



**JUZGADO DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**

Sección Segunda

Carrera 57 N° 43-91, Edificio Aydée Anzola Linares, piso 4º

Correo: admin16bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho	
Asunto:	Sentencia de primera instancia
Radicación:	Nº 11001-33-35-016-2018-00204-00
Demandante:	GERMÁN PARRA BUSTAMANTE
Demandado:	SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

Tema: Contrato realidad – Instructor.

1. ASUNTO POR DECIDIR

Cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral sin que se adviertan causales de nulidad, el Juzgado, en primera instancia, dicta la sentencia anticipada que en derecho corresponda, de acuerdo con los artículos 179, modificado por el artículo 39 de la Ley 2080 de 2021, artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021 y conforme la siguiente motivación,

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones: El señor **GERMÁN PARRA BUSTAMANTE** por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho dirigido contra el **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA**, presentó demanda dentro de la cual solicita (i) que se declare la nulidad del oficio No. 2-2017-055899 del 22 de noviembre de 2017, mediante el cual el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, negó la existencia de una relación laboral y en consecuencia el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales. (ii) Que se declare que entre el **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-** y el Señor **GERMAN PARRA BUSTAMANTE**, existió una autentica relación laboral comprendida entre el 20 de enero de 2014 y el 7 de diciembre de 2015.

Como restablecimiento del derecho solicitó:

1. Se declare que el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales como cesantías, intereses sobre cesantías, primas de navidad, primas de servicios, vacaciones y demás acreencias laborales, causadas desde 20 de enero de 2014 al 7 de diciembre de 2015.
2. Se declare que el SENA debe hacer las cotizaciones respectivas al Sistema General de Seguridad Social Integral por el periodo comprendido entre 20 de enero de 2014 al 7 de diciembre de 2015.
3. Que se condene al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA a que sobre las sumas que resulten de este proceso, se reconozca y pague las cantidades necesarias para hacer los ajustes de valor conforme al IPC certificado por el DANE según lo ordena el artículo 187 y siguientes del CPACA, así como el pago de las agencias del derecho y el cumplimiento al respectivo fallo, dentro del término establecido en el artículo 192 y siguientes, del C.P.A.C.A.

2.2. Hechos¹: Tal como lo señaló en la demanda los hechos son los siguientes:

2.2.1 Manifiesta el demandante nació el 19 de agosto de 1973, y actualmente cuenta con 45 años de edad, de profesión Comunicador Social y Periodista de la Universidad Jorge Tadeo Lozano y que estuvo vinculado como instructor del SENA desde el 4 de diciembre de 2013 hasta el 7 de diciembre de 2015.

2.2.2. Indicó que, que pese a que las labores desempeñadas por el demandante son propias para ser ejercidas por personal de planta del SENA, las desarrolló bajo la modalidad de prestación de servicios, reflejando una verdadera relación laboral.

2.2.3. Expresó que tal y como se evidencia de los contratos de trabajo, no existió solución de continuidad en los servicios prestados desde el 20 de enero de 2014 al 7 de diciembre de 2015, siendo una característica constante excelente desempeño laboral, honestidad, responsabilidad, lealtad institucional y respeto con sus compañeros y superiores.

2.2.4. Sostuvo que los servicios prestados por el actor a la entidad demandada, siempre fueron desarrollados bajo la dirección, supervisión, dependencia y subordinación de sus jefes inmediatos, que la actividad siempre fue desarrollada de manera presencial en las instalaciones del SENA, con los útiles e instrumentos que la entidad le suministraba, de la misma manera indicó que el SENA fijaba de manera unilateral los horarios de trabajo y además, tenía en cuenta las ausencias reportadas en el puesto de trabajo.

¹ Ver folios 3 a 5 del expediente electrónico.

2.2.5. Afirmó que el actor percibía por parte del SENA, una contraprestación económica por la labor y que el tratamiento que recibía en su calidad de contratista instructor del SENA era el mismo que el de Instructores de planta, se les daban las mismas directrices, órdenes y los mismos horarios. Y adicionalmente que los superiores le imponían funciones diferentes y por fuera de lo pactado en los contratos.

2.2.6. Expresó que las funciones desempeñadas por el demandante no eran ocasionales, temporales o con ocasión de un remplazo de la planta de personal, por el contrario eran permanentes, propias y necesarias para la labor que realiza la entidad, funciones que son análogas a las de los instructores de planta, al punto de ser requerido para reponer el tiempo de incapacidad o permisos, así mismo debía solicitar permiso para ausentarse de su labor y recibida llamados de atención por escrito por parte de sus superiores.

2.2.7. Aseveró que pese a realizar funciones idénticas a las de sus pares de planta del SENA, y cumplir idénticos horarios, nunca le fue reconocido valor alguno, en todos los años y periodos que duró su relación laboral, por concepto de vacaciones, prima de servicios, cesantías, intereses sobre cesantías, seguridad social, y en general, todas las acreencias propias del contrato de trabajo.

2.2.8. Arguyó que con fecha 15 de noviembre de 2017, en ejercicio del derecho fundamental de petición, bajo el radicado No. 2-2017-024231, solicitó al SENA el reconocimiento de la existencia del contrato de trabajo y como consecuencia de ello, el pago de las prestaciones sociales, solicitud que fue resuelta de manera negativa por parte de la entidad demandada con el argumento que los contratos celebrados, al ser regidos por la Ley 80 de 1993, no generaban ningún tipo de relación laboral.

2.3. Normas violadas y concepto de violación: Como normas violadas se citan en la demanda los siguientes artículos de la Constitución política artículos: 2, 6, 13, 25, 53, 122, 123. Ley 6 de 1945 Arts. 1, 5, 12, 17. Decreto 3135 de 1968: Artículo 5, 8, 11, 14 Decreto 1045 de 1978: 1, 3, 4, 5, 8, 12, 32. 40. Ley 50 de 1990 y demás normas concordantes.

En el concepto de violación señaló que el derecho al trabajo ha resultado ser esencial para el desarrollo de la sociedad y más aún cuando se trata de la profesión de la enseñanza. En efecto, el Preámbulo Constitucional establece como uno de los fines de la Nación el fortalecimiento y la garantía del trabajo, de ahí, que la doctrina ha considerado como imposible la concepción de la especie humana sin asociarla a una actividad productiva y por supuesto como forma de desarrollo social.

indicó además que en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, se discutió y se plasmó en el artículo 25 de la Constitución, y dentro de la denominada Carta de Derechos; el derecho al trabajo como un derecho autónomo de carácter fundamental, esto, sin desconocer la conexidad que se desprende de derechos también fundamentales

nominados como la dignidad humana (Art. 1 C.P), la vida (Art. 11 C.P), el libre desarrollo de la personalidad (Art. 16 C.P), o de derecho ominados como la el mínimo vital y móvil.

Expuso que, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, el trabajo es una obligación social (Art 7 del C.S.T) que goza de la protección especial del Estado (Art 9 del C.S.T), por ello, existen mecanismos que permiten la regulación de los vínculos laborales y las diferentes modalidades de contratación laboral.

En cuanto al contrato de trabajo el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo -C.S.T- establece que este es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración es decir, que de la norma precitada se puede descubrir los elementos esenciales del contrato de trabajo, que además son señalados en el artículo 23 del mismo estamento, esto es: (1) la prestación de un servido personal, lo cual quiere decir que la realización de labores debe ser prestada por parte de una persona en beneficio de otra (2) la subordinación jurídica, que reside en la facultad del empleador de dar órdenes o instrucciones al trabajador sobre la forma, el tiempo y cantidad de trabajo asignadas al trabajador y (3) el pago de una remuneración o retribución como contraprestación asignada como salario. Como consecuencia de lo anterior, una vez coexistan los elementos mencionados se está frente a la figura jurídica del contrato realidad, figura que si bien no fue definida ni desarrollada por la Ley los mismos postulados legales del ordenamiento laboral permiten su configuración verbigracia el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo.

2.4. Actuación procesal: La demanda se presentó el 23 de mayo de 2018 y a través de providencia del 20 de junio de 2018 se admitió la demanda de la referencia por encontrar colmados los requisitos para su procedencia; asimismo, el 15 de noviembre de 2018, fue notificada mediante correo electrónico la parte demandada, el Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

La entidad demandada contestó en tiempo la demanda y propuso excepciones mediante memorial visible a folios 96 a 108 del expediente electrónico.

Mediante constancia secretarial del 4 de abril de 2019 se corrió traslado a las excepciones previas propuestas por la entidad demandada por el termino de 3 días, conforme al artículo 175 de la Ley 1437 de 2011.

Cumplido el término, a través de auto de fecha 23 de julio de 2020, el Juzgado fijó fecha para la realización de la audiencia inicial el día 19 de agosto de 2020.

A continuación, el Juzgado llevó a cabo la audiencia inicial el 19 de agosto de 2020, donde se surtieron las etapas procesales de resolución de excepciones previas, se fijó el litigio del caso y se cumplieron las demás etapas que culminaron en el decreto de pruebas testimoniales y documentales, a cuyo efecto, en la misma diligencia se fijó como

fecha para la incorporación y practica de las pruebas el día 8 de octubre de 2020, fecha en que efectivamente se celebró la referida audiencia y se recaudaron las pruebas decretadas y se corrió traslado para presentar alegatos de conclusión a las partes y al Ministerio Público, quedando el proceso para dictar sentencia por escrito.

