

República De Colombia



Rama Judicial Del Poder Público
Juzgado Segundo Oral Administrativo De Santa Marta

Santa Marta D.T.C.H., Veintidós (22) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

Referencia:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación:	47-001-3333-002-2016-00017-00
Actor:	ANGELICA BECERRA ANGARITA
Demandado:	SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA–

Surtidas las etapas procesales propias del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del derecho prevista en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, procede el despacho a dictar sentencia de primera instancia, previo los siguientes:

I. ANTECEDENTES

A través de apoderado judicial la señora Angélica Becerra Angarita impetró demandada de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA–, en procura de obtener el reconocimiento de las siguientes declaraciones y condenas:

1.1 Declaraciones y condenas

La demanda se presenta a efectos de obtener de esta jurisdicción las pretensiones que seguidamente se transcriben:

"PRIMERA. Declárese nulo el acto administrativo relacionado a continuación:

1. El acto administrativo contenido en el oficio de fecha 08 de octubre del año 2015 expedido por el Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA, bajo el radicado N°2-2015-006687 donde la demandada niega la relación laboral con mi poderdante y como consecuencia niega el reconocimiento de las acreencias laborales pretendidas en la solicitud No.1-2015-005285 del 24 de septiembre de 2015.

SEGUNDA. Como consecuencia de lo anterior, pido que se declare la existencia de una relación laboral entre mi poderdante y El Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA durante el tiempo que prestó sus servicios como instructor bajo órdenes de prestación de servicios y se le reconozca la presencia del contrato realidad.

TERCERA. Condenar al Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA, como consecuencia de la nulidad del acto administrativo N°2-2015-005285 contenido en el oficio expedido el 08 de octubre del año 2015, a título de restablecimiento del derecho a pagar a la señora ANGELICA LILIANA BECERRA ANGARITA; el valor equivalente a las prestaciones sociales comunes u ordinarias que se le reconocen a un instructor o empleado de planta de la entidad, tales como Cesantías, Prima de Servicios, Vacaciones, Prima de Vacaciones, Primas de Navidad, Bonificación de Recreación, Dotación, Auxilio de Alimentación, Bonificación y cualquier otra devengada por un instructor de planta durante el tiempo que mi cliente prestó sus servicios de acuerdo al valor pactado en los contratos de prestación de servicios debidamente indexados o teniendo en cuenta lo que devengaba un profesor de planta en iguales condiciones que mi apadrinado.

CUARTA. Condenar al Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA, a título de restablecimiento del derecho a pagar a la señora ANGELICA LILIANA BECERRA ANGARITA, los porcentajes de cotización correspondientes a pensión y salud que debió trasladar a los fondos correspondientes durante el periodo de prestación de servicios, sumas estas que deben ser canceladas debidamente indexadas haciendo la claridad que los dineros adeudados por salud se deben cancelar directamente al actor y la sumas por concepto de pensión deben ser trasladadas al fondo de pensión al cual cotiza mi cliente.

QUINTO. Declarar que el tiempo laborado por la señora ANGELICA LILIANA BECERRA ANGARITA, bajo la modalidad de prestación de servicios durante los periodos comprendidos entre el treinta (30) noviembre de 2009 hasta el veinte (20) de diciembre de 2012; se debe computar para efectos pensionales.

***SEXTO.** Condenar al Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA, a título de restablecimiento del derecho al señor **ANGELICA LILIANA BECERRA ANGARITA**, a la devolución de los dineros retenidos de su remuneración mensual por concepto de Retención en la Fuente durante el periodo comprendido entre el treinta (30) noviembre de 2009 hasta el veinte (20) de diciembre de 2012, mediante el cual ejecuto sus labores bajo la modalidad de prestación de servicios, ya que no estaba obligado a que se le practicaran dichas retenciones.*

***SEPTIMO.** Condenar al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA, a título de restablecimiento del derecho a la señora **ANGELICA LILIANA BECERRA ANGARITA**, al pago de indemnización moratoria por el no pago de las prestaciones, emolumentos y demás remuneraciones citadas en los libelos anteriores con sus respectivos intereses moratorios generados, debidamente indexados y las demás obligaciones propias de un contrato laboral dejadas de cancelar por parte del Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA a mi cliente.*

***OCTAVO.** Para el cumplimiento de la sentencia se ordenara dar aplicación a los artículos del C.P.A. y de lo C.A.*

***NOVENA.** Condenar al El SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA a cancelar las costas procesales del presente proceso y agencias en derecho”.*

1.2 Hechos de la demanda:

Como fundamentos fácticos de las pretensiones, el extremo activo de la Litis:

Indicó que la señora **ANGELICA LILIANA BECERRA ANGARITA**, fue vinculada al Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA, regional Magdalena como instructora mediante contratos de prestación de Servicios u órdenes de prestación de servicios celebrados dentro del tiempo comprendido entre el treinta (30) noviembre de 2009 hasta el veinte (20) de diciembre de 2012.

Señaló que la señora **ANGELICA LILIANA BECERRA ANGARITA**, fue vinculada al Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA, regional Magdalena, como instructora impartiendo formación profesional mediante los siguientes contratos u órdenes de prestación de servicios:

- Contrato de prestación de servicios No. 824 de 2009
- Contrato de prestación de servicios No. 0210 de 2010
- Contrato de prestación de servicios No. 319 de 2011
- Contrato de prestación de servicios No. 903 de 2011
- Contrato de prestación de servicios No. 0333 de 2012

Manifestó que el día 24 de septiembre de 2015 la señora **ANGELICA LILIANA BECERRA ANGARITA**, presento al Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA, petición a la Director Regional del Magdalena, con la finalidad que reconocieran el valor equivalente a las prestaciones sociales comunes u ordinarias devengadas por los instructores vinculados de planta a la entidad durante el tiempo que presto su servicios debidamente indexadas, que se le reconocieran los aportes a la seguridad social respondiéndole el día 08 de octubre del 2015, en forma negativa alegando que entre esta y El Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA, no existía relación laboral alguna que la contratación que se dio era contractual bajo la modalidad del contrato de prestación de servicios el cual no genera relación laboral ni prestaciones sociales.

Arguye que el día 24 de septiembre de 2015, la accionante solicitó al Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA, copia autenticada de los diferentes contratos celebrados con la entidad.

Asegura que la señora **ANGELICA LILIANA BECERRA ANGARITA**, durante todo el tiempo que estuvo vinculada al Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA, recibía su remuneración mensual como contraprestación al servicio de instructora que realizaba, reteniéndole por parte de la institución unos dineros por concepto de Retención en la Fuente, dineros estos que no debieron descontársele.

Asevera que la señora **ANGELICA LILIANA BECERRA ANGARITA**, durante todo el tiempo que estuvo vinculada al Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA, siempre estuvo bajo la supervisión y subordinación de los diferentes Directores Regionales del Magdalena y coordinadores académicos de igual manera que se supervisaban a los instructores de planta recibiendo una remuneración por sus servicios presentados.

