempo necesario.

Indicó que, tanto DILIA MAY como ROBERTO PLATA CHACÓN manifestaron que el actor no cumplía un horario de trabajo, así como tampoco se le daban órdenes algunas para la realización de los diferentes objetos contractuales; por su parte, el señor DALMIRO MAZA ANAYA, no realizó afirmaciones concretas, sino suposiciones sobre las situaciones planteadas.

Respecto a la declaración del señor EDUARDO ENRIQUE MARTÍNEZ NORIEGA, sostuvo, que éste solo puede dar fe de los contratos celebrados con el actor hasta el año 2008 (época en que se desvinculó el declarante de la entidad), por lo que del período del 2009 a 2013, frente al cual se reconoció la relación laboral por el juez, el declarante manifiesta no tener conocimiento.

Indicó que, de los testimonios recepcionados no era posible encontrar acreditada tal subordinación, ya que de las declaraciones se establece, de manera clara y contundente, que el demandante no recibió órdenes, que el SENA solo ejerció una supervisión para efectos de verificar el cumplimiento de los compromisos adquiridos de acuerdo con lo que estaba establecido o pactado en el contrato de prestación de servicios, es decir, que existió entre el demandante y el demandado una relación contractual donde las actividades del contratista al desarrollar su labor era coordinada con la entidad y de esa coordinación no se puede inferir que el actor actuaba de forma subordinado dependiente.

Así las cosas, reiteró que, el Juzgador de primera instancia erraba al considerar que se configuraba la subordinación en el presente asunto, cuando está plenamente acreditado que el actor desarrollaba sus actividades con total independencia y autonomía técnica, máxime aún si se tiene en cuenta que dentro del plenario no existen llamados de atención, memorandos e imposiciones que indiquen que el actor debía cumplir sus obligaciones contractuales de forma dependiente.

Por lo expuesto, solicita se revoque el fallo apelado y se nieguen las pretensiones de la demanda.

### **3.5. ACTUACIÓN PROCESAL.**



**13-001-33-33-004-2016-00042-01**

La demanda en comento fue repartida ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 4 de octubre de 2018<sup>8</sup>, por lo que se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 26 de marzo de 2019<sup>9</sup>; y, se corrió traslado para alegar de conclusión el 14 de junio de 2019<sup>10</sup>.

### **3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**3.6.1. Parte demandante:** No presentó alegatos

**3.6.2. Parte demandada<sup>11</sup>:** Presentó escrito de alegatos reiterando los argumentos del recurso de alzada.

**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 es competente 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 JOSÉ GREGORIO COHEN MIRANDA y el SENA REGIONAL BOLÍVAR, surgió una relación de carácter laboral, en virtud de los contratos de prestación de servicios celebrados entre estos?*

---

<sup>8</sup> Fol. 1 Cdno 3

<sup>9</sup> Fol. 4 Cdno 3

<sup>10</sup> Fol. 9 Cdno 3.

<sup>11</sup> Fols. 12-17 cdno 3

### **5.3. Tesis de la Sala**

La Sala MODIFICARÁ la sentencia de primera instancia que concedió las pretensiones de la demanda, en razón a que se logra demostrar que el último contrato suscrito por el actor no correspondía a actividades docentes o de instructor (Contrato No. 00850 de 2013); y, no se demostró que en la ejecución del mismo, haya existido subordinación.

### **5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL<sup>12</sup>**

#### **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 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).

---

<sup>12</sup> 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.



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.

En sentencia de fecha 18 de noviembre de 2003<sup>13</sup>, 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 efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que la parte demandante pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido personal y que por dicha labor haya

---

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



**13-001-33-33-004-2016-00042-01**

recibido una remuneración o pago y, además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo. 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 jurisprudencia<sup>14</sup> para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral.

Adicional a lo anterior, y sin perjuicio de que pueda declararse la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, por este sólo hecho de estar vinculado no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que, para ello, es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión como lo ha reiterado esta Corporación en diferentes fallos, entre los cuales cabe resaltar la sentencia del 28 de julio de 2005, Exp. 5212-03, C.P. Tarcisio Cáceres Toro.

## **5.5. CASO CONCRETO**

### **5.5.1. Hechos relevantes probados:**

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

- Reclamación administrativa del 20 de noviembre de 2015, por medio de la cual el señor JOSÉ GREGORIO COHEN MIRANDA le solicita al SENA el pago de prestaciones sociales desde marzo de 1998 hasta noviembre de 2012 (fl. 12-15).
- Oficio No. 2-2015-00604 del 27 de noviembre de 2015, a través del cual el SENA responde la petición anterior, denegando la misma (fl. 17-20)
- Certificado emitido por la División de Recursos Humanos en la que se hacen constar los contratos suscritos por el SENA y el actor, desde el **11 de**

---

<sup>14</sup> 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.