2.5. LA SINOPSIS DE LA RESPUESTA.

2.5.1. SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA. Por conducto de apoderado judicial, contestó en término la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, aduciendo que no se encuentran respaldadas en la realidad de los hechos, ni se estructuran los presupuestos legales para su prosperidad.

En síntesis, estima que la vinculación del accionante se hizo bajo los requisitos establecidos en la Ley 80 de 1993, en un contrato de prestación de servicios que en efecto no configuran los elementos de una relación laboral; por considerar que la actora celebró contratos de prestación de servicios con la entidad contratante, por periodos cortos bajo el principio de la buena fe, por tal razón no existe una relación laboral como lo pretende hacer ver la parte demandante. En su defensa, la entidad demandada propone la excepción de prescripción de los derechos salariales y prestacionales.

Manifestó que la labor fue consentida y aceptada por el demandante, además explica que esta conocía los pormenores de la forma en que estaba siendo contratado y como realizaría su labor, aunado al hecho que no se puede pregonar subordinación laboral por el solo hecho de tener que cumplir ciertas cargas y desempeñar actividades propias para las cuales fue contratado, pues dicha situación deviene del objeto del contrato administrativo y que resulta lógico que la entidad contratante vigile el cumplimiento del contrato sin que ello resulte subordinar al contratista.

2.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

2.6.1. La parte demandante: Presentó sus alegatos de conclusión en audiencia de pruebas celebrada el 8 de octubre de 2020 en la cual solicitó acceder a las pretensiones de la demanda en la forma solicitada por encontrarse demostrados los elementos constitutivos de un contrato de trabajo.

Sostuvo que cuando se trata de materias instrucción y docencia el Consejo de Estado en su jurisprudencia más o menos a partir del año 2016 ha sentado el precedente de que cuando estas labores se desempeñan la subordinación se presume, al respecto consideró que en el presente caso están debidamente acreditados con las pruebas aportadas en el proceso, acorde con la sentencia de unificación del 25 de agosto del 2016 proferida con el Consejo de Estado.

Advirtió que en el caso de estudio es evidente que el demandante tenía pues labores de instrucción de docencia de manera que eso le implicaba tener necesariamente un superior jerárquico que entre otras cosas como fue señalado en el interrogatorio era quien impartía los horarios, a quien le debía pedir permiso, para ausentarse, para los cambios de horarios. Además, afirmó que el actor no podía delegar sus funciones, así mismo indicó que está demostrada la subordinación que tenía el actor no solamente con la asignación de los horarios sino con los llamados de atención que se realizaron precisamente por ausentarse en su horario de trabajo.

Por los anteriores argumentos solicitó que se acceda a las pretensiones de la demanda teniendo en cuenta las pruebas allegadas en el expediente.

2.6.2. La entidad demandada Presentó sus alegatos de conclusión en audiencia inicial solicitando denegar las pretensiones de la demanda por no configurarse los elementos constitutivos de un contrato de trabajo.

Indicó que la postura de la entidad radica en el hecho que el contrato celebrado con la demandante se enmarca en las normas establecidas en la Ley 80 de 1993 y por tanto estima que no se configuraron los elementos constitutivos de una relación laboral.

Sostuvo que en el caso del señor Germán Parra Bustamante todos sus contratos tenían específico la forma en que se debía realizar, por ese motivo el demandante debía cumplir un horario, por esas razones era que los fines de semana tenía que hacer algunas clases para cumplir la totalidad del contrato de prestación de servicio sin que ninguna de estas funciones estuvieran fuera del contrato, aclarando que aun así en sus franjas horarias dependían de la coordinación que se le realizaban, siendo enfático sobre este punto en su interrogatorio al manifestar que su horario era de 6 a 10 y a veces podía terminar de 6 a 8 pero tenía que hacer el cumplimiento de sus horas para poder darle cumplimiento a ese contrato de prestación de servicios.

En este contexto indicó que se pudo evidenciar que dentro del contrato había una coordinadora que el mismo manifestó que era quién daba las instrucciones a seguir, que se pagaba mensualmente porque dentro del contrato de prestación de servicios estaba plasmado de esta manera de cancelación y también el cumplimiento de unas horas y de unos objetos a realizar dentro del mismo. Insistió en que no es procedente acceder a las pretensiones de la demanda puesto dentro del mismo está probado que estos contratos fueron con solución de continuidad, de prestación de servicios y el objeto contractual se podría establecer la realización o la labor que el señor Germán Parra Bustamante realizaba y que estaba fundamentado en la ley 80.

2.6.3. Concepto del Ministerio Público: La delegada del Ministerio Público ante este Despacho, se abstuvo de presentar concepto en el presente asunto.

3. CONSIDERACIONES

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 155 numeral 2º y 156 numeral 2º de la Ley 1437 de 2011, este Juzgado es competente para resolver el conflicto planteado.

3.1. Problema Jurídico:

En el presente caso se debe determinar si hay lugar a declarar la nulidad del acto administrativo No. 2-2017-00555899 del 22 de noviembre de 2017, proferido por el SENA.

En segundo lugar y de ser procedente la anterior declaración, el despacho debe establecer si el demandante tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague de todas las prestaciones sociales, cesantías, intereses sobre las cesantías, primas de navidad, de servicios, vacaciones y demás acreencias laborales, causadas desde 20 de enero de 2013 al 7 de diciembre de 2015; Además que efectúe las cotizaciones y pago respectivos al Sistema General de Seguridad Social Integral por el periodo ya relacionado.

Finalmente se estudiará si hay lugar a condenar al SENA al pago indexado de la sentencia; a la condena en costas y al cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA.

Para tal fin, se abordará el siguiente orden conceptual: **(i)** La diferencia entre el contrato de prestación de servicios y el contrato laboral, **(ii)** Línea jurisprudencial del H. Consejo de Estado frente al contrato realidad, **(iii)** Del contrato realidad y el personal docente, **(iv)** La prescripción extintiva de los derechos derivados de la vinculación laboral como realidad **(v)** De la Subordinación del contrato realidad y la relación de coordinación en los contratos de prestación de servicios, y **(vi)** Caso concreto.

3.2. Normatividad aplicable al caso.

3.2.1. La diferencia entre el contrato de prestación de servicios y el contrato laboral.

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993, señala que son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades del Estado, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Entre los contratos estatales que establece la norma, se encuentra el de Prestación de Servicio y lo define como aquellos que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, expresando que sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas

actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, precisando que en ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

Por su parte el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 22 define el contrato de trabajo como *“aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.”*

Para que el contrato de trabajo se configure, o se presuma, deben confluir unos elementos que de presentarse simultáneamente dan lugar a la relación laboral, esto es (i) actividad personal del trabajador, (ii) continuada subordinación (iii) y retribución. La Constitución Política de 1991, en el Capítulo II artículo 125, relativo a la función pública, contempla que:

“(…) no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente” (art. 122 CP.), y seguidamente señala que “los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley...”

Por consiguiente, la vinculación a la administración para el ejercicio de la función pública puede ser de diferentes clases de acuerdo con el ordenamiento jurídico y según las especificidades propias de las circunstancias, las cuales desde el punto de vista ordinario son: legal y reglamentaria (empleado público) y laboral contractual (trabajador oficial). Sólo en casos excepcionales se vinculará a contratistas para la prestación de sus servicios (relación contractual estatal).

En ese orden, los dos primeros; es decir, el vínculo legal y reglamentario y laboral contractual, obedecen a una relación de índole laboral, por lo tanto, tienen elementos esenciales que los hacen diferentes al estatal de prestación de servicios, por cuanto en ellos se presenta (i) la subordinación al empleador, (ii) la prestación personal del servicio y (iii) el pago de una remuneración.

Contrario sensu, en el contrato de prestación de servicios, la actividad es independiente, puede ser desarrollada por una persona natural o jurídica, caracterizándose, porque carece del elemento de subordinación laboral o dependencia. Sin embargo, el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestre la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, por manera que el contrato de prestación

de servicios, como lo ha sostenido la Corte Constitucional² y el H. Consejo de Estado³, no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales.

En efecto, el contrato de prestación de servicios se funda en el desarrollo de una actividad independiente que puede provenir de una persona jurídica con respecto de la cual no existe el elemento de la subordinación laboral que se refleja en la potestad de ser autónomo en la ejecución de la labor contratada; es decir, quien celebra un contrato de prestación de servicios tiene la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales y quien suscribe un contrato de trabajo tiene el derecho al pago de éstas.

Por consiguiente, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre un particular y una entidad pública, y se acredita la existencia de los tres elementos propios de todo contrato de trabajo -subordinación, prestación personal del servicio y remuneración-, producto de esto, surge el derecho a que sea reconocida una relación laboral que, en consecuencia, confiere al contratista las prerrogativas de orden prestacional, en atención al principio de la primacía de la realidad sobre las formas.

Los contratos de prestación de servicios se permiten en los casos en los cuales la función de la administración no puede ser realizada por personas pertenecientes a la planta de la entidad oficial contratante, o por la necesidad de conocimientos especializados, pudiendo ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación continuada, caso en el cual surge el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas.