1.3 Normas violadas y concepto de violación:

1.3.1 Normas violadas

La parte actora estima que con la expedición del acto acusado se infringieron las siguientes disposiciones:

- Los Artículos 13, 25, 48, y 53 de la constitución política de Colombia.
- El artículo 32 de la ley 80 de 1993.
- Los artículos 22y 23 de la ley 100 de 1993.
- Artículos 36, 37 y 42 de ley 115 de 1994.
- El decreto 2277 de 1979 en su artículo 2.
- Artículo 60 de la ley 60 de 1993

1.3.2 Concepto de violación

La parte demandante, considera que el acto administrativo acusado viola las citadas normas constitucionales y legales por las siguientes razones:

Asegura que, como se puede observar el acto acusado vulnera el artículo 13 de la constitución política de Colombia en el entendido que desconoce el principio de igualdad ante la ley teniendo en cuenta que la actora desempeñó en la institución demandada cargo de instructor desarrollando sus funciones como lo establece el reglamento académico de la institución, ejecutando los planes curriculares de cada una de las especialidades, cumpliendo con todas las órdenes impartidas por sus superiores como son la de cumplir horarios, presentar informe de actividades ante el coordinador, presentar planilla semanal y mensuales de las acciones educativas a desarrollar, presentar planilla de asistencia mensual de los estudiantes, entregar planillas a la coordinación académica de las evaluaciones de los estudiantes, asistir a las reuniones convocadas por el coordinador académico y o jefatura de centro para evaluación y seguimiento de alumnos, funciones estas que son iguales a las que cumplían los docentes de planta y como consecuencia de ello debe tener el mismo tratamiento que el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA le da a los docentes de planta como es el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que devengan estos dentro de la institución.

Arguye que en todo sentido debe entenderse que la labor docente no es independiente, sino que pertenece a su esencia el hecho de que el servicio se preste personalmente, esté subordinado al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público de educación., lo cual quiere decir que cuando se trata de demostrar la relación laboral de los educadores surgidas por contratos de prestación de servicios que laboran en establecimientos públicos de enseñanza, tales exigencias se observan en forma más flexible, dado que la subordinación y la dependencia son inherentes en la labor que desarrollan; es decir, son consustanciales al ejercicio docente; por tanto no puede de ninguna manera pensar que existió una relación de coordinación entre mi apadrinado y el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA- . pues la señora **ANGELICA LILIANA BECERRA ANGARITA**, desarrollo la actividad como instructora de manera subordinada y no de manera autónoma e independiente ya que debía cumplir con todas las órdenes impartidas por sus superiores (señor **MARIBEL SALGADO PERTUZ**, el señor **JOSE PACHECO**, señor

RICARDO CONTRERAS, como son la de cumplir horarios asignados (7am -12am) (2pm a 6pm) o (de 6pm a 10 PM), presentar informe de actividades ante el coordinador, presentar planilla semanal y mensual de las acciones educativas a desarrollar, presentar planilla de asistencia mensual de los estudiantes, entregar planillas a la coordinación académica de las evaluaciones de los estudiantes, asistir a las reuniones convocadas por el coordinador académico y o jefatura de centro para evaluación y seguimientos de alumnos.

Concluye señalando que en ese orden de ideas debe considerarse entonces que en este caso se encuentra probado que las labores desarrolladas por la actora eran las mismas que las de los docentes de planta cumpliéndose los tres elementos de la relación laboral, prestación personal del servicio, continuada subordinación y remuneración como contraprestación del servicio, por lo que es claro que con la simple existencia de los contratos de prestación de servicios docentes, permiten inferir que la Institución pretendió evitar el pago de prestaciones sociales encubriendo la existencia de una verdadera relación laboral, por cuanto como se mencionó anteriormente, la subordinación y la dependencia se encuentran ínsitas en la labor que desarrollan los maestros; es decir, son consustanciales al ejercicio docente. Por lo cual se está desconociendo el principio constitucional de la primacía de realidad sobre las cosas aparente teniendo en cuenta que la realidad de la relación laboral existente entre mi cliente y la institución demandada era de carácter laboral.

1.4 Contestación de la demanda.

En el escrito de contestación de la demanda señaló el apoderado del Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA- que se opone a las pretensiones de la demanda toda vez que como se demuestra con los documentos obrantes en el expediente lo que siempre existió entre la actora y su representada fue una relación meramente de prestación de servicios profesionales, amparada en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 por lo que no es viable ni procedente que la demandada reconociera las prestaciones sociales ordinarias ni comunes, lo que permite concluir que el acto administrativo atacado está revestido de legalidad.

A su vez alega que la demandante solicita el reconocimiento y pago de unas acreencias laborales como si hubiera desempeñado un cargo para el que no fue contratado y que jamás desempeñó, por lo que no existe una causa legal y jurídica para acceder a dicha reclamación.

II. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes procesales alegaron en resumen lo siguiente:

La parte demandada enfoca sus alegaciones en señalar que deben negarse todas y cada una de las pretensiones con fundamento en los argumentos esbozados en la contestación de la demanda, así como en la audiencia inicial, y reitera la solicitud de declarar probada la excepción de prescripción, puesto que el sub examine encuadra perfectamente en las situaciones fácticas descritas en las sentencias del Consejo de Estado que dictaron la posición acerca el fenómeno de la prescripción cuando se trate de contratos realidad, puesto que los contratos mediante los cuales estuvo vinculada la actora son de vieja data, superan los tres años de haberse ejecutado y que la consecuencia natural es la prescripción de los derechos reclamados.

El Ministerio Público y la parte demandante no presentaron alegatos de conclusión.

III. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a resolver el asunto sometido a consideración, con el siguiente derrotero: 1) Control de legalidad; 2) Problema Jurídico; 3) Medios probatorios; 4) Tesis del despacho; 5) Condena en costas.

3.1 Control de Legalidad.

De conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de cada una de las etapas procesales se ejerció un control de legalidad de las mismas, sin presentarse manifestación alguna de las partes u observarse por esta agencia judicial la existencia de vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso e impidan proferir sentencia de fondo. Por lo anterior encontrándose saneada la actuación es procedente desatar la litis.

3.2 Problema Jurídico a Resolver.

Así las cosas, tal como se indicó en audiencia inicial, el litigio se circunscribe a determinar:

- Si hay lugar a declarar la nulidad del Oficio No. 2-2015-006687 del 8 de octubre de 2015, por medio del cual se negó el reconocimiento de una relación laboral entre la señora Angélica Becerra Angarita y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA-, y en consecuencia se le reconozca la relación laboral, teniendo en cuenta que prestó sus servicios como instructor

docente en el área de contabilidad en la entidad, entre los años comprendidos entre 2009 y 2012 como consecuencia de ello que se le paguen las prestaciones sociales.