**13-001-33-33-004-2016-00042-01**

**noviembre de 1997 hasta el 25 de julio de 2000**, con la finalidad de servir como docente en estadísticas, economía y otras asignaturas (fl. 22 y 196)

- Certificado suscrito por el Coordinador Administrativo del Centro para la Industria Petroquímica del SENA- Regional Bolívar, en el que se hace constar que el actor tuvo contratos con dicha entidad desde **diciembre de 2003 hasta julio de 2008**, para prestar sus servicios como docente (fl. 24 y 252)
- Contratos de prestación de servicios suscritos por el actor y el SENA, desde el año 2008 hasta el 2013 (fl. 125 al 228), así:

No. Contrato	Objeto	Valor total contrato	Fecha de suscripción del contrato y finalización	Plazo
Contrato de prestación de servicios No. 094 de 2008 <sup>15</sup>	Contratar los servicios temporales como <b>instructor</b> para orientar los cursos de emprendimiento (74 horas);	Se pagará \$17.970 por horas reportadas, instructor	15/02/2008 al 30/07/2008	5 meses 15 días
Adición No. 1 al contrato No. 94 de 2008 <sup>16</sup>	La prestación de servicios personales en el módulo de <b>formación de emprendimiento</b> en el programa de Jóvenes Rurales (...)	\$1.934.940 mensuales	05/09/2008 al 21/11/2008	2 meses 16 días
Contrato de prestación de servicios No. 240 de 2009 <sup>17</sup>	La prestación de servicios temporales como <b>instructor</b> impartiendo formación integral en programas de jóvenes rurales (628 horas);	\$2.515.500 mensuales	9/06/2009 al 9/12/2009	6 meses
Cesión de contrato No. 232 de 2010 <sup>18</sup>	Cesión de contrato para la prestación de servicios profesionales como <b>Contador público</b> de carácter temporal para apoyar las unidades de emprendimiento (...)	\$2.800.000 mensuales	09/02/2010 al 31/12/2010	10 meses 22 días
Contrato de prestación de servicios No. 00074 de 2011 <sup>19</sup>	La prestación de servicios temporales como <b>instructor</b> en los programas de formación titulado (...)	\$2.884.000 mensuales	18/02/2011 al 28/06/2011	4 meses y 10 días
Contrato de prestación de servicios 00525 de 2011 <sup>20</sup>	La prestación de servicios como <b>instructor</b> para desarrollar acciones de formación (...)	\$2.884.000 mensuales	15/07/2011 al 15/10/2011	3 meses
Adición del contrato 00525 de 2011 <sup>21</sup>	La prestación de servicios como <b>instructor</b> para desarrollar acciones de formación (...)	\$2.884.000 el mes	22/10/2011 al 22/11/2011	1 mes
Contrato de prestación de servicios 67 de 2012 <sup>22</sup>	<b>Asesorar</b> a la población de usuarios de las unidades de emprendimiento del SENA en la formulación de planes de negocio, (...)	\$5.165.450 en total	8/05/2012 al 29/06/2012	1 mes 21 días
Contrato de prestación de servicios No. 110 de 2012 <sup>23</sup>	<b>Asesorar</b> a la población de usuarios de las unidades de emprendimiento del SENA en la formulación de planes de negocio, el	\$3.038.500 mensuales	11/07/2012 al <b>31/12/2012</b>	5 meses 20 días

<sup>15</sup> Fols. 131-132 cdno 1

<sup>16</sup> Fols. 133 cdno 1

<sup>17</sup> Fol. 33-35 y fl. 134

<sup>18</sup> Fl. 142-143

<sup>19</sup> Fol. 42-45 y 135-137

<sup>20</sup> Fl. 146-149

<sup>21</sup> Folio 221-222 cdno 2

<sup>22</sup> Fl. 224-227 cdno 2

<sup>23</sup> Fl. 228-231 cdno 2



**13-001-33-33-004-2016-00042-01**

	desarrollo de proyectos de base tecnológica (...)			
Contrato de prestación de servicios No. 000850 de 2013 <sup>24</sup>	Contratar la prestación de servicios personales de dos (2) profesionales como <b>Apoyo Técnico y Pedagógico</b> Convenios de Ampliación de Cobertura para brindar apoyo técnico y pedagógico a las Instituciones de Formación para el Trabajo y Desarrollo Humano en relación con los procesos inherentes a la formación profesional.	\$2.720.000 mensuales	04/03/2013 al 30/08/2013	Plazo total: 9 meses <sup>25</sup> , pero solo laboró 5 meses