3.2.2. Antecedentes jurisprudenciales del contrato realidad⁴.

El tema del contrato realidad ha generado importantes debates judiciales. Uno de ellos se dio con ocasión del examen de exequibilidad que realizó la Corte Constitucional al numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que establece la posibilidad de celebrar contratos de prestación de servicios con las entidades del sector público. Después de realizar precisiones constitucionales en materia de contratación estatal, de definir las características del contrato de prestación de servicios y de establecer las diferencias con el contrato de trabajo, la Corte señaló que el ejercicio de tal potestad es ajustado a la Carta Política, siempre y cuando la administración no la utilice para esconder la existencia de una verdadera relación laboral personal, subordinada y dependiente⁵.

Por su parte el Consejo de Estado, en fallos como el del 23 de junio de 2005, proferido dentro del expediente número 0245, con ponencia del doctor Jesús María Lemos

² Sentencia C-154/1997, con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara.

³ Consejo de Estado, secc. 2ª, sub-secc. "B", sentencia del 25 de marzo de 2010. CP Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Exp. 1131-09.

⁴ Este capítulo fue tomado íntegramente de la sentencia proferida el 2 de mayo de 2013 por la Sección Segunda - Subsección A del Consejo de Estado, expediente radicado con el número: 47001 23 31 000 2010 00497 01 (1673-12), C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-154-97, M.P. Hernando Herrera Vergara.

Bustamante⁶, ha reiterado la necesidad de que se acrediten fehacientemente los tres elementos propios de una relación de trabajo, como son: (i) la prestación personal del servicio, (ii) la remuneración y (iii) en especial la subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador.

Tal consideración se contrapone a la jurisprudencia anterior, en la que se sostuvo que entre contratante y contratista podía existir una relación coordinada en sus actividades para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de horario, el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores o reportar informes sobre sus resultados, sin que ello signifique necesariamente la configuración del elemento subordinación⁷.

Así las cosas, se concluye que para acreditar la existencia de una relación laboral es necesario probar los tres elementos referidos, pero especialmente que el supuesto contratista desempeñó una función en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público, constatando de esta manera que las actividades realizadas no son de aquellas indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.

Por el contrario, existirá una relación contractual, regida por la Ley 80 de 1993, cuando: a) se pacte la prestación de servicios relacionados con la administración o funcionamiento de la entidad pública, b) el contratista sea autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, c) se le paguen honorarios por los servicios prestados y d) la labor contratada no pueda realizarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados. Sobre esta última condición para suscribir contratos de prestación de servicios, vale la pena señalar que debe ser restringida a aquellos casos en los que la entidad pública contratante requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional, pues se desdibujaría la relación contractual cuando se contrata por prestación de servicios a personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que, de manera permanente, se asignan a los demás servidores públicos.

Entonces, cuando se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, inexorablemente se impone el reconocimiento de las prestaciones sociales causadas por el periodo realmente laborado, atendiendo a la causa jurídica que sustenta verdaderamente dicho restablecimiento, que no es otra que la relación laboral encubierta bajo un contrato estatal, en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral, consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política respectivamente, superándose de ésta manera la prolongada tesis

⁶ Radicación número: 18001-23-31-000-1998-00027-01(245-03). Actor: Esther Cruz Olaya. Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA.

⁷ Sala Plena del Consejo de Estado. Sentencia del 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ-0039, M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

que prohijaba la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados⁸.

Bajo las anteriores precisiones se ha concretado el tratamiento jurisprudencial de los contratos realidad, de donde se colige en cuanto a su configuración, que constituye un requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio (de manera permanente), la remuneración respectiva y especialmente la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público, siempre y cuando la subordinación que se alega no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito⁹.

En este orden de ideas, la viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad, depende de la actividad probatoria de la parte demandante según el aforismo “*onus probandi incumbit actori*”¹⁰, dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación establecida y la presencia real dentro de la actividad desplegada de los elementos previamente señalados, especialmente el de subordinación, que como se mencionó, es el que desentraña fundamentalmente la existencia de una relación laboral encubierta.

Así las cosas, debe revisarse en cada caso las condiciones bajo las cuales fueron prestados los servicios, en aras de esclarecer, bajo el análisis probatorio pertinente, la verdadera naturaleza de la relación existente entre las partes, para no adoptar conceptos que de manera formal y restrictiva homogenicen las causas propuestas ante esta jurisdicción, en detrimento del análisis sustancial particular que amerita cada asunto.

3.2.3. Del contrato realidad y el personal docente.

En torno al personal docente contratado mediante ordenes de prestación de servicios, tema, sobre el cual el Consejo de Estado¹¹ al analizar un caso análogo al presente, en el que la parte demandada también fue el SENA, sostuvo lo siguiente:

“(…) DE LA SITUACIÓN PARTICULAR DE LOS DOCENTES

⁸ Consejo de Estado. Sección Segunda - Subsección “A”. Sentencia 17 de abril de 2008. Rad No. 2776-05. C.P. Jaime Moreno García; Sentencia del 17 de abril de 2008. Rad. No. 1694-07. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; sentencia del 31 de julio de 2008. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Sentencia del 14 de agosto de 2008. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

⁹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 19 de febrero de 2009. Radicado No. 3074-2005. C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

¹⁰ La carga de la prueba incumbe al actor.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección “A” Sentencia de 1 de septiembre de 2014. Radicado No. **200012331000201100503 01** (3517-2013) Acto. MIGUEL JERÓNIMO PUPO ARZUAGA contra el SENA. CP. Dr. Alfonso Vargas Rincón.

La situación de los educadores que laboran en establecimientos públicos de enseñanza por medio de contratos de prestación de servicios, no resulta igual. Respecto de ellos, tales exigencias deben observarse en forma más flexible, como quiera que la subordinación y la dependencia se encuentran ínsitas en la labor que desarrollan; es decir, son consustanciales al ejercicio docente.

La anterior afirmación se sustenta en la existencia de diferentes normas y criterios jurisprudenciales que se mencionan a continuación.

El artículo 2º del decreto 2277 de 1979 definió la labor docente aplicable a todos los maestros, en los siguientes términos:

"Las personas que ejercen la profesión docente se denominan genéricamente educadores. Se entiende por profesión docente el ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales y no oficiales de educación en los distintos niveles de que trata este Decreto. Igualmente incluye esta definición a los docentes que ejercen funciones de dirección y coordinación de los planteles educativos, de supervisión e inspección escolar, de programación y capacitación educativa, de asesoría y orientación de educandos, de educación especial, de alfabetización de adultos y demás actividades de educación formal autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional, en los términos que determine el reglamento ejecutivo."

Tal definición fue reafirmada por el artículo 104 de la Ley General de Educación (115 de 1994) al prever que "El educador es el orientador en los establecimientos educativos, de un proceso de formación, enseñanza y aprendizaje de los educandos....", los cuales están sometidos permanentemente a las directrices emitidas por las autoridades educativas, que son el Ministerio de Educación y las Secretarías de Educación, así como a su inspección y vigilancia, y no gozan de autonomía, en cuanto a que si requieren una permuta, un traslado, un otorgamiento de permiso, etc. necesitan la autorización de las autoridades locales, que son las que administran la educación conforme el Estatuto Docente y la ley 60 de 1993, a través de su respectiva Secretaría de Educación. (arts. 106, 153 y 171 ley 115 de 1994).

De lo anterior se infiere, que pertenece a la esencia de la labor docente el hecho de que el servicio se preste personalmente y esté subordinado al cumplimiento de los reglamentos educativos, a las políticas que fije el Ministerio de Educación, a la entidad territorial correspondiente para que administre dicho servicio público en su respectivo territorio, al pénsum académico y al calendario escolar.

No es entonces la labor docente independiente y siempre corresponde a aquella que de ordinario desarrolla la administración pública a través de sus autoridades educativas, pues no de otra manera puede ejercerse la enseñanza en los establecimientos públicos educativos, sino por medio de los maestros.

El artículo 45 del Decreto 2277 de 1979 o Estatuto Docente señala que a los docentes les está prohibido abandonar o suspender sus labores injustificadamente o sin autorización previa, entre sus deberes se encuentran:

- "a) Cumplir la Constitución y las leyes de Colombia;
- b) Inculcar en los educandos el amor por los valores históricos de la Nación y el respeto a los símbolos patrios;
- c) Desempeñar con solicitud y eficiencia las funciones de su cargo;
- d) Cumplir las órdenes inherentes a sus cargos que les impartan sus superiores jerárquicos;
- e) Cumplir un trato cortés a sus compañeros y a sus subordinados y compartir tareas con espíritu de solidaridad y unidad de propósito;
- f) Cumplir la jornada laboral y dedicar la totalidad del tiempo reglamentario a las funciones propias de su cargo;
- g) Velar por la conservación de útiles, equipos, muebles y bienes que le sean confiados;
- h) Observar una conducta pública acorde con el decoro y la dignidad del cargo;
- i) Las demás que, para el personal docente, determinen las leyes y los reglamentos ejecutivos."

Con respecto al horario que deben desarrollar los docentes, el artículo 57 del decreto 1860 de 1994, reglamentario de la ley 115 de 1994, establece que el calendario académico de todos los establecimientos educativos estatales y privados tendrá una sola jornada diurna, y que la semana lectiva tendrá una duración promedio mínima de 25 horas efectivas de trabajo en educación básica primaria y de 30 horas en educación básica secundaria y en el nivel de educación media.