3.3 Medios Probatorios

Las pruebas allegadas al plenario y relevantes para resolver los problemas jurídicos planteados en líneas anteriores son las siguientes:

- Acto administrativo expedido por El Servicio Nacional De Aprendizaje – SENA, a la señora **ANGELICA LILIANA BECERRA ANGARITA** N°2-2015-006687 contenido en el oficio expedido el 08 de octubre del año 2015.
- Petición dirigida al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA, de fecha 24 de septiembre de 2015 por el demandante reclamando las acreencias laborales a las cuales tiene derecho.
- Petición dirigida al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA, de fecha 24 de septiembre de 2015, por el demandante solicitando copia autentica de los contratos u órdenes de servicio y copia de la carpeta laboral.
- Certificaciones expedida por el Subdirector del Centro Acuícola Agroindustrial de Gaira, del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA- regional Magdalena doctor CESAR GAMEZ ESTRADA en el que se relacionan contratos ejecutados por mi cliente durante el periodo 2009,2010, 2011.
- Certificación expedida por la Coordinadora Administrativa del Grupo de Apoyo Mixto, del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA- regional Magdalena doctora LISNEIDA CELEDON URBINA en el que se relacionan contratos ejecutados por mi cliente durante el periodo 2009, 2010, 2011, 2012.
- Copias de los diferente contratos autenticados celebrados entre el Servicio Nacional De Aprendizaje –SENA y mi poderdante.
- Copias de registros presupuestales
- Testimonio del señor Hugo Brito Méndez.
- Contratos celebrados entre el señor ANGELICA BECERRA con el SENA REGIONAL MAGDALENA

Atendiendo al recuento probatorio anterior, el despacho para efectos de tener claridad sobre los periodos en que la demandante prestó sus servicios al SENA, procederá a discriminar uno a uno los contratos, así:

	Número de la Orden	Duración	Objeto	Folio	Valor del contrato
1.	Contrato N° 824 de 30 de noviembre de 2009.	130 horas	Prestación de servicios como instructor contratista para el fortalecimiento técnico y empresarial a unidades productivas del área de Piscicultura.	27-29	\$2.525.562
2.	Contrato No. 210 de 27 enero 2010.	700 horas	Prestación de servicios personales como instructor impartiendo formación profesional e integral en el área de acuícola.	37-39	\$12.756.100
3.	Contrato No. 319 del 10 de marzo de 2011.	390 horas	Prestación de servicios personales como instructor impartiendo formación profesional e integral en el área de acuícola.	51-53	\$7.290.660
4.	Contrato N°903 de 25 de julio de 2011.	320 horas	Prestación de servicios personales como instructor impartiendo formación profesional e integral en el área de acuícola.	30-33	\$5.982.080
5.	Contrato N°333 de 30 de enero de 2012.	500 horas	Prestación de servicios personales como instructor impartiendo formación profesional e integral en el programa de personas en situación de desplazamiento.	34-36	\$10.450.000

3.4 Tesis del Despacho

Pretende la señora Angélica Becerra Angarita se declare la nulidad del Oficio de 8 de octubre de 2015, proferido por la Directora Regional Magdalena- Sena-; en consecuencia, se declare la existencia de una relación laboral entre la demandante y el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA- durante el tiempo que prestó sus servicios como instructor y se orden el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales comunes u ordinarias a que tiene derecho.

En tal sentido corresponde al despacho, en primera medida estudiar lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado como *contrato realidad*, para luego descender al caso particular de la demandante y establecer si su vinculación por medio de órdenes de prestación de servicios encubría una verdadera relación laboral.

De encontrarse probado lo anterior, se estudiará si hay lugar o no a declarar la prescripción sobre el pago de prestaciones sociales y otros emolumentos.

Marco Jurídico y Jurisprudencial

De suerte pues, que es menester traer a colación lo contemplado en el régimen jurídico colombiano relacionado con las formas de vinculación de los particulares con la administración pública:

Modalidad Estatutaria: Se materializa mediante una relación legal y reglamentaria; y confiere a la persona la calidad de Empleado Público.

Modalidad Contractual Laboral: Se traduce en un Contrato de Trabajo y otorga a la persona el carácter de Trabajador Oficial

Los Auxiliares de la Administración: Los cuales se clasifican en supernumerarios y contratistas independientes, estos últimos se vinculan a la Administración Pública mediante un Contrato Estatal.

Los Funcionarios de Seguridad Social, por razones históricas: Se vinculan por una relación legal y reglamentaria de naturaleza especial.

Como el problema jurídico se finca en determinar si la vinculación de la demandante, fue realmente a través de un contrato realidad —en virtud al principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades— o por el contrario, si se dio a través de la modalidad contractual estatal, este despacho se limitará a examinar las diferencias entre las dos primeras modalidades citadas.

El Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 123 consagra los elementos que son esenciales para la existencia del contrato de trabajo que son, en resumen, la prestación personal del servicio, la subordinación y un salario a título de retribución. Estos tres elementos tipificadores de la relación contractual laboral del trabajador oficial, son "diferentes" a los establecidos en la misma Constitución Política respecto de la relación legal y reglamentaria de los empleados públicos —relación laboral administrativa de derecho público. El cierto parecido de algunos de esos elementos no puede llevar a confusión porque el trabajador cumple órdenes del superior según su voluntad, el

reglamento y el contrato; mientras que el empleado público debe cumplir lo que dispone el ordenamiento jurídico al cual está sometido; el salario —como retribución del servicio— para el trabajador se determina libremente por el patrono con algunas limitaciones por convención, etc., en tanto que la remuneración del empleado público se fija conforme a las normas proferidas por las autoridades señaladas en el régimen jurídico.

El contrato de prestación de servicios ha sido denominado por la doctrina como *"locación de servicios"* y lo define como el medio por el cual la administración confía a un individuo la tarea de colaborar en la prestación de un servicio público, pero sin tener el carácter de funcionario público y sin incorporarlo además a su planta de personal; de lo que se colige que el contratado adquiere carácter de autónomo más no de una independencia absoluta en el desarrollo de la actividad por la cual se le contrató, además de no generar tal vinculación relación laboral alguna ni tampoco prestaciones sociales. Es decir, el hecho que en los contratos de prestación de servicios se presenten algunas circunstancias parecidas a las que existen respecto de los empleados públicos, no puede concluirse que se está encubriendo una relación laboral administrativa porque entre ambas existen diferencias tales como: **a)** que el contratista tiene una dedicación temporal prolongada o que se repitan contratos de prestación de servicios con igual o similar finalidad; **b)** cuando no existe el empleo en la planta de personal, ello no torna dicha relación contractual administrativa en relación legal y reglamentaria del contratado; **c)** la circunstancia que la persona tenga un horario o parámetros de tiempo para su desempeño, que en ciertas actividades es necesario para cumplir el objetivo del contrato, no puede conllevar a afirmar tajantemente que en ese evento existió o debió existir una relación legal y reglamentaria; **d)** indudablemente el contrato de prestación de servicios tiene un objeto y no es posible aceptar que se realice una contratación de esta naturaleza para que el contratista realice lo que quiera, como quiera y cuando quiera, pues debe someterse a unas pautas mínimas y esenciales relacionadas con el objeto contratado sin que se desvirtúe por ello el contrato.