- Renuncia al contrato No. 00850 de 2013, de fecha 30 de agosto de 2013<sup>26</sup>.
- Testimonio de la señora DILIA RUIZ MAY (min: 00:10:50)<sup>27</sup> en el cual esta manifestó que, en el caso de referencia, solo conoce lo particular al contrato de prestación de servicios suscrito por el demandante con el SENA en el año 2013, pues fue supervisora del mismo. Expuso, que el objeto de dicho contrato era, que el actor hiciera seguimiento a los convenios de ampliación de cobertura que el SENA tenía suscrito con algunas entidades de formación para el trabajo. En cuanto a la supervisión del contrato, la testigo manifestó que simplemente se limitó a verificar que se cumplieran con las obligaciones pactadas; que las mismas se realizaran de manera eficiente y con calidad. Sostuvo, que al señor Cohen Miranda no se le impartían ordenes sobre como ejecutar el contrato y tampoco se le exigía el cumplimiento de horario; solo tenía la obligación de atender las obligaciones pactadas en las condiciones del contrato.
- Testimonio del señor DALMIRO MEZA ANAYA (min: 00:20:45)<sup>28</sup> quien expuso que el señor Cohen trabajó con el SENA como instructor, que tenía un jefe inmediato que era un coordinador académico que le asignaba la labor que debía realizar para la formación de los alumnos. El testigo manifestó, que prestó servicios al SENA desde 1985 hasta el año 2015, su última labor desempeñada fue la de Almacenista, y que por ello el actor acudía a su oficina para que se le entregaran los materiales de formación. Explicó, que comenzó a ver al actor en el SENA en el 2001, que para esa fecha este se desempeñaba como instructor en los cursos de asesor a los microempresarios; que no podía enviar a nadie para que lo reemplazara, ni podía delegar sus funciones a otras personas; adicionalmente, no podía abandonar su lugar de trabajo, y debía cumplir con los reglamentos del SENA de acuerdo a su contrato. Que la jornada de trabajo del accionante era de acuerdo a lo que

<sup>24</sup> Fols. 122-125 cdno 1

<sup>25</sup> El contrato inició el 4 de marzo de 2013, sin embargo, el actor renunció al mismo el 30 de agosto de 2013. Fl. 127

<sup>26</sup> Ver nota 25

<sup>27</sup> Folio 353, CD

<sup>28</sup> Folio 353, CD



**13-001-33-33-004-2016-00042-01**

su coordinador determinaba, además debía rendir un informe y presentar las calificaciones concernientes a sus alumnos, así como el control de asistencia de los mismos y asistir a las reuniones a las que su coordinador lo citaba.

En el interrogatorio realizado por la apoderada del SENA el testigo manifestó, que sabía que el actor era un instructor porque lo veía por el SENA caminando, con sus papeles; sin embargo, nunca lo vio dictando clases. Que asumía que el señor Cohen trabajaba como instructor porque este iba al almacén a buscar sus implementos de instructor, como marcadores y demás; para ello, debían llevar un pedido que es firmado por el coordinador inmediato. En cuanto le preguntaron por qué sabía que el actor cumplía horario, el testigo manifestó que si una persona está dentro de las instalaciones del SENA era porque estaba cumpliendo un horario.

- Testimonio del señor EDUARDO ENRIQUE MARTÍNEZ NORIEGA (00:37:02)<sup>29</sup> quien expuso que conoció al señor José Gregorio Cohen desde hace mucho tiempo, en un programa de desarrollo empresarial, que existió en 1971 que, posteriormente, ese programa se incorporó a otros. Agregó que siempre lo conoció como contratista, que el actor estuvo en Bogotá y luego regresó a la costa y se vinculó al SENA nuevamente en el año 1997; el testigo manifestó que se pensionó y que vio al actor hasta el año 2012. Que el actor era instructor de microempresas y lo veía en esa actividad. Se le preguntó si veía permanentemente o esporádicamente al demandante dedicándose a su labor de instructor; el declarante expuso que mientras laboraba en el SENA lo veía en su actividad de instructor, que veía como el coordinador le asignaba actividades y él salía con su grupo a desarrollar las labores de formación profesional que le indicaba el coordinador que cuando llegaba al SENA ahí hablaban, que no era una situación regular sino esporádica porque él (el declarante) le tocaba salir a desempeñarse en la zona rural mientras que el demandante se desempeñaba en la zona urbana. Indicó que trabajó en el SENA hasta febrero de 2008, que después iba a dicho lugar a visitar a otros compañeros y veía al actor.