Sin embargo, debe recordarse que esta Sección ha concluido¹ que el horario normal de trabajo de los maestros es el que corresponde a la jornada de los planteles educativos de enseñanza donde laboran "a fin de cumplir con el pensum señalado a este nivel de educación, independientemente de su intensidad horaria".

Ahora bien, la Ley 60 de 1993 permitió la vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicios, pero esta clase de vinculación en el caso de los educadores se desnaturalizó con lo dispuesto por la ley 115 de 1994, en cuyo artículo 105 se consagró una vocación de permanencia de los docentes contratistas, al prever un término para su incorporación gradual en la planta y ordenar la contratación indefinida.

Reza así la citada disposición:

"A los docentes vinculados por contrato contemplados en el parágrafo primero del artículo 6º de la ley 60 de 1993 se les seguirá contratando sucesivamente para el período académico siguiente, hasta cuando puedan ser vinculados a la planta de personal docente territorial." (...)

DOCENTES O CATEDRÁTICOS OCASIONALES O POR HORAS

¹ Sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A de 5 de agosto de 1993, exp. 6199, M.P. Clara Forero de Castro.

Esta Corporación¹² ha señalado que los profesores de cátedra también tienen una relación laboral subordinada por cuanto cumplen una prestación personal del servicio. Igual que los profesores de tiempo completo, de medio tiempo o los llamados ocasionales, ellos devengan una remuneración por el trabajo desempeñado y están sujetos a una subordinación, como se les exige a los otros, con horarios, reuniones, evaluaciones, etc. contemplados en el reglamento. Dada la similar situación de hecho que identifica la misma relación de trabajo subordinado de estos servidores públicos debe corresponderles el mismo tratamiento en cuanto a prestaciones sociales, que deben pagárseles proporcionalmente al trabajo desempeñado, pues otro tratamiento desconocería el principio de igualdad y de justicia y sería evidentemente discriminatorio.

Igualmente la Corte Constitucional¹³ señaló que al igual que los catedráticos, cumplen las mismas funciones que un profesor de planta, además deben acreditar para efectos de su vinculación similares requisitos de formación y experiencia, y tienen las mismas obligaciones que los docentes empleados públicos; la diferencia con aquellos estriba en su forma de vinculación, a través de resolución, y en la temporalidad de la misma, lo cual no justifica que se le restrinjan sus derechos como trabajador.

(...)

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 imparte; 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.

Conforme con la normativa 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, o sea, 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 informal, regulándose en lo concerniente por las normas generales del Servicio Público de Educación (...)” (destaca el Juzgado).

3.2.4. Prescripción de los derechos laborales derivados del contrato realidad e ingreso base de liquidación de las prestaciones a reconocer.

En cuanto a la prescripción de los derechos prestacionales derivados del contrato realidad, otrora la sección segunda del Consejo de Estado concluyó sobre su no operancia, en tanto se consideró que su exigibilidad era literalmente imposible con anterioridad a la sentencia que declara la existencia de la relación laboral, dado su

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia 5 de octubre de 2006, Consejero Ponente doctor Jesús María Lemos Bustamante, número interno 2578-2003, actor Hugo Ramón Martínez Arteaga.

¹³ Sentencia C-006 de 1996, Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz

carácter constitutivo; vale decir, que es a partir del fallo que nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado y, por tanto, no podía operar en estos casos el fenómeno procesal extintivo¹⁴.

Sin embargo, posteriormente se determinó que, aunque es cierto que desde la sentencia se hacen exigibles las prestaciones derivadas del contrato realidad, también lo es que el particular debe reclamar el reconocimiento de su relación laboral dentro de un término prudencial, que no exceda la prescripción de los derechos que pretende; lo que significa que debe solicitar la declaratoria de la existencia de esa relación en un término no mayor a 3 años¹⁵.

Y seguidamente el Consejo de Estado determinó que el plazo razonable en el que se debe peticionar el pago de las prestaciones derivadas del vínculo laboral es dentro de los 5 años siguientes a la fecha de terminación del último contrato, momento que *mutatis mutandi* puede asimilarse al acto de retiro, acorde con lo estipulado por el artículo 91 del C.P.A.C.A., en armonía con los principios de preclusión, seguridad jurídica, razonabilidad, ponderación y diligencia que deben acompañar las actuaciones de los administrados¹⁶.

En este contexto, la Sección Segunda del Consejo de Estado consideró necesario unificar su jurisprudencia al respecto, labor que efectuó a través de la sentencia proferida el 25 de agosto de 2016¹⁷, específicamente en lo que atañe a los siguientes aspectos: (i) la prescripción de los derechos laborales reclamados¹⁸ y (ii) el ingreso base que ha de tenerse en cuenta para la liquidación de las prestaciones a que haya lugar¹⁹.

Así, dicha Corporación fijó en síntesis las siguientes reglas jurisprudenciales:

“i) Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.

ii) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad.

¹⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 6 de marzo de 2008. Expediente No. 2152-06. Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

¹⁵ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 9 de abril de 2014. Expediente No. 131-13. Consejero Ponente Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

¹⁶ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 8 de mayo de 2014. Expediente No. 2725-12. Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

¹⁷ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 25 de agosto de 2016. Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16. C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

¹⁸ Dado que como quedó visto existían tesis encontradas en las salas de decisión de esa sección acerca del plazo prescriptivo, así como del momento a partir del cual debe ser contabilizado.

¹⁹ Asunto que no había sido delimitado en un fallo de unificación.

iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.

iv) Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del C.P.A.C.A.).

v) Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, 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.

vi) El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral).

vii) El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador.

De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho, y (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados”.

De otra parte, el citado fallo de unificación señaló que *“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”*. No obstante, en dicha providencia se olvidó establecer el término que se debe tener en cuenta para determinar la pérdida de la solución de continuidad.

Al respecto, en su aclaración de voto el consejero de Estado William Hernández Gómez consideró que para los efectos del requisito de continuidad es dable precisar que tal lapso encuentra referencia en el artículo 10 del Decreto 1045 de 1978, el cual señala 15 días. Previsión que vale recordar, ya había sido tenida en cuenta por esa Corporación en sentencia del 23 de junio de 2016, siendo ponente el magistrado Luis Rafael Vergara Quintero²⁰.

Posteriormente, sobre el tema se dijo lo siguiente²¹:

“Así las cosas, la línea jurisprudencial en materia de la aplicación de la primacía de la realidad sobre las formas, en los que se debate la existencia de una relación laboral regida en principio bajo la modalidad de contratos de prestación de servicio, no se ha encargado de definir o precisar el término que se debe tener en cuenta para determinar la pérdida de la solución de continuidad, en aquellos contratos de prestación de servicios que se pactan en forma continua y por un tiempo determinado, pero que presentan interrupción en la celebración de uno y otro.

En ese orden, ha considerado la jurisprudencia para algunos casos que, en los eventos donde se presentan interrupciones contractuales en virtud del cual, queda cesante el contratista, habrá lugar al reconocimiento de las prestaciones sociales sin solución de continuidad siempre y cuando entre la terminación de una orden de servicio y el inicio de la siguiente haya transcurrido un término razonable, sin definir de manera concreta límite temporal alguno. En otra decisión, se estimó que la interrupción presentada no podía ser superior a 15 días²²”.

Bajo estas consideraciones, el despacho procederá a efectuar el examen probatorio correspondiente, en aras de resolver el asunto sometido a su juicio.

3.2.5. De la subordinación laboral como elemento esencial en la relación laboral y la coordinación o supervisión en las relaciones contractual estatales.

Para acreditar la existencia de una relación laboral, es obligatorio probar los tres elementos referidos en líneas anteriores, pero principalmente, que la persona desempeñe una función en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público, constatando de esta manera, que las actividades realizadas no son de aquellas indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.

²⁰ Consejo de Estado. Sección Segunda - Subsección A. Sentencia del 23 de junio de 2016. Expediente: 680012333300020130017401 (0881-14). C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

²¹ Consejo de Estado. Sección Segunda - Subsección B. Sentencia de 4 de mayo de 2017. Radicación número: 08001-23-31-000-2007-00062-01(1736-15). C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

²² Ver sentencia de fecha 26 de junio de 2016, proferida por la Sección Segunda Subsección A, radicado No 68001-23-33-000-2013-00174-01(0881-14) en la cual, se sostuvo lo siguiente: «... No sucede lo mismo con los contratos 070 de 2005, 020 de 2006 y 029 de 2007, por cuanto entre la finalización de este último (8 de enero de 2008) y la celebración del siguiente, identificado con el No. 25 de 2008 (1 de febrero de 2008), hubo solución de continuidad por presentarse una interrupción del servicio superior a 15 días hábiles, circunstancia que implicaba que el actor dentro del término de prescripción trienal (hasta el 8 de enero de 2011) debía agotar la vía gubernativa para efectos de reclamar el reconocimiento de los derechos prestacionales generados de los contratos previamente citados y así evitar la prescripción trienal del derecho”. (Pie de página original del texto citado entre comillas).