La Corte Constitucional en sentencia C-154/97¹, estableció claramente las diferencias entre el contrato laboral y el de prestación de servicios así:

"La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado, y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y solo, excepcionalmente, en los casos previstos,

¹ Magistrado Hernando Herrera Vergara

cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios”.

Resulta acertado señalar que en estos contratos no puede pretenderse una autonomía total o absoluta por cuanto de acaecer esto, eventualmente, se podría distorsionar el objetivo que persigue con su ejecución la entidad estatal y por ende el incumplimiento de sus planes y programas asistenciales a sus usuarios. Por consiguiente, es procedente que la entidad trace directrices o imparta instrucciones sobre la manera y oportunidad como debe cumplir su labor el contratista, sin que ello se traduzca en dependencia o carencia de autonomía de parte de éste. Acerca del tema se ha pronunciado el Honorable Consejo de Estado así:

“...sí bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad. Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de esta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deban requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servido de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta. En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales”².

Y en cuanto a la subordinación y dependencia del trabajador al ente contratista se ha discurrido ese alto Tribunal:

“...En efecto, al tenor del art. 177 del C. de P.C. le incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. De tal suerte que el juzgador sólo podrá declarar la existencia de un derecho o relación jurídica con fundamento en la certeza que tenga de ellos o si están legalmente presumidos o la ley los exime de pruebas y no se demuestra además el hecho contrario. En tal virtud al existir orfandad probatoria en lo que hace a este tópico la inferencia que

² Sentencia Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Segunda; mayo 19 de 2005, Rad. 7300123310002000374-01; C.P. Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado.

se impone no puede ser otra que la de denegar la condena por este concepto”³.

De lo hasta aquí expuesto se concluye que para reconocer la existencia de una relación laboral se requiere la concurrencia de tres elementos los cuales debe el trabajador demostrar: 1) la subordinación; 2) la prestación personal del servicio; y, 3) la remuneración; y, en caso que la demandante llegase a probarlos, teniendo en cuenta lo preceptuado por el Consejo de Estado, deberá accederse al reconocimiento de los derechos laborales que reclama, pero a título de indemnización más no como empleado público, porque esta dignidad no la adquiere sino con el cumplimiento de los requisitos señalados en la ley.

La Corte Constitucional en sentencia C-174 de 1997³ señaló:

“Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada... En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales ; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.”

Es decir, **el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador**, y en ese evento surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo. (Artículo 53 Constitución Política).

³ Corte Constitucional. M.P. Hernando Herrera Vergara

Caso Concreto

De acuerdo entonces con la jurisprudencia anterior, la configuración de una relación laboral bajo el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades cuando se ha contratado mediante órdenes de prestación de servicios, opera cuando en la relación de trabajo se demuestran los tres (3) elementos que la constituyen, los cuales corresponde a los siguientes: la prestación personal del servicio, la remuneración por el trabajo cumplido y la subordinación. Por lo que procede el despacho a analizar uno a uno tales presupuestos, con el fin de dilucidar el problema jurídico del caso concreto.

o Actividad personal del trabajador

Tenemos que de las pruebas aportadas y señaladas queda plenamente probado que la señora Angélica Becerra Angarita prestó sus servicios profesionales al Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA-.

Lo anterior, como quiera que como se relacionó en el acápite de pruebas, reposan los contratos de prestación de servicio y órdenes de trabajo que el actor suscribió con la entidad demandada, cuyo objeto fue entre otros, impartir *formación Profesional Integral en el Programa de Personas en situación de desplazamiento* con la característica *intuitu personae*, toda vez que entre las obligaciones de la partes, se entiende que para efectos de cumplir con el objeto del contrato, la actora debía prestar sus servicios de forma personal.

Lo anterior, conlleva a concluir que se cumple con el primer elemento de los requeridos para la configuración del contrato realidad, toda vez que en los contratos referenciados se indica como contratista la señora **ANGELICA BECERRA ANGARITA** y que el mismo debía prestar sus servicios como Instructor para la entidad, además de que del material probatorio que obran en el expediente, como las distintas constancias suscritas por el Subdirector del Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA- Regional Magdalena permiten colegir que la misma cumplió personalmente con las actividades mensuales previstas para el cumplimiento del contrato.

o Remuneración por el trabajo cumplido

Las pruebas obrantes en el plenario (contratos y certificados) son igualmente demostrativas de que la actora recibió como contraprestación de sus servicios, una remuneración mensual pactada en las órdenes de prestación de servicios, de lo cual es dable inferir sin lugar a duda que esta labor desarrollada por la señora Becerra Angarita, le otorgó el SALARIO que se requiere para darse el contrato realidad que se demanda en la contención.

o Subordinación y dependencia

Este punto es el que requiere mayor análisis por parte del operador judicial, toda vez que la subordinación es el elemento de la relación laboral que tiene la fuerza de lograr desvirtuar la vinculación mediante contratos de prestación de servicios.

Por tanto, es pertinente destacar el derrotero jurisprudencial que ha trazado sobre este tópico, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-386 del 2000 señaló lo siguiente:

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

2.2. En la sentencia C-299/98¹¹, la Corte a propósito del análisis de la constitucionalidad del numeral 3 del literal a) del art. 62 del C.S.T., se refirió a la subordinación laboral como elemento esencial del contrato de trabajo, en los siguientes términos:

"2. La subordinación laboral no es una forma de esclavitud.

El Código Sustantivo del Trabajo, al consagrar en el artículo 23 los elementos esenciales del contrato de trabajo, estatuye la continuada subordinación o dependencia del trabajador con respecto del empleador en las actividades contratadas, facultad que lo autoriza para "exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento e imponerle reglamentos (...)" sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador...". Es decir, que corresponde al empleador impartir las órdenes, dirigir a los empleados, imponer los reglamentos, y disponer lo relativo a las relaciones internas de la empresa, con el propósito de conseguir que la ella marche de acuerdo con los fines y objetivos para los cuales se creó; el trabajador debe acatar lo ordenado, y someterse a las reglas y cumplirlas, lo cual no afecta por sí solo sus derechos ni su dignidad. Sin embargo, la subordinación no se puede extender hasta el punto de afectar "los derechos y prerrogativas que son esenciales a la persona humana para mantener su dignidad de tal.

Los poderes del empleador para exigir la subordinación del trabajador, tienen como límite obligado el respeto por la dignidad del trabajador y por sus derechos fundamentales. Estos, por consiguiente, constituyen esferas de protección que no pueden verse afectadas en forma alguna por la acción de aquél, porque como lo anotó la Corte en la sentencia

SU-342/95³¹, los empleadores se encuentran sometidos a la Constitución, sumisión que "...no solo se origina y fundamenta en los arts. 1, 4, inciso 2 y 95 de la Constitución, en cuanto los obligan a acatarla y le imponen como deberes respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, obrar conforme al principio de solidaridad social, defender los derechos humanos y propender al logro y mantenimiento de la paz, lo cual se logra con el establecimiento de relaciones laborales justas en todo sentido sino en el reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores..."

