1

Popayán, febrero de 2020

Doctor(a)
Juez Administrativo del Circuito de Popayán

Demandante: NELSON MIGUEL GUEVARA PINO
Demandado: SENA
Radicación: 20190005700

ANDRES FERNANDO QUINTANA VIVEROS, como apoderado especial del Señor NELSON MIGUEL GUEVARA PINO, muy respetuosamente me dirijo a este honorable Despacho para interponer demanda ordinaria contra la entidad enunciada en la referencia en ejercicio de la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho; conforme los siguientes términos:

I. DESIGNACIÓN DE LAS PARTES Y SUS REPRESENTANTES

PARTE DEMANDANTE: Está constituida por el Señor NELSON MIGUEL GUEVARA PINO, identificado con C.C. No. 10.539.039

APODERADO DE LA PARTE DEMANDANTE: El suscrito, ANDRES FERNANDO QUINTANA VIVEROS, identificado con la C.C. No. 1 130 595 996, abogado titulado, inscrito y en ejercicio con T.P. No. 256 514 del C.S de la J.

PARTE DEMANDADA: SERVICIO NACIONAL DE PARENDIZAJE – SENA, representada por quien haga sus veces en cada momento procesal.

II. HECHOS

1. El Demandante laboró por más de 20 años al servicio del Sena. Su vinculación se realizó a través de contratos de prestación de servicios, aun cuando su actividad era subordinada, recibía una remuneración y debía cumplir horarios.

2. Desde el año 1995, hasta el de diciembre del año 2013 su vinculación se dio por contratos de prestación de servicios dentro de los cuales su labor a ejecutar era la de impartir formación profesional a un grupo de alumnos con unos horarios predeterminados por el SENA.

3. En el periodo de tiempo entre el 5 de junio de 2013 a 2 de junio de 2014 el actor fue vinculado en provisionalidad como Instructor Grado 12, para realizar las mismas actividades que venía haciendo cuando estaba vinculado por contrato de prestación de servicios.

4. Debido a que su vinculación como provisionalidad terminó, el SENA contrata nuevamente al actor mediante ordenes de prestación de servicios desde el año 2014 a diciembre de 2017.

5. Ahora bien, el SENA nuevamente nombra en provisionalidad al actor mediante resolución 005 del 3 de enero de 2018, el cual se dio por terminado mediante oficio No. 19-2-2019-001378 del 21 de febrero de 2019

6. Las anteriores actividades eran similares a las que realizaban los instructores que están vinculados en la planta del SENA. En los tiempos en los que existía la demora en la vinculación era porque estaban en planeación de la apertura de los cursos.

7. Las funciones que realizó el actor dentro del Sena se asemejan a las realizadas por un docente, puesto que este tiene a su cargo un grupo de estudiantes previamente matriculados, en donde se imparte conocimiento en aulas de clases y talleres. En las instalaciones que disponga la entidad demandada

8. Durante su vinculación se comportaba y recibía trato de empleado y no de contratista, situación que se deriva de los siguientes hechos:

   - Se le asignaban horarios y sitios para cumplir sus labores.

   - Cumplía horario de trabajo. Este punto mediante la asignación de horarios con estudiantes.

   - Sus labores eran supervisadas.

   - Era objeto de llamados de reconocimientos memorandos como cualquier empleado público.

   - Cumplía la misma labor y recibía el mismo trato que otras personas vinculadas como empleados de carrera administrativa, los cuales devengaban como salario una suma similar a la que recibía el actor como honorarios y por esta razón considera tener derecho a prestaciones sociales.

9. De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional.

10. Conforme al principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades y el artículo 53 de la Constitución Política, el ente demandado debe pagar todas las prestaciones laborales, indemnizaciones y demás emolumentos causados por los servicios prestados. A saber, el actor debía realizar los pagos a la seguridad social, no recibía prestaciones sociales en comparación de los empleados públicos que estaban vinculados por actos administrativos, cumplía horario y órdenes.