Precisamente uno de los elementos esenciales para la existencia del contrato de trabajo es la *subordinación*, la cual se encuentra consagrada en el artículo 23 del Código Sustantivo de Trabajo, quien faculta al empleador para exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes, en cuanto a modo, tiempo y cantidad, entre otros aspectos que depende de la relación laboral.

De igual modo, la Corte Constitucional ha manifestado lo siguiente respecto del concepto de subordinación:

“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 económicos²³”.

En cuanto a la dirección y coordinación de los contratos de prestación de servicio como modalidad contractual estatal, el artículo 14 de la Ley 80 de 1993²⁴, establece que la dirección general y la obligación de ejercer control y vigilancia de la ejecución del contrato recaerán en las entidades estatales²⁵.

Respecto del tópico de coordinación, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, en sentencia de 6 de mayo de 2015, Magistrado Ponente Luis Rafael Vergara Quintero, señaló:

“Se ha sostenido que entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación en sus actividades, de manera 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 reportar informes sobre sus resultados, pero ello no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación.

Igualmente, agregó que:

“Aunque a primera vista se puede pensar que el cumplimiento de un horario es de suyo elemento configurativo de la subordinación transformando una relación que ab initio se consideró como contractual en laboral, lo cierto es que en determinados casos el cumplimiento de un horario es sencillamente la manifestación de una concertación

²³ Corte Constitucional. Sentencia C-386 del 5 de abril de 2000 (M.P. Antonio Barrera Carbonell)

²⁴ Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública

²⁵ Artículo 14º.- De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato: 10. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado...”

contractual entre las partes, administración y particular, para desarrollar el objeto del contrato en forma coordinada con los usos y condiciones generalmente aceptadas y necesarias para llevar a cabo el cumplimiento de la labor.

El sub lite se encuadra dentro de tal circunstancia, pues entre el libelista y la entidad accionada hubo una relación de coordinación, que no permite configurar la existencia de una subordinación, y por tanto, no hay lugar a deducir que en realidad se hubiera encubierto una relación laboral, aun cuando los otros dos (2) elementos, prestación personal del servicio y remuneración si se hallan suficientemente probados en el expediente...” (Sentencia de la Subsección “B”, del 19 de febrero de 2004, Exp. No. 0099-03).

Igualmente lo reiteró en sentencia de 31 de mayo de 2016²⁶:

“Así las cosas, la subordinación es determinante para diferenciar el contrato laboral del contrato de prestación de servicios, puesto que es la mencionada característica la que fija la independencia del contratista de la administración pública y que no genera el derecho a las prestaciones sociales”.

Atendiendo los anteriores argumentos pasa el despacho a estudiar el Despacho el caso concreto, teniendo en cuenta el material probatorio aportado y las declaraciones recepcionadas el día de la audiencia de pruebas.

Ahora bien, como lo que se debate en esta contienda es determinar si efectivamente existió una relación laboral entre la demandante y el extremo pasivo, se estudiarán por separado los tres elementos, haciendo hincapié en las declaraciones del testigo y el demandante que son relevantes para probar los requisitos y seguidamente si se cumplió o no.

4.0 De lo acreditado dentro del proceso.

a) Solicitud de acreencias laborales de fecha **15 de noviembre de 2017**, radicada ante la entidad demandada bajo el N° 2-2017-024231, por medio de la cual la parte actora solicitó el pago y reconocimiento de todas las acreencias laborales derivadas de una relación laboral con la entidad demandada, como se verifica en el expediente digital.

b) Respuesta a la petición antes indicada, con radicado **N° 2-2017-055899 del 22 de noviembre de 2017**, por medio de la cual el Director Regional del SENA niega el reconocimiento y pago solicitado por la parte actora, argumentando, en síntesis, que el demandante trabajó en la entidad bajo la modalidad de contratista, conforme a lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, tal como obra en el expediente digital.

²⁶ Consejo de Estado Sala de Lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección “B”, Consejera Ponente: Doctora SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.

c) El señor **GERMÁN PARRA BUSTAMANTE** suscribió distintos contratos de prestación de servicios con la entidad demandada, junto con las actas de inicio y terminación de los contratos, como se verifica folios 2 al 17, y de la misma constancia expedida por la entidad demandada.

En cuanto a los periodos de contratación, quedó establecido que el demandante laboró para la entidad como Instructor del SENA en las áreas laboral, social y de comunicación en los programas de banca, seguros, fiducia y AFP, con fundamento en los siguientes contratos de prestación de servicio:

No. Contrato	Fecha inicio	Fecha terminación	Duración total	Valor del contrato
6036	4 de diciembre de 2013	14 de diciembre de 2013	11 días	\$1.129.979
2350 (Este contrato fue adicionado por el término de 10 días)	20 de enero de 2014	23 de diciembre de 2014	338 días	\$35.233.620
1893	23 de enero de 2015	7 de diciembre de 2015	319 días	\$34.328.973

d) Certificado de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud de la parte demandante como cotizante ante la EPS Coomeva entre los años 2013 a 2015, visible en el expediente electrónico.

• **De la prestación personal del servicio.**

De las pruebas documentales que reposan en el plenario y el interrogatorio recaudado al señor **Germán Parra** se extrae que el demandante prestó sus servicios como Instructor del SENA – Regional Bogotá D.C. y sus funciones las desempeñaba de manera personal en las instalaciones de la mencionada entidad, lugar en el cual le eran asignados sus turnos y no podía realizar delegaciones en otros funcionarios o contratistas para la prestación del servicio.

Asimismo, el interrogatorio da cuenta que el actor cumplía distintos horarios de trabajo conforme a la organización interna de los turnos que realizaban los coordinadores, siendo en diversas ocasiones de 6 p.m. a 10 p.m.; de 6 a.m. a 12 p.m. y de 1 p.m. a 6 p.m.

• **De la Remuneración.**

Sobre este aspecto las pruebas documentales, y el interrogatorio coincidieron en que la entidad le exigía al demandante contar con una cuenta de ahorros donde consignar de manera mensual los honorarios pactados por la realización de sus labores y que tenía como exigencia previa acreditar los pagos correspondientes a seguridad social en salud

y pensión y elaborar informes de gestión para que el jefe de turnos le diera el visto bueno a las cuentas de cobro que presentaba para el cobro de los honorarios.

En cada uno de los contratos de prestación de servicios quedó establecido el valor de ellos, los cuales se dividían en montos fijos que se pagaban de manera mensual y dicho coste debía ser consignado en la cuenta de ahorros del demandante, por los servicios de Instructor del SENA.

En consecuencia, este elemento de la relación no fue discutido por la entidad demandada, razón por la cual se encuentra que no hay lugar a duda que el actor percibía como contraprestación de sus servicios unos honorarios mensuales pactados en los respectivos contratos de prestación de servicios, lo que permite concluir la concurrencia del segundo elemento del contrato de trabajo, es decir, la remuneración.

- **De la subordinación.**

Siguiendo este hilo conductor, el presente requisito es el que marca jurídicamente la diferencia entre un contrato de prestación de servicios y uno laboral, según lo indicado por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en su jurisprudencia.

Tal como se expuso en el acápite normativo y jurisprudencial de la presente sentencia una cosa es la relación de coordinación que debe existir entre el contratista y la entidad a través del supervisor o interventor del contrato, y otra muy distinta es la relación de subordinación o dependencia que la entidad imponga al contratista de modo que afecte la autonomía e independencia que este debe tener durante la ejecución del contrato.

En el caso *sub exánime*, bastaría para condenar el reconocimiento de la relación laboral tener como prueba las funciones desarrolladas por el demandante como instructor del **SENA – Regional Bogotá D.C.** las cuales cumplió de manera reiterada e ininterrumpida desde el 2013 hasta el 2015, sin embargo, el Despacho también pone de presente que el interrogatorio de parte del señor **GERMÁN PARRA BUSTAMANTE** contiene elementos que hacen concluir al despacho que durante toda la relación laboral del demandante con la entidad, efectivamente existió subordinación. Además de esas afirmaciones existe respaldo documental en el expediente.

Así, por ejemplo, las declaraciones son precisas y contundentes en señalar que existía una coordinadora que ejercía como jefe de los instructores, que respondía al nombre de Zoraida Salazar, quien en efecto fungía como Coordinadora de Área (jefe inmediata del demandante), quien era la que programaba turnos, disponía los días en que debía prestarse el servicio, determinaba el grupo poblacional a quienes iban dirigidas las cátedras que dictaba el demandante (cursos – salones, carreras específicas), e impartía órdenes precisas, las actividades a realizar y controlaba que se cumpliera las órdenes dadas al demandante durante la prestación del servicio.

De la anterior circunstancia, también obra prueba documental en el expediente digital, y está relacionada con varios cruces de correo electrónico entre el demandante y la señora Zoraida Salazar, quien fungió como coordinadora – Jefe inmediata, en los cuales se evidencia la subordinación del demandante, además del requerimiento expreso a presentarse en la oficina, variadas directrices que la misma le impartía para el cumplimiento de sus funciones como instructor y hasta un llamado de atención, que le hizo la señora Zoraida Salazar al señor Parra Bustamante, por no haberle pedido permiso, para desarrollar una función laboral desde su casa.