Sin que por la cita quiera referirse que exista maltrato o límites con la contratista en importante señalar, que la dignidad en el trabajo no pudo verse disminuida en virtud de una formalidad como lo es la firma de un contrato de prestación de servicios, cuando en realidad corresponda a otra naturaleza de vinculación y otorgue una carga desproporcionada al contratado por verse en la necesidad de acceder inicialmente a los caprichos del contratante.

En este orden, y a fin de dilucidar el tópico de la existencia de la subordinación en el caso concreto, sería del caso apoyarse en las pruebas aportadas y recaudadas en el plenario, no obstante, se tiene que el apoderado de la parte demandante en la audiencia de prueba celebrada el día seis (6) de febrero de 2017 **desistió de los testimonios decretados en la audiencia inicial efectuada dentro del proceso de la referencia**, tal y como consta a folio 162 del expediente, y sumado a que en dicha diligencia solo se practicó el testimonio del señor Hugo Brito Méndez deprecado por el extremo pasivo de la Litis, el cual estuvo encaminado a demostrar la periodicidad de los pagos y aspectos de tipo contable de la entidad accionada la cual no permiten determinar si existió o no subordinación entre la demandante y el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA–.

No obstante, el Consejo de Estado se ha encargado de establecer como debe el fallador analizar la subordinación en el caso de las personas que prestan servicios de instrucción en el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA–, así en sentencia del 27 de febrero de 2014 señaló lo siguiente:

"Además de la configuración de la relación laboral por estar presentes sus elementos característicos, advierte la Sala que el señor Batista Andrade, ejecutaba una labor de formación en "Piscicultura", rigiéndose por la normatividad que regula la educación en nuestro país, como se indica a continuación:

La Ley 119 de 1994 "Por la cual se reestructura el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, se deroga el Decreto 2149 de 1992 y se dictan otras disposiciones.", establece:

ARTÍCULO 4o. FUNCIONES. Son funciones del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, las siguientes:

10. Expedir títulos y certificados de los programas y cursos que imparta o valide, dentro de los campos propios de la formación profesional integral, en los niveles que las disposiciones legales le autoricen." (Negrilla y Rayas fuera del texto)

Por su parte, el Decreto 1424 de 1998 publicado en el Diario Oficial No. 43.349 de 29 de julio de 1998 "Por el cual se establece el sistema salarial de evaluación por méritos para los Instructores del Servicio Nacional de Aprendizaje-Sena", definió la Educación con el siguiente tenor literal:

"ARTICULO 22. EDUCACION. Se entiende por educación el desarrollo de facultades físicas, intelectuales o morales mediante la aplicación de una serie de contenidos académicos realizados en establecimientos o instituciones educativas, públicas o privadas, oficialmente reconocidas y aprobadas, que conduzcan a la obtención de certificados, títulos o grados." (Se Resalta y Subraya).

El artículo 2 del Decreto 1426 de 1998 "Por el cual se establece el sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración de los empleos públicos del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA.", publicado en el Diario Oficial No. 43.349 de 29 de julio de 1998, clasifica el cargo de Instructor conforme con las siguientes funciones:

"Comprende los empleos cuyas funciones principales consisten en impartir formación profesional, desempeñar actividades de coordinación académica de la formación e investigación aplicada." (Resalta y Subraya la Sala)

La regulación anterior aplicable a los Instructores del SENA, establece que dicha Entidad tiene como función permanente impartir formación laboral y profesional certificando a los estudiantes que cursan los programas y cursos que ofrece; define la educación como todos aquellos procesos especializados tendientes a la obtención de certificados, títulos o grados; e indica que el cargo de Instructor coordina y ejecuta actividades académicas.

Ahora bien, la Ley 115 de 1994, establece en su artículo 1°, que:

"OBJETO DE LA LEY. La educación es un proceso de formación permanente, personal, cultural y social que se fundamenta en una concepción integral de la persona humana, de su dignidad, de sus derechos y de sus deberes.

La presente Ley señala las normas generales para regular el Servicio Público de la Educación que cumple una función social acorde con las necesidades e intereses de las personas, de la familia y de la sociedad. Se fundamenta en los principios de la Constitución Política sobre el derecho a la educación que tiene toda persona, en las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra y en su carácter de servicio público.

De conformidad con el artículo 67 de la Constitución Política, define y desarrolla la organización y la prestación de la educación formal en sus niveles preescolar, básica (primaria y secundaria) y media, no formal e informal, dirigida a niños y jóvenes en edad escolar, a adultos, a campesinos, a grupos étnicos, a personas con limitaciones físicas, sensoriales y psíquicas, con capacidades excepcionales, y a personas que requieran rehabilitación social.

La Educación Superior es regulada por ley especial, excepto lo dispuesto en la presente Ley."(Resalta y Subraya la Sala).

A su vez el artículo 2° ídem, preceptúa:

"SERVICIO EDUCATIVO. El servicio educativo comprende el conjunto de normas jurídicas, los programas curriculares, la educación por niveles y grados, la educación no formal, la educación informal, los establecimientos educativos, las instituciones sociales (estatales o privadas) con funciones educativas, culturales y recreativas, los recursos humanos, tecnológicos, metodológicos, materiales, administrativos y financieros, articulados en procesos y estructuras para alcanzar los objetivos de la educación."

Los artículos 36 y 37 de la citada Ley 115 de 1994, definen la educación no formal, con el siguiente tenor literal:

"ARTÍCULO 36. DEFINICIÓN DE EDUCACIÓN NO FORMAL. La educación no formal es la que se ofrece con el objeto de complementar, actualizar, suplir conocimientos y formar, en aspectos académicos o laborales sin sujeción al sistema de niveles y grados establecidos en el Artículo 11 de esta Ley."

"ARTÍCULO 37. FINALIDAD. La educación no formal se rige por los principios y fines generales de la educación establecidos en la presente ley. Promueve el perfeccionamiento de la persona humana, el conocimiento y la reafirmación de los valores nacionales, la capacitación para el desempeño artesanal, artístico, recreacional, ocupacional y técnico, la protección y aprovechamiento de los recursos naturales y la participación ciudadana y comunitaria."

Conforme con la normatividad citada, la función prestada por el SENA a través de los Instructores se orienta a una formación integral, profesional y laboral certificando a sus estudiantes, es decir, que por estas características y su naturaleza se clasifica dentro de un sistema de educación no formal. No puede ser otra su categoría, pues no hace parte de los niveles propios de educación formal establecidos en el artículo 11 de la Ley 115 de 1994 (preescolar, educación básica y educación media) ni se cataloga dentro de la definición de educación informa

, regulándose en lo concerniente por las normas generales del Servicio Público de Educación.