- Testimonio del señor ROBERTO PLATA CHACÓN, (min: 00:50:58)<sup>30</sup>, quien se presentó como el Coordinador del Grupo de Apoyo Administrativo Mixto del SENA, donde se elaboran los contratos de prestación de servicios; que en virtud de lo anterior, tenía conocimiento de la contratación del señor Cohen. Comentó que el mismo tenía encomendada la realización de unas actividades determinadas y, para ello, se le asignaba un supervisor que era quien recibía dichas actividades. Explicó, que esos contratos se elaboran en función a la Ley 80/93 y en la institución se velaba porque no exista

---

<sup>29</sup> Folio 353, CD

<sup>30</sup> Folio 353, CD

**13-001-33-33-004-2016-00042-01**

subordinación, que en efecto los contratos acarrearán la realización de unas funciones y por ello se le pagaba los contratistas una remuneración. Manifestó que el actor no cumplía horario, que por ser contratista tenía la ventaja de realizar su labor de acuerdo a la programación que él mismo estableciera, por ello no tenía ni siquiera un control de entrada a la entidad. Sostuvo, que la función del actor en el SENA era la de Asesor de Emprendimiento.

•

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

En el sub-examine el acto enjuiciado es el Oficio No. 2-2015-00604 del 27 de noviembre de 2015, por el cual el SENA resolvió de manera negativa la reclamación administrativa presentada por el demandante, en la que solicitaba el reconocimiento y pago de sus prestaciones sociales.

La Juez de primera instancia accedió a las pretensiones al considerar que en caso bajo estudio se habían acreditado la existencia de los elementos constitutivos del contrato realidad; sin embargo, la parte accionando no se encuentra conforme con la decisión, pues a su juicio existió una indebida valoración de la prueba, puesto que la parte actora no demostró la existencia de la subordinación.

#### **- Prestación personal del servicio**

De las pruebas aportadas al plenario puede concluirse que el señor José Gregorio Cohen Miranda estuvo vinculado al SENA como Docente en Estadísticas, desde el **11 de noviembre de 1997 hasta el 25 de julio de 2000** (fl. 22 y 252). Asimismo, el actor suscribió contratos con dicha entidad, desde **diciembre de 2003 hasta julio de 2008** ejerciendo la misma labor (fl. 24); y, desde **septiembre de 2008 hasta el 2013** (fl. 125 al 228).

Sin embargo, la Juez de primera instancia solo reconoció la existencia de los contratos suscritos desde febrero de 2008, hasta diciembre de 2013<sup>31</sup>; pero como quiera que ello no es objeto de apelación, el Tribunal no se pronunciará sobre lo mismo.

#### **- Remuneración**

Que, en cumplimiento de las labores anteriores al accionante prestó sus servicios personales al SENA y, a cambio, percibió una remuneración, sobre el cual no hubo discusión en este plenario; por lo que se tienen por demostrados los 2 primeros elementos de la figura del contrato realidad.

---

<sup>31</sup> Debe aclararse que el actor en realidad prestó los servicios hasta el 30 de agosto de 2013, como quiera que renunció al contrato, ver folio 127.



**13-001-33-33-004-2016-00042-01**

Ahora bien, conforme a la competencia que nos asiste, esta Sala resolverá los argumentos manifestados en el recurso de apelación por la parte demandada, el cual en resumen indica que no se demostró la subordinación por parte del demandante y que en el fallo existe un error en la valoración de las pruebas

**- La subordinación:**

En el recurso de alzada, la parte demandada argumentó que no podía aplicarse la presunción de subordinación a todos los contratos, puesto que no en todos ellos el actor había fungido como instructor. Que existía una indebida valoración de la prueba porque se había dejado de lado el hecho de que el demandante fue contratado para cumplir unas labores específicas y de corto tiempo en virtud de la necesidad del servicio.