De la misma manera, del interrogatorio, de las pruebas documentales y específicamente de las mismas funciones asignadas al demandante en los contratos celebrados con la entidad demandada se evidencia que el demandante cumplía funciones de instructor, que eran las mismas funciones y horarios de un instructor de planta pero con una remuneración diferente y que el demandante en calidad de contratista, cubría junto con otros contratistas el déficit de personal docente en la institución.

También quedó en evidencia que los horarios de trabajo eran impuestos por la entidad en distintas franjas horarias que abarcaban turnos de 6 p.m. a 1 p.m., de 6 a.m. a 12 m. o de 1 p.m. a 6 p.m. hasta completar las horas semanales exigidas que eran distribuidas entre actividades de formación y administrativas de apoyo que solicitaban los coordinadores principalmente en las noches y en ocasiones en turnos que se extendían hasta las 12 horas de trabajo.

En cuanto al cumplimiento del objeto de los contratos, indicó el señor Parra Bustamante en el interrogatorio que era su obligación elaborar las cuentas de cobro con los respectivos informes de gestión y otros documentos para que de manera mensual le fueran consignados los honorarios en la cuenta de ahorros indicada en los contratos suscritos y era requisito indispensable para el pago que la jefe Zoraida Salazar certificara el cumplimiento de las funciones encomendadas.

Sostuvo el demandante que el centro de formación se encargaba de definir la oferta educativa que se promocionaba y asignaba los cursos, salones y horarios a cada instructor, principalmente en horario nocturno, aunque en las demás franjas horarias también impartía su catedra.

Sobre el desarrollo de las funciones, expresó que el demandante debía acatar las normas internas del centro de formación en iguales condiciones que los instructores de planta, así como los manuales de procedimiento y funciones y que para ausentarse de su lugar de trabajo, el demandante debía solicitar permiso a la coordinadora del área, aunque refiere que realizarlo era complejo por la poca disponibilidad de otros instructores que se hicieran cargo de los estudiantes durante la ausencia de las aulas.

Entonces, al confrontar el interrogatorio del demandante, y las pruebas que obran dentro del expediente junto con las pruebas documentales que fueron allegadas por la

entidad demandada con la contestación de la demanda y la documentales que fueron decretadas por este despacho, se puede constatar que, en el caso concreto, está plenamente demostrada la subordinación por cuanto el demandante debía:

- (i)** Cumplir turnos que le eran asignados en horarios de lunes a viernes entre las 6 a.m. y las 10 p.m., distribuidos en diversos rangos así: de 6 a.m. a 12 m.; de 1 p.m. a 6 p.m. y de 6 p.m. a 10 p.m., según las necesidades que requiriera el servicio y la población estudiantil existente, tiempo en el cual, tenía contacto permanente y coordinado con el SENA – Regional Bogotá D.C. a través de la Jefe Inmediata Zoraida Salazar, para el desarrollo de las funciones asignadas.
- (ii)** Durante la ejecución de los turnos contaba con jefes inmediatos, coordinadores y supervisores, según la necesidad del servicio, quienes le impartían ordenes respecto de su cargo y verificaban el cumplimiento de las labores que debía realizar durante el horario de trabajo, según se extrajo del interrogatorio y las pruebas documentales que reposan en el expediente.
- (iii)** El demandante, en su calidad de instructor no podía ausentarse de su lugar de trabajo sin informar a sus superiores, diligenciar los formatos existentes en la entidad y organizar la forma como repondría el tiempo, situación que resultaba compleja dado el objetivo que cumplía con la población estudiantil de impartir formación profesional en las áreas relacionadas con promover la interacción idónea consigo mismo con los demás y la naturaleza en los contextos laboral y social, comunicación, en los programas de banca, seguros, fiducia y AFP y/o desarrollo circular y/o acompañamiento aprendices, ejecución de la formación profesional lectiva/productiva y/o seguimiento virtual en plataforma y/o gestor de proyectos formativos y/o autoevaluación y/o investigación y/o procesos de registro calificado de los programas del área y/o actividades que aporten al desarrollo de la forma profesional integral de los aprendices.
- (iv)** El demandante no contaba con autonomía para el desarrollo de sus labores, pues todo el tiempo recibía órdenes de su jefe, coordinador o superior y estaba sometido todo el tiempo a las directrices internas y protocolos que le imponía la entidad para realizar las actividades designadas.

Como se pudo verificar, el demandante más allá de una relación de coordinación, se encontraba sometido a cumplir las funciones suscritas en los diferentes contratos, entre otras, por ejemplo, las establecidas en el Contrato N° 1893 del 25 de enero de 2015: “(...) 1. Acompañar y Asesorar en forma permanente e integral a los aprendices en el proceso de formación por proyectos durante la vigencia del contrato. 2) Conformar los equipos de desarrollo curricular interdisciplinarios por programa o conjunto de programas, por redes tecnológicas, para garantizar la integralidad en la formulación de proyectos

formativos, el diseño de actividades de aprendizaje, talleres e ítems que alimentarán a los bancos de pruebas de selección de aprendices. 3) Atender la formación de aprendices en el área específica del respectivo programa de formación, en las fases o módulos establecidos y programados. 4) Orientar y apoyar a los aprendices en el desarrollo de proyectos formativos y/o productivos en las respectivas etapas de formación. 5) Garantizar la actualización de los contenidos y tecnologías de las fases o módulos en los cuales se desarrolla la formación de los aprendices. Atender oportunamente los requerimientos que haga el supervisor del contrato y 6) presentar Informes mensuales de la ejecución del contrato. 7) Aplicar por parte del contratista al proceso de certificación de competencias según normas de competencias que aplican a la función de instructor, así como a los procesos que es SENA adelante para certificar habilidades pedagógicas de los instructores de contrato planta - Capacitarse en el idioma Inglés y aplicar a la certificación como mínimo nivel A2 (...)”, obligaciones que se desprende del contrato de prestación de servicios mencionado y que se reproducen en los demás contratos que suscribió con la entidad.

Ahora bien, verificado el manual específico de funciones competencias laborales adoptado por el **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA** mediante las Resoluciones N° 00986 de 25 de mayo de 2007, N° 1302 de 2015 y N° 1458 de 2017, por medio de las cuales se estableció y actualizó el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales de los empleos de la planta de personal del SENA y se compiló, respectivamente, documentos donde se indica que en la planta de cargos de la entidad se encuentra el de Instructor, Código 3010, Grado 01-20, cuyo propósito principal es “Planear y ejecutar programas de formación profesional integral y de educación superior, en las áreas y ambientes ofrecidos por el SENA tanto en formación titulada como complementaria, en la modalidad presencial, virtual o, a distancia de conformidad con las políticas Institucionales, la normatividad vigente y la oferta educativa”.

Igualmente, de cara al interrogatorio de parte recepcionado en la audiencia de pruebas, se desprende que, si bien, no se describieron de maneras exacta las funciones como están establecidas en los diferentes contratos y el manual específico de funciones citado, se observa que estas se asemejan a las labores pactadas con el actor en los diferentes contratos de prestación de servicios. Así, por ejemplo, se citan las siguientes: “(...) 1. Acompañar y Asesorar en forma permanente e integral a los aprendices en el proceso de formación por proyectos durante la vigencia del contrato. 2) Conformar los equipos de desarrollo curricular interdisciplinarios por programa o conjunto de programas, por redes tecnológicas, para garantizar la integralidad en la formulación de proyectos formativos, el diseño de actividades de aprendizaje, talleres e ítems que alimentarán a los bancos de pruebas de selección de aprendices. 3) Atender la formación de aprendices en el área específica del respectivo programa de formación, en las fases o módulos establecidos y programados. 4) Orientar y apoyar a los aprendices en el desarrollo de proyectos formativos y/o productivos en las respectivas etapas de formación. 5) Garantizar la actualización de los contenidos y tecnologías de las fases o módulos en los

cuales se desarrolla la formación de los aprendices. (...)” El interrogado fue claro en identificar que cumplía las funciones antes descritas.

No obstante, como las pruebas se deben valorar en sus conjunto, de las documentales, las cuales se reseñaron en el acápite probatorio, se pudo establecer con exactitud que cada una de las labores desempeñadas por el actor en la entidad eran evaluadas, bajos los ítems de productividad, calidad, conducta laboral, entre otros, aspectos que eran valorados por una supervisora, coordinador o jefe del momento; con esto, para señalar que todas y cada una de las actividades que desarrollaba el señor Germán Parra, eran supervisadas por una persona hacía parte de la entidad.

Tal como se pudo verificar en los contratos suscritos por el demandante y obran en el expediente electrónico y que no fueron objetados por la parte demandada, y para ello era indispensable que este acataras las órdenes y los horarios asignados por el SENA, así como estar disponible cuando las funciones propias del servicio lo requirieran y en efecto, estaba plenamente subordinado a las instrucciones impartidas por la entidad en cuanto al modo, tiempo y horarios establecidos, con lo cual se desvirtúa que el actor tenía la autonomía e independencia para desarrollar el objeto de los contratos de prestación de servicios.

Así mismo, quedó demostrado que la entidad contrataba al demandante bajo la modalidad de contratos de suministro de servicios porque en la planta de personal no se encontraban los cargos de instructores suficientes para desarrollar las funciones de la entidad, o sea, para cumplir funciones permanentes y misionales de la entidad.