11. La existencia de una relación laboral tiene también como consecuencia que el tiempo laborado en dicho periodo sea útil para efectos de obtener en un futuro la pensión de jubilación y pago de cesantías a razón de su imprescriptibilidad.

    Así mismo, en Sentencia de Unificación del veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016) Radicación número 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)CE-SUJ2-005-16 el Consejo de Estado determinó que la reclamación de los aportes a la seguridad social derivados del contrato Realidad a por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, "están exceptuadas no solo de la prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA)1, y estableció que este tipo de prestaciones no le es exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables (condición que prevé el numeral 1 del artículo 161 del CPACA para requerir tal trámite), en armonía con el principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial."[2]

12. Según la Jurisprudencia del Consejo de Estado, *Toda Relación de Trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*, y quien tiene la obligación de desvirtuar esta presunción es la entidad demandada.

1. El Actor me ha otorgado poder para presentar esta demanda.

III. PRETENSIONES

Para efectos del proceso judicial mediante el trámite correspondiente y por medio de sentencia pretendo que se profieran las siguientes o similares declaraciones y condenas:

1) Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. 19-2-2019-008206 del 18 de octubre de 2019, expedido por el SENA, en cuanto negó a el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir durante el periodo en el que laboró como contratista al servicio de esta entidad.

2) Que se declare que entre el actor y la entidad accionada existió un contrato realidad en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecido en el art. 53 de la Constitución Política.

A título de restablecimiento del derecho, se solicitará:

---

[1] "Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:
1. En cualquier tiempo, cuando:
(...)
c) Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe;
(...)".

[2] Ibid.

a. Se ordene al SENA a reconocer y pagar, a modo de indemnización, los emolumentos salariales y prestacionales dejados de percibir durante el periodo en que el peticionario laboró como contratista al servicio del SENA en igualdad de condiciones a los demás funcionarios que ejercían la misma labor.

b. Se ordene a la entidad demandada a pagar al demandante, a modo de indemnización, los porcentajes de cotización correspondientes a Pensión y Salud que debió trasladar a los Fondos correspondientes además de las cotizaciones a la Caja de Compensación durante el periodo que prestó sus servicios.

c. Que los valores reconocidos en las pretensiones anteriores sean indexados de acuerdo al IPC certificado por el DANE, incluyendo el reconocimiento de los intereses causados a partir de la ejecutoria del acto de reconocimiento de la relación laboral.

d. La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos que disponen los artículos 192 y 195 del CPACA.

e. Pagar la Sanción por Mora por la consignación tardía de las cesantías.

f. Condenar en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

IV. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

- FALTA DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES: Artículos 2, 13, 25 y 53.

EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

La sentencia C-154 de 1997, la Corte Constitucional estableció las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el contrato de carácter laboral, de la siguiente manera:

"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. Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

3

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.

Esto quiere decir, que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia del contratista respecto del empleador, evento en el cual surge el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del primero, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formalidades en las relaciones de trabajo, previsto en el artículo 53 de la Constitución Política.

Esta tesis fue acogida por el Consejo de Estado al resolver asuntos en los que se demanda el reconocimiento de prestaciones sociales y se mantuvo hasta el año 2003, cuando con ocasión de la sentencia del 18 de noviembre de 2003, CP. Nicolás Pájaro Peñaranda, al resolver un asunto en el que se demanda la declaración de una relación laboral con las respectivas consecuencias prestacionales por parte de una persona que prestó sus servicios en labores de aseo vinculada por vía contractual, se consideró que frente a la evaluación de subordinación como elemento de la relación laboral, para cuya demostración entonces no bastaría con constatar la impartición de órdenes y el sometimiento del contratista a un horario, pues ello obedecería, la mayor de las veces, a la necesaria coordinación a cargo de la entidad

"(...)