De acuerdo con los contratos aportados al plenario, se tiene que, el señor Cohen Miranda ejerció las siguientes labores:

No. Contrato	Objeto	Valor total contrato
No. 094 de 2008 <sup>32</sup>	Contratar los servicios temporales como <b>instructor</b> para orientar los cursos de emprendimiento	El contratista se obliga a prestar los servicios de Instructor para orientar cursos Programa de emprendimiento (74 horas) <u>-Asesorar la formulación y presentación de 24 planes de Negocio como resultado final de los cursos a los aprendices del Centro (Formación titulada), acorde con la autorización del Director Regional N° 039 del 21 de enero de 2008, la cual forma parte integral de la presente orden.</u>
Adición No. 1 al contrato No. 94 de 2008 <sup>33</sup>	La prestación de servicios personales en el módulo de <b>formación de emprendimiento</b> en el programa de Jóvenes Rurales (...)	Adicionar al objeto del contrato la prestación de sus servicios personales en el Módulo de Formación de EMPRENDIMIENTO en el Programa de Jóvenes Rurales en los cursos de Mantenimiento de Motos y Mantenimiento de Hardware en el municipio de Barranco de Loba (Bolívar) y en los cursos de Construcción y Confecciones en el municipio de Magangué (Bolívar) del Centro para la Industria Petroquímica del SENA Regional Bolívar que según Certificado de Disponibilidad (...)
No. 240 de 2009 <sup>34</sup>	La prestación de servicios temporales como <b>instructor</b> impartiendo formación integral en programas de jóvenes rurales (628 horas);	Para el desarrollo del objeto establecido en la cláusula primera del contrato, el CONTRATISTA se compromete a prestar sus servicios como Instructor para impartir seiscientos Veintiocho (628) horas de formación a Jóvenes Rurales. Además, se obliga a lo siguiente: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Cumplir con la programación de formación asignada por el líder de la especialidad y/o Coordinador Académico.</li> <li>• Entregar al coordinador académico y/o líder de la especialidad la información de las actividades a realizar antes de iniciar cada curso y en general los informes que la formación profesional exija.</li> <li>• Dar asesorías e inducciones a los aprendices del Centro de comercio y Servicios y evaluarlos.</li> <li>• Cumplir con los logros y objetivos asignados por el líder de la especialidad y/o Coordinador Académico orientados a la gestión del Centro.</li> <li>• Informar oportunamente a los aprendices la calificación obtenida en el proceso de formación.</li> <li>• Entregar al Coordinador Académico y/o líder de la especialidad el informe de notas de los aprendices en un plazo máximo de tres (3) días después de terminación del proceso de formación;</li> <li>• Presentar el reporte estadístico a más tardar el día veinte (20) de cada mes al Supervisor y/o interventor del contrato;</li> </ul>