En este orden de ideas, también quedó probado que en SENA, existían empleados de planta que **ejercían las mismas funciones que el demandante**, tal como quedo descrito en las pruebas que obran en el plenario y se extrae del interrogatorio de parte practicado al demandante, por tanto, el actor en su condición de contratista cumplía las mismas funciones que un *Instructor* de planta de la entidad cumpliendo de forma permanente y personal las actividades en el servicio de educación y formación profesional, para las cuales por expresa disposición legal, está prohibida la celebración de contratos de prestación de servicios con la administración, menos aún si se tiene en cuenta que la vinculación del demandante no fue para suplir actividades transitorias, sino que la misma perduró durante varios años, desde el 2013 al 2015, tal como quedó probado en los contratos que suscribió con la entidad demandada.

Entonces, el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA al ser un establecimiento público de carácter educativo, conforme con el artículo 4° de la Ley 119 de 1994, tiene, entre otras, las siguientes funciones:

“(…)

3. Organizar, desarrollar, administrar y ejecutar programas de formación profesional integral, en coordinación y en función de las necesidades sociales y del sector productivo.

(...)

6. Adelantar programas de formación tecnológica y técnica profesional, en los términos previstos en las disposiciones legales respectivas.
7. Diseñar, promover y ejecutar programas de formación profesional integral para sectores desprotegidos de la población.
8. Dar capacitación en aspectos socio empresariales a los productores y comunidades del sector informal urbano y rural.
9. Organizar programas de formación profesional integral para personas desempleadas y subempleadas y programas de readaptación profesional para personas discapacitadas.
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.”

Asimismo, el artículo 2° del Decreto 1426 de 1998, dispone:

“ARTICULO 20. DE LA CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS. Según la naturaleza general de sus funciones, la índole de sus responsabilidades y los requisitos para su desempeño, los empleos públicos del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, se clasifican en los siguientes niveles jerárquicos:

(...)

e). Instructor: Comprende los empleos cuyas funciones principales consisten en impartir formación profesional, desempeñar actividades de coordinación académica de la formación e investigación aplicada.” (Destaca el Juzgado)

Por lo anterior, para el desarrollo de su función permanente requiere de *Instructores*, cargos que en efecto están creados en la planta de personal de la entidad y que también desempeñaba el demandante en calidad de contratista, lo cual no era procedente por el carácter de permanente de las labores ejercidas, de modo que el demandante dejó de ser contratista y se convirtió en una persona que desarrolló sus actividades bajo la realidad de sucesivos contratos laborales.

En este orden de ideas, a la presente controversia le es aplicable el principio de “la primacía de la realidad sobre formalidades”, pues es indudable que el demandante se encontraba en las mismas condiciones de los empleados de planta, en tanto desempeñaba personalmente la labor, percibía una remuneración periódica, estaba completamente subordinado y además ejercía funciones de un cargo que revestía la característica de ser permanente, aspectos que demuestran la relación laboral que pretendía ser ocultada.

Ahora bien, es importante aclarar que la Sección Segunda del Consejo de Estado en reiteradas ocasiones ha señalado que la figura del contrato realidad, se aplica cuando se logra probar la continua prestación de los 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 propia de las relaciones laborales.

Para esta Judicatura es claro que la continuidad en la prestación de los servicios de instructor del señor **GERMÁN PARRA BUSTAMANTE** le brinda un carácter de permanente, de lo que se puede colegir que sus servicios no eran propios de un contrato de suministro de servicios sino de una relación laboral entre las partes.

La excepción prevista en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 que permite la celebración de contratos de prestación de servicios no autoriza que las entidades del Estado a través de esta modalidad de vinculación desconozcan el pago de las prestaciones sociales y demás obligaciones de carácter laboral que la Constitución y la ley han consagrado a cargo de los empleadores, máxime cuando la relación laboral entre las partes se extendió por más de 12 años.

Empero, es importante precisar que como se indicó en el acápite de normas y precedente jurisprudencial aplicable, el reconocimiento de la existencia de una relación laboral no implica conferir al demandante la condición de empleado público, puesto que dicha calidad no se otorga por el sólo hecho de trabajar para el Estado, sino que la misma se adquiere en las formas establecidas en la ley para ello (mediante concurso de méritos para acceder a la carrera administrativa, en provisionalidad, entre otras formas contempladas en la ley para tal fin).

Como consecuencia de lo anterior, se declarará la nulidad del **oficio N° S-2-2017-055899 del 22 de noviembre de 2017**, expedido por el Director Regional Bogotá D.C. del **SENA**, en cuanto negó la existencia de una relación laboral entre ese establecimiento público y el demandante, entre el **4 de diciembre de 2013 hasta el 7 de diciembre de 2015**, salvo sus interrupciones.

5.1. De pago de las prestaciones sociales en el contrato realidad.

Adicional a lo anterior, la jurisprudencia del máximo Tribunal Contencioso Administrativo ha sostenido que cuando el objeto del contrato versa sobre el desempeño de funciones de carácter permanente y en el proceso se demuestra que hubo subordinación o dependencia respecto del empleador, surge el derecho al pago de prestaciones²⁷, porque de lo contrario se afectan los derechos del trabajador.

De conformidad con lo planteado por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016 en los casos de los contratos de prestación de servicios que ocultan una relación laboral respecto al pago de prestaciones sociales son procedentes siempre y cuando no opere la prescripción extintiva, como se pasa a estudiar.

²⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, CP. Nicolás Pájaro Peñaranda, sentencia de 18 de noviembre de 2003, expediente: IJ-0039, actor: María Zulay Ramírez Orozco.

5.2. De la prescripción.

El Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación²⁸ citada, estableció de manera específica la regla jurisprudencial respecto a la cual, quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y en consecuencia exija el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de (3) tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.

Según lo probado en el proceso la parte actora inició su relación contractual a partir del 4 de diciembre de 2013 con el contrato N° 6036 y mantuvo su vínculo con la entidad con sendos contratos de prestación de servicios²⁹ que se renovaron de manera interrumpida hasta el 7 de diciembre de 2015, por lo tanto de acuerdo con la sentencia de unificación antes transcrita se debe analizar el vínculo y determinar si operó o no el fenómeno de la prescripción extintiva, teniendo en cuenta que el señor **GERMÁN PARRA BUSTAMANTE** presentó reclamación ante el **SENA** el **15 de noviembre de 2017**, radicada bajo el N° 2-2017-024231, como se verifica en el expediente electrónico.

En atención a que la vinculación del actor fue discontinua, ya que existieron interrupciones entre uno y otro contrato³⁰, y teniendo en cuenta la fecha en que formuló la respectiva solicitud, las prestaciones sociales a las que tiene derecho son las derivadas de los contratos No. 2350 de 20 de enero de 2014 que se empezó a ejecutar en la misma fecha y el contrato N° 1893 de 23 de enero de 2015, que fue ejecutado a partir del 23 de enero de 2015, con la advertencia que las prestaciones adeudadas al actor se deben liquidar **sólo a partir del 15 de noviembre de 2014** por prescripción trienal, pues la reclamación sólo se presentó el **15 de noviembre de 2017**, esto es, por fuera de los 3 años señalados como término de la prescripción extintiva, por lo tanto no es factible conceder los emolumentos prestacionales derivados de los contratos celebrados con anterioridad a dicha calenda vale decir, antes del 14 de noviembre de 2014.

En virtud de lo anterior, se declarará parcialmente probada la excepción de prescripción, formulada por el apoderado de la entidad demandada.

Pese a lo expuesto, debe recordarse que el fenómeno prescriptivo no aplica frente a los aportes para pensión, tal como se explicó en la sentencia de unificación referenciada³¹:

²⁸ C.E., SCA, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016 Consejero Ponente Carmelo Perdomo Cuéter, Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16.

²⁹ Se advierte además que, en algunos casos, dichos contratos se renovaban sin que hubiera solución de continuidad, es decir, sin que transcurriera una interrupción superior a 15 días, pero en otros casos si se evidenció por parte del despacho que hubo solución de continuidad por transcurrir un lapso superior a 15 días entre la finalización de un contrato y la celebración del siguiente. Consejo de Estado. Sección Segunda - Subsección B. Sentencia de 4 de mayo de 2017. Radicación número: 08001-23-31-000-2007-00062-01(1736-15). C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

³⁰ Entre la finalización del contrato N° 6036 de 2013 y el inicio del contrato N° 2350 de 2014 existió una interrupción de 1 mes y 6 días. Entre la finalización del contrato N° 2350 de 2014 que fue adicionado hasta el 23 de diciembre de mismo año y el inicio del contrato N° 1893 de 2015 existió una interrupción de 1 mes.

³¹ Sentencia de unificación CE-SUJ2-005 de 25 de agosto de 2016. Expediente 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015), C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

“(…) 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”.

Así las cosas, por haberse presentado la petición dentro del término de 3 años previsto en los artículos 41 del Decreto 3135/68 y 102 del Decreto 1848/69 y conforme a la sentencia de unificación del Consejo de Estado antes citada, el señor **GERMÁN PARRA BUSTAMANTE**, tiene derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales comunes devengadas por un instructor de la planta de la entidad o el cargo al cual se asemejen las funciones que desempeñaba únicamente por el periodo comprendido entre el **17 de noviembre de 2014** hasta el **7 de diciembre de 2015** fecha en que terminó el último contrato³², dada la prescripción trienal a la que se hizo referencia.