Son las necesidades de la administración las que imponen la celebración de contratos de prestación de servicios con personas naturales cuando se presente una de dos razones: a.) que la actividad no pueda llevarse a cabo con personal de planta; b) que requiera de conocimientos especializados la labor (art. 32 L-80/93).

"...si 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 ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben 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 servicio 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 contractual".

Sin embargo, con posterioridad a esta decisión, el Consejo de Estado retomó la posición inicial, de lo que da cuenta, entre otras, la sentencia del 17 de abril de 2008, en la que sobre el elemento subordinación se indicó:

"Lo anterior significa que 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 a favor del contratista (...)

Tal tesis, se contrapone a jurisprudencia anterior en la que se sostuvo que entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación en sus actividades, de manera que exista un sometimiento a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, sin que signifique necesariamente la configuración de un elemento de subordinación. Así lo estipuló la sentencia de Sala Plena del Consejo de Estado de 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ-0039 M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda, en la que concluyó: (...)

Este razonamiento fue replanteado por la Sección Segunda, que en fallos como el inicialmente citado de 23 de julio de 2005, volvió a la tesis primigenia que había sido trazada por la Sección en sentencia de 18 de marzo de 1999, con ponencia del Magistrado Flavio Rodríguez Arce (Ex. 11722 - 1198/98). La Sala ha hecho prevalecer, entonces, la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas, cuyos supuestos fácticos deben ser materia de prueba."

Se destaca entonces en la jurisprudencia el principio de la realidad sobre las formalidades, de manera que, probados los elementos de una relación laboral (subordinación, prestación personal del servicio y remuneración), al interior de otra de carácter contractual, bajo la forma de contratos estatales, surge el imperativo de dar preeminencia al principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas en la relaciones de trabajo, debiendo declararse allí la existencia de una relación típica laboral, con las respectivas consecuencias prestacionales.

No obstante, debe anotarse que en decisiones posteriores el Consejo de Estado ha resuelto determinados asuntos dejando a salvo la tesis de la Sala Plena referente a que la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores o tener que reportar informes sobre sus resultados, lo que "no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación".

Lo anterior pone en evidencia que en relación con este elemento y su demostración, no existen criterios de valoración absolutos, siendo necesario entonces examinar en cada caso, si además del cumplimiento de horario, el recibo de instrucciones y la rendición

de informes, tienen lugar otras circunstancias que permitan establecer el aspecto subordinado de la relación, por ejemplo verificando si dentro de la planta de cargos de la entidad existe alguno con funciones cuya naturaleza se corresponda con la propia de las labores a cargo del contratista, o si éstas responden a una necesidad permanente de la entidad pública contratante.

Finalmente, es necesario aclarar que el hecho de demostrarse la existencia de una relación laboral oculta bajo la fórmula contractual, no implica que deba conferírsele al servidor la calidad de empleado público, ajustado al marco legal o reglamentario, pues esta categoría se alcanza cuando se cumplen las reglas constitucionales que disciplinan el ingreso a la función pública, a saber, el nombramiento y la posesión, precedidas, a su turno, por otros presupuestos como la existencia de un régimen legal y reglamentario, una planta de personal, disponibilidad presupuestal, etc.

El ordenamiento jurídico colombiano regula tres clases de vinculación al servicio público, con sus características o elementos que las tipifican y su régimen jurídico propio. Estas son: i) la vinculación legal y reglamentaria; ii) la laboral contractual; y iii) la contractual o de prestación de servicios.

- **LA LEY 80 DE 1993 POR APLICACIÓN INDEBIDA**

La vinculación por contratos de prestación de servicios se rige por el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Dicha forma contractual, de acuerdo con la norma que la regula, tiene como propósito el de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de las entidades estatales, o para desarrollar labores especializadas que no pueden ser asumidas por el personal de planta de estas.

Por su parte, como características principales del contrato de prestación de servicios esta la prohibición del elemento de subordinación continuada del contratista, en tanto que este debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual, y estos no pueden versar sobre el ejercicio de funciones permanentes.