<sup>32</sup> Fols. 131-132 cdno 1

<sup>33</sup> Fols. 122-125 cdno 1

<sup>34</sup> Fol. 33-35 y fl. 134



**13-001-33-33-004-2016-00042-01**

		<ul style="list-style-type: none"> <li>Participar en los comités de evaluación y seguimiento ordinarios y extraordinarios que se programen para los aprendices y registrar el seguimiento realizado al proceso de formación;</li> <li>Ejercer las actividades con estricta observancia del reglamento del aprendizaje del SENA</li> <li>Participar en los procesos de formación orientados al mejoramiento de la competencia del instructor indicados por el Centro (...)</li> </ul>
No. 232 de 2010 <sup>35</sup>	Contrato para la prestación de servicios profesionales como <b>contador público de carácter temporal para apoyar las unidades de emprendimiento</b> del centro agro-empresarial realizando acompañamiento y seguimiento de los proyectos innovadores la formulación titulada como eventos empresariales, difusión cultura y apoyo a las unidades productivas formación complementaria (...)	<p>En las consideraciones del contrato se expone que: "el <i>Subdirector del Centro Agro-empresarial y Minero en el estudio previo de conveniencia y oportunidad estableció la necesidad de contratar los servicios personales de un <u>Asesor tutor en la especialidad de Contador Público</u>, para ejecutar acciones de formación Unidad de emprendimiento del Centro Agro-empresarial y Minero del SENA (...)</i>"</p> <p><b>Actividades:</b> El contratista se compromete a impartir formación profesional a la unidad de emprendimiento del Centro Agro-empresarial</p>
No. 00074 de 2011 <sup>36</sup>	La prestación de servicios temporales como <b>instructor</b> en los programas de formación titulado (...)	(...)
No. 00525 de 2011 <sup>37</sup>	La prestación de servicios como <b>instructor</b> para desarrollar acciones de formación (...)	(...)
Adición 00525 de 2011 <sup>38</sup>	La prestación de servicios como <b>instructor</b> para desarrollar acciones de formación (...)	(...)
No. 67 de 2012 <sup>39</sup>	<b>Asesorar</b> a la población de usuarios de las unidades de emprendimiento del Sena en la formulación de planes de negocio, el desarrollo de proyectos de base tecnológica y puesta en marcha por medio de diferentes fuentes de financiación que estimulen la creación y desarrollo de nuevas empresas.	<ul style="list-style-type: none"> <li>Articular el desarrollo de las competencias transversales de emprendimiento en la formación titulada y el programa jóvenes rurales emprendedores, participando desde la planeación específica, puesta en marcha, identificando perfiles emprendedores con ideas de negocios, <u>articulación con los instructores técnicos</u>, formulación, puesta en marcha y fortalecimiento de los proyectos de formación.</li> <li>Asegurar en el programa jóvenes Rurales - Emprendedores la planeación y ejecución del fortalecimiento a las unidades productivas, con el fin de llevarlas a la creación de empresas. Estas unidades productivas deberán ser entregadas mediante acta y reunión con asistencia de representantes de los programas articulados a este proceso, (...)</li> <li>Participar en la definición y planeación de los proyectos productivos, en el acompañamiento a la puesta en marcha de unidades productivas de población desplazada por la violencia, identificación de perfiles emprendedores y asesoría en la formulación de planes de negocios y su puesta en marcha.</li> <li>Identificación de ideas de negocios y creación de empresas apoyadas por el capital semilla del Fondo Empezar (...)</li> <li>Apoyar y hacer seguimiento a la formulación de planes de negocio, creación de unidades productivas por Desplazados por la violencia.</li> <li>Apoyar y hacer seguimiento a la formulación de planes de negocio, creación y puesta en marcha de empresas por aprendices SENA. (...)</li> <li>Brindar asesoría a los aprendices beneficiarios con apoyo de sostenimiento para la planeación de la idea de negocio y puesta en marcha del proyecto.</li> </ul>
No. 110 de 2012 <sup>40</sup>	<b>Asesorar</b> a la población de usuarios de las unidades de emprendimiento del Sena en la formulación de planes de negocio(...)	Cuenta con las mismas funciones del contrato anterior.

<sup>35</sup> Fl. 142-143

<sup>36</sup> Fol. 131-137

<sup>37</sup> Fl. 146-149

<sup>38</sup> Folio 221-222 cdno 2

<sup>39</sup> Fl. 224-227 cdno 2

<sup>40</sup> Fl. 228-231 cdno 2



**13-001-33-33-004-2016-00042-01**

No. 00850 de 2013 <sup>41</sup>	Contratar la prestación de servicios personales de dos <b>(2) profesionales como Apoyo Técnico y Pedagógico</b> Convenios de Ampliación de Cobertura para brindar apoyo técnico y pedagógico a las Instituciones de Formación para el Trabajo y Desarrollo Humano en relación con los procesos inherentes a la formación profesional.	<ul style="list-style-type: none"><li>• Apoyar la transferencia de programas, proyectos, pautas y lineamientos concernientes a la ejecución de las acciones de formación para el trabajo y desarrollo humano.</li><li>• Aplicar instrumentos de seguimiento pedagógico del proceso de formación impartida por los instructores contratados por las instituciones de formación para el trabajo y desarrollo humano.</li><li>• Aplicar instrumentos de evaluación y satisfacción al cliente.</li><li>• Las demás que se hagan necesarias para el cabal cumplimiento del contrato.</li></ul>
---------------------------------	---	---

De lo anterior se tiene que el señor José Gregorio Cohen laboró como instructor del SENA en los contratos No. 094 de 2008, Adición No. 1 al contrato No. 94 de 2008, No. 240 de 2009, No. 00074 de 2011, No. 00525 de 2011 y Adición 00525 de 2011. De igual forma, se observa que, aunque en los contratos No. 232 de 2010, No. 110 de 2012 y No. 67 de 2012 se le haya dado la denominación de asesor, formador, o apoyo pedagógico, en los mismos también desarrollaba actividades relacionadas con la enseñanza que deben ser asemejadas a la del instructor.

Así las cosas, analiza la prueba documental aportada al proceso, se da cuenta la Sala que el actor laboraba al servicio del SENA como instructor, en distintos programas de formación, luego entonces, para esta Corporación, no existe duda en cuanto que existieron varias órdenes que pretendían vincular de manera irregular la prestación de los servicios del accionante, en su calidad de instructor, asesor, formador o personal de apoyo pedagógico, dado que claramente estos trabajos son propios e inherentes a la labor permanente relacionada con el servicio público de educación a cargo del SENA.