El artículo 42 de la Ley 115 de 1994 permite que los maestros que prestan sus servicios en los Centros de Educación para Adultos, puedan computar su tiempo para el Escalafón Nacional Docente siempre y cuando reúnan los requisitos establecidos en el Decreto 2277 de 1979, comprobándose de esta manera que la educación no formal se rige por las normas generales de educación, con el siguiente tenor:

"ARTÍCULO 42. REGLAMENTACIÓN. La creación, organización y funcionamiento de programas y de establecimientos de educación no formal y la expedición de certificados de aptitud ocupacional, se regirá por la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

PARÁGRAFO. El tiempo de servicio que presten los docentes en los Centros de Educación de Adultos, es válido para ascenso en el Escalafón Nacional Docente, siempre y cuando reúna los requisitos del Decreto-ley 2277 de 1979."

Significa lo anterior que la labor de formación en el SENA no es independiente, sino que el servicio se presta en forma personal y de manera subordinada al cumplimiento de los Reglamentos, fines y principios del Servicio Público de la Educación, cumpliendo su actividad conforme a las directrices impartidas no sólo por el SENA sino por las autoridades educativas y sin gozar de independencia con respecto a la actividad desarrollada.

Mal podría sostenerse, entonces, que existió una relación de coordinación, cuando la actividad del señor Batista Andrade se cumplió de conformidad con las orientaciones emanadas por el SENA, prestando sus servicios de manera subordinada y no bajo su propia dirección y gobierno⁴.

De la anterior jurisprudencia se desprende con claridad que el servicio que prestaba la actora al Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA– como instructora comporta la calidad de la docencia y enseñanza, servicio educativo que en ningún caso puede ser autónomo, toda vez que se rige bajo las directrices dadas por la contratante.

Conforme a lo expuesto, observa el despacho que la relación contractual entre el SENA REGIONAL MAGDALENA con la señora Angélica Becerra Angarita, se vio delimitada de ciertas condiciones que permiten colegir que no se trató de un vínculo meramente coordinado y con plena autonomía del contratista, sino que se trató de una relación dependiente y subordinada entre las partes, pues la actora no contaba con la posibilidad de desarrollar el objeto del contrato de manera autónoma habida cuenta que por los mismos programas de la entidad, se establecía los cursos, horarios y contenidos en que la actora debía cumplir con las funciones de instrucción por las que era contratada, infiriendo que la misma estaba obligada a cumplir un horario de trabajo y cumpliendo las mismas funciones de los instructores que se encontraban en planta, lo cual aunado al hecho de que recibió una remuneración por los servicios prestados, evidencia el verdadero vínculo que existió entre las partes.

Aunado a lo anterior, de los contratos de prestación de servicios suscritos entre los extremos procesales se observa que las cláusulas primera y segunda que determinan el objeto de los mismos se dispone lo siguiente:

***"PRIMERA. OBJETO:** El objeto del presente contrato es la prestación de servicios personal como instructor contratista para el fortalecimiento técnico y empresarial a unidades productivas en el área de piscicultura conformadas en el programa de jóvenes rurales emprendedores en el Departamento del Magdalena (...)*
***SEGUNDA: ALCANCE DEL OBJETO:** Para el desarrollo del objeto establecido en la cláusula primera de este contrato, el contratista se compromete a prestar servicios como instructor para el fortalecimiento técnico y empresarial a unidades productivas en el área de piscicultura conformadas en el programa de jóvenes rurales emprendedores en el Departamento del Magdalena que*

⁴CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B CONSEJERA PONENTE: DRA. BETRHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ. Bogotá D.C., veintisiete (27) de febrero de dos mil catorce (2014).- REF: EXPEDIENTE No. 200012331000201100312 01. NÚMERO INTERNO: 1994-2013. ACTORA: ENITH DEL CARMEN OSPINO CAMPO. AUTORIDADES NACIONALES.

adelanta el Centro Acuicola y Agroindustrial de Gaira del SENA en el Departamento del Magdalena por ciento treinta (10) horas y se compromete a entregar en las fechas que el SENA estipule los reportes estadísticos y registros inherentes al proceso de fortalecimiento estipulados por el SENA de conformidad con los horarios de formación del centro.

Tal elemento procesal da cuenta que la señora Angélica Becerra Angarita no cumplía el objeto del contrato de forma autónoma e independiente, así como la temporalidad propia de un verdadero contrato de prestación de servicios concluye esta agencia judicial que la administración utilizó equívocamente la figura contractual para encubrir la naturaleza real de la labor desempeñada, por lo que se configura en este caso el contrato realidad en aplicación de los principios consagrados en el artículo 13 y 53 de la Carta Política, en tanto la demandante prestó el servicio público de educación en el ente enjuiciado de manera subordinada en las mismas condiciones que los demás empleados públicos de sus mismas calidades al interior de la entidad.

Sobre el particular, es menester indicar que comoquiera que los instructores del Sena prestan funciones de docencia, es lógico colegir que los mismos no pueden desarrollar sus labores con desapego a los reglamentos y programas establecidos por la entidad, por lo que en tratándose de casos en que se presta un servicio de educación, el elemento de la subordinación se encuentra ínsita en su labor, es decir, son consustanciales al ejercicio de la docencia.

Así pues, como puede observarse, en el asunto de marras, **se encuentran demostrados los elementos constitutivos de la relación laboral existente entre la señora ANGELICA BECERRA ANGARITA y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA–** y por tanto el despacho reconoce la operancia del principio de la realidad sobre las formalidades para concluir que la demandante como consecuencia de ello, tiene derecho a ser reparado por el trato desigual que se le dio frente a los docentes y/o instructores de planta en similar situación, sin que ello signifique el reconocimiento de tal status como se hará constar más adelante.

- **Del reconocimiento de derechos pensionales y prestaciones sociales.**

Así las cosas y dejado claro lo anterior, se debe señalar que pese a que se estructure un verdadero contrato laboral, ello no convierte al contratado en un empleado público, pues lo cierto es que, el actor tiene derecho a que se le cancele a título de reparación del daño irrogado por el rompimiento del equilibrio que debe existir entre los empleados, lo cual atenta flagrantemente con el derecho a la igualdad de la accionante habida cuenta de que esta laboró en condiciones similares a los demás instructores que laboraban a servicio del SENA, indemnización ésta que, como bien lo ha sostenido la máxima corporación de lo

contencioso administrativo debe ser equivalente a las prestaciones sociales ordinarias a que tienen derechos los demás empleados de la entidad, empero, liquidadas de acuerdo con los honorarios que se hayan pactado dentro del contrato u orden de prestación de servicio.