De acuerdo con lo anterior, debe advertirse que la vinculación por contrato de prestación de servicios es de carácter excepcional, a través de la cual no pueden desempeñarse funciones públicas de carácter permanente o de aquellas que se encuentren previstas en la ley o el reglamento para un empleo público.

Ello con el fin de evitar el abuso de dicha figura y como medida de protección de la relación laboral, en tanto que, a través de la misma, se pueden ocultar verdaderas relaciones laborales y la desnaturalización del contrato estatal.

Ahora bien, el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se demuestra la concurrencia de los tres elementos constitutivos de la relación laboral, es decir, cuando: i) la prestación de servicio es personal; ii) subordinada; y iii) remunerada.

En dicho caso, el derecho al pago de las prestaciones sociales surge a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades contenido en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, lo que se ha denominado como contrato realidad.

En ese orden de ideas, la figura del contrato realidad, sostiene la jurisprudencia, se aplica cuando se constata la continua prestación de servicios personales remunerados, **propios de la actividad misional de la entidad contratante**, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación continuada propia de las relaciones laborales.

V. PRUEBAS

1. Copia de los contratos de prestación de servicios suscritos con la entidad.
2. Copia de Certificación de Contratos Expedido por el SENA
3. Copia de los nombramientos en provisionalidad
4. Copia del Acto administrativo demandado
5. Copia de las reclamaciones administrativas presentadas a la accionada
6. Aporte a la seguridad Social.
7. Constancia de Conciliación.

- **Documentales por solicitar:**

- AL SENA:

- Copia de los actos administrativos de vinculación de los Instructores o docentes que se encuentran en la Planta del SENA.
- Copia de la Hoja de Vida del Actor.
- Manual de funciones de los docentes o instructores del Sena.
- Copia de los Horarios de Clases Que se le asignaban al actor en los periodos que fungía como instructor.
- Copia digital de los Correos electrónicos que se le enviaban al actor de parte del SENA.

TESTIMONIALES

Solicito comedidamente, se llame a Declarar al Señor, quien funje como el presidente de SINDESENA - CAUCA se tengo como prueba testimonial las del Señor:

LUIS ERNESTO LÓPEZ quien se identifica con cédula de ciudadanía No. 10.536.086. para que suministre información sobre los hechos de la demanda y sobre todo con la forma de vinculación de los instructores y las actividades que realizan dentro del SENA. Podrá ser notificado a través del apoderado de la parte actora.

5

VI. ANEXOS

1. Los documentos aducidos como pruebas.
2. Constancia expedida por la procuraduría

VIII. CUANTIA

La cuantía procesal se estima conforme a la pretensión mayor, que corresponde al tiempo en el que el SENA debió consignar los aportes a la seguridad social del actor y no lo hicieron. Teniendo en cuenta que el último salario devengado por el demandante bajo la modalidad de prestación servicio es de $ 1.852.000 y la base para la cotización de pensión es sobre el 16% es decir 296.320 multiplicado por los aportes anules es decir 36 meses (tiempo de los contratos de prestación de servicios) arroja como resultado $ 10.667.520, que es inferior a los 50 salarios mínimos por lo que es competente el juez del Circuito para conocer el proceso de la referencia.

IX. NOTIFICACIONES

El SENA, Calle 57 No. 8 - 69 Bogotá D.C; Notificaciones Judiciales servicioalciudadano@sena.edu.co

El suscrito puede ser notificado en la Calle 4 No. 5-14 de la Ciudad de Popayán; Teléfono: 3228215208. Correo electrónico: abogados@accionlegal.com.co

El Ministerio Público, en la dirección acostumbrada por el despacho.

Atentamente,

Andres Fdo Quintana V

ANDRES FERNANDO QUINTANA VIVEROS,
C.C. No. 1 130 595 996
T.P. No. 252 514 del C. S. de la J.