Para esta Colegiatura, claramente en los mencionados períodos de contratación, el accionante prestó sus servicios de tipo personal, recibiendo como contraprestación el correspondiente pago, siendo el objeto de los mismos, prestar los servicios como instructor para desarrollar competencias en los programas de formación destinados a los jóvenes rurales del departamento de Bolívar.

Debe resaltar esta Corporación, que la Resolución 000986 del 25 de mayo de 2007, *“Por el cual se establece el manual específico de funciones, requisitos mínimos y competencias laborales, para los empleos públicos del SENA”*, en su artículo 3, numeral 3.4, contempla el nivel de instructor y las competencias que le conciernen a dicho cargo, destacándose como principal, la función de enseñanza a los aprendices SENA. Igualmente, de conformidad con lo establecido en el Decreto 1426/98, en su artículo 2, el carácter de instructor comprende los empleos cuyas funciones principales consisten en impartir formación profesional, desempeñar actividades de coordinación académica de la formación e investigación aplicada.

<sup>41</sup> Fols. 122-125 cdno 1

Vemos entonces, que tratándose de la actividad docente los requisitos exigidos para determinar la existencia de una relación laboral provista mediante contrato de prestación de servicios, son más flexibles, teniendo en cuenta que de la función docente siempre se predica el elemento de subordinación o dependencia propio de una relación laboral, pues dicha actividad no es independiente sino que su ejercicio es de carácter personal y está sujeto al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público de educación.

Corolario de lo transcrito se destaca que el contrato de prestación de servicios no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales, razón por la cual es dable acudir a los principios constitucionales del artículo 53 de la Constitución que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones a quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos, pero para efectos del restablecimiento del derecho las prestaciones sociales dejadas de percibir, debe ser liquidadas tomando como base el valor del respectivo contratos de prestación de servicios.

En este punto es importante destacar que, si bien es cierto que los testigos Dalmiro Meza Anaya y Eduardo Enrique Martínez Noriega no fueron lo suficientemente claros y convincentes a la hora de exponer las condiciones laborales en las que se desempeñaba el actor, lo cierto es que de las pruebas documentales traídas al proceso – en especial los contratos - quedó plenamente acreditada la labor realizada por el señor Cohen Miranda en los contratos antes referenciados; sin embargo, coinciden en afirmar que la labor ejecutada por el demandante corresponde a la instructor y que es el SENA el que le fijaba los parámetros para el desarrollo de las mismas, por la naturaleza de dicha actividad.

Por lo anterior, no podemos acoger el planteamiento del recurso aquí estudiado, en cuanto a que existió un error en la valoración de las pruebas frente a los contratos inicialmente enunciados, tanto es así, que el fallo de primera instancia está soportado en la Ley 119 de 1994, Decreto 1424 y 1426 de 1998 que regulan la actividad del SENA; así como la Ley 115 de 1994, en su artículo 36 y 37, que establece el marco normativo de la educación no formal y que es desarrollado en el artículo 42 del mismo Estatuto. Así las cosas, no desvirtuó el recurso aquí analizado que la actividad de instructor no perteneciera a la de docente, que era lo que le correspondía.



**13-001-33-33-004-2016-00042-01**

Ahora bien, no sucede lo mismo con el contrato No. 00850 de 2013, pues frente al mismo no existen indicios que permitan concluir que el actor se encontraba sometido a algún tipo de subordinación por parte del SENA, como quiera que las actividades asignadas en dicho convenio son diferentes a las que conciernen a los docentes. En primer lugar, el objeto del contrato fue la de vincular a dos (2) profesionales como Apoyo Técnico y Pedagógico en los Convenios de Ampliación de Cobertura, para brindar apoyo técnico y pedagógico a las Instituciones de Formación para el Trabajo y Desarrollo Humano en relación con los procesos inherentes a la formación profesional; ello, con la finalidad de que se ejerciera el seguimiento pedagógico del proceso de formación impartida por los instructores contratados por las instituciones de formación para el trabajo y desarrollo humano. En otras palabras, el actor en este contrato ejercía la labor de supervisor de los instructores; y, al ser el objeto del contrato, la vinculación de 2 profesionales, nos indica que no existía una prestación personal del servicio en los términos de una relación laboral.