En este orden, estima menester el despacho señalar que es necesario que el contrato realidad producto de la primacía de la realidad sobre las formalidades surta los efectos jurídicos que se derivan del mismo y de la relación laboral que se reconoce y en ese sentido debe entenderse que el término laborado se deberá reconocer y contabilizar para efectos del reconocimiento pensional, así como también se hace necesario que se reconozcan las pretensiones sociales compartidas, verbi gratia: pensión y salud, empero únicamente se cancelará de forma directa al actor la suma correspondiente al monto con el cual debió concurrir el ente accionado en la respectiva entidad promotora de salud para el caso de la prestación de este tipo de servicio, mientras que en tratándose de la pensión el monto de la cotización con el cual debe concurrir el empleador deberá ser consignado en el respectivo Fondo de Pensiones a preferencia de la accionante descontando obviamente el porcentaje que debe ser sufragado por el trabajador.

Así las cosas, se debe efectuar el reconocimiento y ordenar al Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA- a pagar en forma directa a la señora Angelica Becerra Angarita la cuota equivalente a las dos terceras partes del monto de cotización correspondiente al porcentaje que legalmente debe sufragar el empleador por concepto de salud, sobre la totalidad de los aportes que no hizo en la oportunidad pertinente a la Respectiva Empresa Prestadora de Salud.

Sin embargo, en lo que se refiere al tópico de la pensión, para que el porcentaje de la cotización con que debe concurrir el ente demandado sea cancelado en forma directa a el actor la situación se torna diferente, toda vez, que debe estar demostrado en el proceso que el accionante efectivamente realizaba de manera continua los aportes al fondo de pensiones por el escogido durante el tiempo laborado en la modalidad de contratista o trabajadora independiente, requerimiento que en el sub iuris no se cumple, habida cuenta que no milita en el plenario prueba alguna que acredite que el actor realizó los referidos aportes en atención a la obligación que le asistía por su vinculación a la entidad encausada, así las cosas mal haría esta agencia judicial en ordenar el pago directamente al demandante, en razón de que ello conduciría a una situación riesgosa respecto del Fondo de Pensiones que posteriormente debe hacer el reconocimiento pensional, habida consideración de que se le estaría condenando a contabilizar el tiempo sin que durante el mismo se haya efectuado el pago mensual de la cotización.

De tal suerte, que se debe condenar a la entidad demandada a efectuar el pago de los aportes al Fondo de Pensiones elegido por el actor, en un porcentaje del 75% (artículo 20

Ley 100/93), por no haberlos trasladado al respectivo fondo en la oportunidad correspondiente.

La misma situación se observa en lo que concierne a los riesgos profesionales habida consideración que la accionante no allegó medio probatorio que permitiera establecer que hubiese corrido por cuenta suya el pago del valor que corresponde cancelar para tener derecho a la cobertura de los siniestros que se derivaren de accidentes de trabajo, razón por la cual se torna inexistente el daño antijurídico en cuanto a este punto.

- **De la devolución de los dineros retenidos por concepto de retención en la fuente**

En cuanto a la solicitud de devolución de los descuentos por concepto de retención en la fuente efectuada sobre los honorarios de la actora, este Despacho estima pertinente señalar que dicha devolución no es procedente toda vez que la entidad accionada, esto es, el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA- estaba autorizada por la ley para hacer dichos descuentos por retención con base en la forma de vinculación de la actora.

- **Improcedencia del reconocimiento de indemnización moratoria.**

Ahora, respecto de la pretensión del reconocimiento de la sanción moratoria, se advierte que la misma no tiene vocación de prosperidad, por cuanto la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías procede en los eventos en que ha sido reconocida, sin que sea viable reclamarlas cuando precisamente se encuentra en litigio la declaración del derecho de percibirlas.

Sobre el particular, el Honorable Consejo de Estado mediante sentencia del 03 de septiembre de 2009 Radicación número: 85001-23-31-000-2003-00458-01(1282-07) y Consejero ponente, discurrió en lo pertinente: *“Es procedente el reconocimiento y pago de las cesantías e intereses, pues no se acreditó que se hayan liquidado y pagado, **más no la sanción moratoria**, como quiera que tal obligación es declarada a través de esta sentencia, de modo que hasta entonces era un derecho controvertido, por lo que no era exigible su pago”* Negritas fuera del texto.

En consecuencia, el despacho no accederá al reconocimiento de dicha pretensión, pues como lo ha establecido el Consejo de Estado, no es procedente en esta instancia judicial tal declaración.

3.8 Excepción de prescripción propuesta por la parte demandada

Vale resaltar en primer término que la excepción de prescripción propuesta por el apoderado judicial del extremo pasivo de la Litis va encaminada a la extinción de los derechos que recaigan al actor y no en la prescripción de la acción propiamente dicha, puesto que tal medio exceptivo no se encuentra contemplado en esta jurisdicción.

Ahora bien, los medios probatorios que obran en el expediente, se colige que el último contrato de prestación de servicios suscrito por el demandante con el ente accionado fue el Contrato de Prestación de servicios No. 0333 del 30 de enero de 2012, con un término de ejecución de quinientas (500) horas sin exceder el 30 de junio del mismo año, tal y como se desprende de la cláusula primera del precitado contrato, **por lo que debe entenderse que el vínculo laboral de la actora con la demandada terminó el día 30 de junio de 2012.**

No escapa a este Despacho que en el escrito de demanda se advierta que el vínculo laboral de la actora con la demandada finalizó el diciembre del año 2012, sin embargo no hay prueba siquiera sumaria que demuestre tal afirmación, por el contrario, reposa a folio 21 del expediente certificación suscrita por la Coordinadora Administrativa del Grupo de Apoyo Mixto de la Regional Magdalena en la que hace constar que los últimos pagos realizados a la actora fueron el 28 de diciembre de 2012, no obstante no puede este Despacho inferir que para tales fechas la actora continuara vinculada a la demandada.

Aunado a lo anterior, se tiene el testimonio recaudado al señor Hugo Brito Méndez en la audiencia de prueba celebrada dentro del proceso de la referencia del cual se puede extraer los siguientes apartes:

TESTIGO: HUGO BRITO MENDEZ Min: 05:08

- El testigo indicó ser contador público, y trabajar como contratista responsable del área contable en la seccional Magdalena del Servicio de Aprendizaje Nacional.
- Manifiesta que el SENA recibió la cuenta de cobro correspondiente al último contrato suscrito por la señora Angélica Becerra el día 28 de diciembre de 2012, y se procedió con su pago de acuerdo a la normatividad nacional dentro de las vigencias.

De la certificación aludida de tiempo de servicios, y de este testimonio para el despacho es claro, que el último contrato de prestación de servicios ejecutado por la accionante tuvo fecha de finalización el día 30 de junio de 2012, cuyo pago si bien tuvo lugar hasta el 28 de diciembre de la misma anualidad, no significa que estuviera vigente para esta última calenda el vínculo laboral, solo se encontraba pendiente el pago de honorarios.

Por lo anterior y dado que la reclamación administrativa elevada por el extremo actor de la litis al Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA–, donde solicitaba el reconocimiento de su relación laboral fue radicada el 24 de septiembre de 2015, esto es, vencido el termino de 3 años estipulados por la jurisprudencia del Consejo de Estado para que opere la prescripción, puesto que la actora tenía hasta el 30 de junio de 2015 para deprecar dicho reconocimiento y solo fue efectuado hasta el 24 de septiembre de aquel año, por tanto se

concluye que la reclamación y la demanda fueron presentadas después pasados los tres (3) años con los que contaba para reclamar la existencia de la relación laboral sin que prescribieran el pago de las prestaciones sociales que de ella se derivan.

A la anterior conclusión arriba el despacho, conforme el criterio fijado por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado en reciente pronunciamiento de unificación jurisprudencial, donde se indicó que

"Empero, en providencia de 11 de marzo de 2016, la subsección B de esta sección se volvió a pronunciar sobre el asunto y explicó que "Una vez demostrada la relación laboral reclamada y de la cual, se persigue el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, surgiría la oportunidad para que se examine la procedencia del fenómeno extintivo de la prescripción, valga decir, la verificación de si la reclamación se efectuó dentro de los tres (3) años contados a partir de la finalización de la relación contractual, so pena de que prescriban los derechos prestacionales que se puedan derivar de la relación laboral"

En lo concerniente al término prescriptivo, advierte la Sala que no cabe duda acerca de su fundamento normativo, es decir, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, que regulan el régimen prestacional de los empleados públicos, según los cuales aquel lapso es de tres (3) años, que se interrumpe por una sola vez con el reclamo escrito del trabajador, en razón a que lo que se reclama en este tipo de asuntos (contrato realidad) es el reconocimiento de las prestaciones a que se tendría derecho si la Administración no hubiese utilizado la figura del contrato de prestación de servicios para esconder en la práctica una verdadera relación laboral.

Respecto de la oportunidad a partir de la cual debe contabilizarse el aludido interregno, es del caso interpretar los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, en armonía con el mandato contenido en el artículo 12 (numeral 2) del convenio 95 de la OIT, de acuerdo con el cual los ajustes finales de los salarios debidos tienen lugar desde la terminación del nexo contractual con el empleador, por cuanto es desde ese momento en que se podrá demostrar que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral con el Estado (prestación personal del servicio, remuneración y subordinación) y, en consecuencia, reclamar el pago de las prestaciones a las que tendría derecho de comprobarse ese vínculo, todo lo anterior en virtud de los principios de favorabilidad²³, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y progresividad y prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, así como los derechos constitucionales al trabajo en condiciones dignas e irrenunciabilidad a la seguridad social.

Por lo tanto, si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en

aplicación del principio de la "...primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales" (artículo 53 constitucional), se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador.

Pero en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios.

Pese a lo expuesto, la Sala aclara que la prescripción extintiva no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales".

De lo anterior, se evidencia con claridad que el actor contaba con tres (3) años a partir de la cesación del vínculo laboral con la demandada para reclamar la existencia de la relación laboral so pena de que prescriba el derecho a su existencia y el pago de las prestaciones sociales que conllevara su declaratoria, no obstante, el extremo actor presentó dicha reclamación por fuera del termino señalado por la jurisprudencia del máximo ente de lo contencioso administrativo, razón por la cual este Despacho procederá a decretar la precepción de las prestaciones sociales causadas durante la existencia del vínculo laboral sostenido entre la actora y la parte demandada.

Todo lo expuesto conlleva a que se declare la nulidad del Oficio No. 2-2015-006687 de fecha 8 de octubre de 2015, suscrito por el Director Regional Magdalena y en consecuencia, se le condene, a título de indemnización, al pago las cotizaciones por concepto de pensión y a que se le tenga en cuenta el tiempo laborado para acceder al derecho pensional.

Las sumas adeudadas deberán serán ajustadas en los términos del artículo 192 y 195 del C.P.A.C.A., utilizando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Según la cual el valor presente se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la correspondiente a lo dejado de percibir, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago). Teniendo en cuenta los aumentos salariales producidos o decretados durante dicho periodo. Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el último inciso del artículo 192 y 195 del C.P.A.C.A.

3.9 Condena en Costas

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del C.P.A.C.A. procede el Despacho a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de liquidación y ejecución previstos en el Código de Procedimiento Civil.

En ese orden de ideas se tiene que el numeral 1º del artículo 392 del C.P.C. dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, como ocurre en el presente caso, respecto al SENA.

Sea lo primero indicar que las costas están conformadas por dos rubros distintos: las expensas; que corresponden a los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo, y las agencias en derecho, esto es, la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora.

Por lo tanto, se condenará en costas a la parte demandada SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA, al pago de las expensas, de acuerdo a la liquidación que hará el Secretario, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 393 del C.P.A.C.A., en favor de la señora Angelica Becerra Angarita.

Así mismo, teniendo en cuenta el tope máximo previsto en el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se condena a título de agencias en derecho la suma correspondiente al 7% del valor de las pretensiones reconocidas, en favor de la señora Angelica Becerra Angarita.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Santa Marta

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del Oficio 2-2015-005285 del 8 de octubre de 2015 suscrito por el Director Regional Magdalena, mediante el cual negó el reconocimiento de un vínculo laboral entre las parte y el pago de las acreencias laborales adeudadas a la señora ANGELICA BECERRA ANGARITA.

SEGUNDO: CONDENAR al Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA-, a cancelar al Fondo de Pensiones que elija a la señora ANGELICA BECERRA ANGARITA identificada con la cedula de ciudadanía No 26.670.435 de Santa Marta, a título de reparación de daño, los aportes a pensión correspondientes con sus respectivos intereses, concerniente a los periodos en los que estuvo vinculado laboralmente a ella, liquidándolos con base en los salarios pactados en los citados contratos.

TERCERO: DECLARAR la prescripción de las prestaciones laborales causadas a favor de la señora Angélica Becerra Angarita durante el tiempo que estuvo vinculada al Servicio Nacional de Aprendizaje del –SENA-.

CUARTO: DECLARAR que el tiempo laborado por la señora Angélica Becerra Angarita se computará para efectos pensionales.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

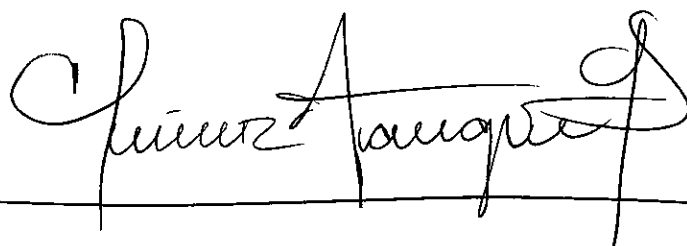
SEXTO: La entidad condenada dará aplicación para el cumplimiento de esta sentencia, a lo dispuesto en el artículo 195 de la Ley 1437 de 2011.

SEPTIMO: Condenar en costas a la parte demandada, Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA. Dese el trámite establecido en el artículo 366 del Código General del Proceso.

OCTAVO: Notifíquese la presente providencia conforme lo ordena el artículo 203 del C.P.A.C.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La juez,



LINA PAOLA ARANGUREN ESPITIA