Adicionalmente, los señores Dilia Ruiz May y Roberto Plata Chacón fueron muy claros en exponer que el último contrato fue desarrollado por el accionante por cuenta propia, sin ningún tipo de sujeción horaria o actividad controlada. Asimismo, para la fecha en la que se levó a cabo la referida contratación ya los señores Dalmiro Meza Anaya y Eduardo Enrique Martínez Noriega no laboraban en el SENA, ni manifestaron conocimiento haber acudido a dicha entidad y tener contacto con el señor Cohen.

En ese sentido, como quiera que las actividades reflejadas en dicho contrato no se relacionan directamente con la labor docente, era al demandante a quien le correspondía demostrar la existencia del contrato realidad y no lo hizo, por lo que esta judicatura deberá modificar la sentencia de primera instancia, para en su lugar, ordenar la exclusión del pago de prestaciones sociales frente al periodo que comprendió el contrato No. 00850 de 2013.

Como consecuencia de lo anterior, se modificarán los numerales 2º y 4º del fallo de primera instancia.

Debe aclararse que, a pesar de lo anterior, no existe variación en la prescripción de los derechos del actor, como quiera que el último contrato laborado por este sería el No. 110 de del 11 de julio de 2012, que finalizó el **31 de diciembre de 2012**; en ese orden de ideas, la prescripción de las acreencias debía ocurrir el **31 de diciembre de 2015**; sin embargo, la reclamación se presentó el **20 de noviembre de 2015**, por lo que el plazo anterior se interrumpió; y, como quiera que la demanda se inició el **2 de marzo de 2016** debe concluirse que no existe prescripción de las prestaciones sociales del actor.



#### **5.6. 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 se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, como quiera que el recurso de apelación ha sido parcialmente favorable a la parte demandada, que fue la impugnante.

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: MODIFICAR** la sentencia de primera instancia, la cual quedará así:

*“SEGUNDO: CONDENAR al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA, a título de reparación del daño a reconocer, liquidar y pagar a favor de la demandante, JOSÉ GREGORIO COHEN MIRANDA, las prestaciones sociales correspondientes al período durante el cual se demostró la existencia de la relación laboral, esto es, **del 9 de junio a 9 de diciembre de 2009 (Contrato No. 240); 9 de febrero a 9 de diciembre de 2010 (Contrato No. 232); 18 de febrero al 28 de junio de 2011 (Contrato No. 00074); 15 de julio a 15 de octubre de 2011 (Contrato No. 0525); 22 de octubre al 22 de noviembre de 2011 (Adición del Contrato No. 0525); del 8 de mayo al 28 de junio de 2012 (Contrato No. 67); y del 11 de julio al 30 de diciembre de 2012 (Contrato No. 110)**, tomando como base para la liquidación el valor pactado por concepto de honorarios en los contratos de prestación de servicios celebrados*

*CUARTO: DECLARAR que, para efectos pensionales, el tiempo laborado por el señor JOSÉ GREGORIO COHEN MIRANDA, como instructor bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios con el SENA, durante el tiempo comprendido del **15 de febrero al 30 de julio de 2008 (Contrato No. 094); del 5 de septiembre al 21 de noviembre de 2008 (Adición No. 01 al Contrato No. 094 de 2008); 9 de junio a 9 de diciembre de 2009 (Contrato No. 240); 9 de febrero a 9 de diciembre de 2010 (Contrato No. 232); 18 de febrero al 28 de junio de 2011 (Contrato No. 00074); 15 de julio a 15 de octubre de 2011 (Contrato No. 0525); 22 de octubre al 22 de noviembre de 2011 (Adición del Contrato No. 0525); del 8 de mayo al 28 de junio de 2012 (Contrato No. 67); y del 11 de julio al 30 de diciembre de 2012 (Contrato No. 110)**”.*

**SEGUNDO:** En los demás, **CONFÍRMESE** la decisión de primera instancia.



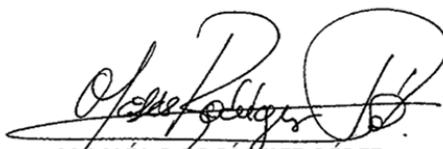
**TERCERO: ABSTENERSE DE CONDENAR** en costas en esta instancia.

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

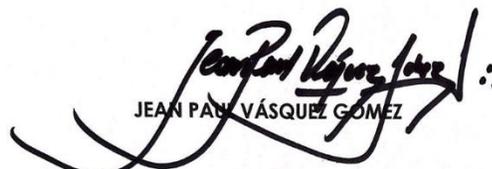
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala virtual No. 006 de la fecha.*

**LOS MAGISTRADOS**

  
MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

  
EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

  
JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