En cuanto a las cotizaciones destinadas a pensión es procedente ordenar a la entidad demandada tener en cuenta para efectos pensionales el tiempo comprendido entre el **4 de diciembre de 2013 hasta el 7 de diciembre de 2015** (periodo de desarrollo de los contratos de prestación de servicios), dado el carácter imprescriptible de esta prestación, salvo los periodos de interrupciones.

Respecto de la devolución de los aportes de los pagos que hubiere efectuado la demandante al sistema de seguridad social en pensiones se deberá tener en cuenta la regla jurisprudencial establecida por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, es decir, “... iii) *Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional...*”, en ese sentido solo tendrá derecho a la devolución de los aportes que excedan el 4% del 16% que se debe cotizar al sistema por el periodo comprendido entre el 29 de septiembre de 2005 al 5 de mayo de 2017, si hubiere lugar a ello, una vez que la entidad haya determinado el IBC sobre el cual deben efectuarse dichos pagos.

De igual manera, la entidad demandada deberá devolver al demandante por concepto de seguridad social en salud la cuota parte que le correspondía como entidad empleadora.

Así entonces, para calcular el ingreso base de cotización (IBC) tanto para las prestaciones sociales comunes como para efectos de cotizaciones a pensión del

³² Contrato en el expediente electrónico.

demandante, la entidad deberá tener en cuenta que dentro de la planta de la entidad se encuentra creado el cargo de instructor o el cargo que se asemeje a las funciones desempeñadas por el demandante, por lo tanto, el IBC deberá calcularse con el salario percibido por el cargo citado o uno de similar categoría o denominación.

La liquidación de aportes para pensión se deberá efectuar mes a mes y de existir diferencias entre los aportes realizados por el demandante en calidad de contratista y los que se debieron efectuar, la entidad deberá realizar las cotizaciones al respectivo fondo de pensiones de la suma faltante por concepto de aportes a pensión en la cuota parte que le correspondía como entidad empleadora esto es el 12% y a la demandante le corresponde aportar el 4%, de existir diferencias en los aportes que se debieron efectuar la demandada deberá trasladar a las entidades de seguridad social a la cual cotiza el demandante.

Para lo anterior, el demandante debe acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en caso de no haberlas realizado o que existieran diferencias en su contra, tendrá la carga de completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

5.3. Del Restablecimiento del derecho.

Conforme a las reglas jurisprudenciales fijadas en la pluricitada sentencia de unificación proferida por la sección segunda del Consejo de Estado³³: “(i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho -y no a título de reparación del daño como lo solicitó el apoderado de la parte demandante,(fuera del texto)- y (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el contratista corresponderá al sueldo devengado por los servidores de planta de la entidad”.

Conforme a lo expuesto, a título de restablecimiento del derecho se ordenará al **Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA** lo siguiente:

(i) Pagar al señor **GERMÁN PARRA BUSTAMANTE** las correspondientes prestaciones sociales (liquidadas con base en el sueldo devengado por los servidores de planta que ostentan el mismo cargo al que desempeñó el demandante), en proporción al período trabajado en virtud de los contratos No. 2350 de 20 de enero de 2014 que se empezó a ejecutar en la misma fecha y el contrato N° 1893 de 23 de enero de 2015, que fue ejecutado a partir del 23 de enero de 2015, con la advertencia que las prestaciones adeudadas al actor se deben liquidar **sólo a partir del 15 de noviembre de 2014**, salvo sus interrupciones, por cuanto operó la prescripción trienal respecto de los

³³ Ibídem.

derechos laborales reclamados frente a los demás contratos con anterioridad a esta misma fecha.

(ii) Para el pago de aportes a seguridad social en pensión se adoptará el criterio establecido en la sentencia de unificación del Consejo de Estado de fecha 25 de agosto de 2016.

En consecuencia, la entidad demandada deberá tomar, durante el tiempo comprendido entre el **4 de diciembre de 2013 hasta el 7 de diciembre de 2015**, salvo sus interrupciones, el ingreso base de cotización (IBC) pensional del demandante como ya se indicó, 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 solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Para efectos de lo anterior, 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.

(iii) Se declarará que el tiempo laborado por el demandante como instructor bajo la modalidad de contratos y órdenes de prestación de servicios con el **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA**, desde el **4 de diciembre de 2013 hasta el 7 de diciembre de 2015**, salvo sus interrupciones, se debe computar para efectos pensionales.

Las sumas que deberá cancelar la entidad accionada por concepto de prestaciones sociales y aportes para pensión se actualizarán de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente (R) se determinará al multiplicar el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de la causación de la prestación). La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente:

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

Se aclara que, por tratarse de obligaciones de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, conforme el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

De las costas. Siguiendo en este punto la sentencia de la sección segunda del 18 de julio de 2018³⁴, encuentra este Despacho que no se observó ninguna actitud temeraria

³⁴ Consejo de estado, Sección segunda, Subsección A, sentencia del 18 de julio de 2018, C.P. William Hernández Gómez; Rad: 68001-23-33-000-2013-00698-01 (3300-14)

por parte del extremo activo, aunado a que las actuaciones adelantadas por la accionante son las que normalmente se esperan al interior de un proceso.

Por ello y en razón a las actuaciones realizadas en esta instancia y en aplicación del criterio valorativo ya enunciado, se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada conforme las previsiones del artículo 365 del C.G.P., en la medida en que prosperó parcialmente la excepción de prescripción extintiva, lo que conlleva a que no sea posible reconocer todas las prestaciones sociales solicitadas por la actora.

En tal virtud el despacho arriba a la convicción de que las pretensiones de la demanda deben prosperar en la forma indicada, en cuanto que el acto administrativo demandado es nulo por haberse expedido con desconocimiento de las normas superiores invocadas, desvirtuando así la presunción de legalidad que lo amparaba.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.** en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR que entre el señor **GERMÁN PARRA BUSTAMANTE**, identificado con cédula de ciudadanía N° 79.780.116 y el **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA** se configuró una relación laboral de naturaleza pública durante el periodo comprendido entre el **4 de diciembre de 2013 hasta el 7 de diciembre de 2015**, fecha en que terminó el último contrato, con ocasión de la ejecución de los contratos de suministro de servicios celebrados y ejecutados, salvo en los lapsos de las interrupciones, de acuerdo con las razones expuestas.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se **DECLARA NULO** el oficio N° **oficio N° 2-2017-055899 del 22 de noviembre de 2017**, por medio del cual el **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA** le negó al señor **GERMÁN PARRA BUSTAMANTE** el reconocimiento y pago los derechos y acreencias laborales solicitados, de acuerdo con los motivos expuestos en esta providencia.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, se **CONDENA** a la **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA** a que reconozca y pague en forma indexada al señor **GERMÁN PARRA BUSTAMANTE**, identificado con cédula de ciudadanía N° 79.780.116, las prestaciones salariales y sociales y demás emolumentos legales dejados de pagar, equivalentes a los que corresponda al cargo de **INSTRUCTOR** de la planta de personal de la entidad para el periodo comprendido entre el **15 de noviembre de 2014 hasta el 7 de diciembre de 2015**, por las razones indicadas en la parte motiva de este fallo.

CUARTO: De la misma manera se **CONDENA** al **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA** a que reconozca y pague en forma indexada al señor **GERMÁN PARRA BUSTAMANTE**, para efectos pensionales, el tiempo comprendido entre el **4 de diciembre de 2013 hasta el 7 de diciembre de 2015**, teniendo en cuenta para calcular el ingreso base de cotización (IBC) el salario que percibía un empleado de la planta de personal de la entidad que desempeñara las funciones equivalentes a las ejercidas por el actor para la época en que esta prestó sus servicios a la entidad demandada, mes a mes, y de existir diferencias entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, realizar las cotizaciones al respectivo fondo de pensiones de la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como entidad empleadora.

Asimismo, el demandante debe acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en caso de no haberlas realizado o que existieran diferencias en su contra, tendrá la carga de completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

QUINTO: La entidad condenada debe pagar a la parte demandante los valores correspondientes de que tratan los numerales anteriores, actualizados de acuerdo con lo expresado en la parte motiva de esta providencia, conforme con los índices de inflación certificados por el **DANE** y mediante la aplicación de la fórmula consignada en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO: DECLARAR configurada la **PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA** de las acreencias laborales reclamadas por la señora **GERMÁN PARRA BUSTAMANTE**, anteriores al **14 de noviembre de 2014**, excepto los aportes destinados a seguridad social en pensión, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente sentencia.

SÉPTIMO: Se niegan las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

OCTAVO: Sin condena en costas, por las razones expuestas.

NOVENO: La entidad dará cumplimiento al presente fallo, dentro de los términos previstos en el artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sin necesidad de mandato judicial.

DECIMO: En firme esta Sentencia, por la Secretaría del Juzgado **COMUNÍQUESE** a la entidad condenada, con copia íntegra de la misma para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 incisos finales, de la Ley 1437 de 2011). Igualmente expídase a la parte demandante copia íntegra y auténtica de la misma, con constancia de ejecutoria, en los términos del numeral 2, del artículo 114 del C.G.P. Lo anterior a costa de la parte demandante.

UNDÉCIMO: Se **REQUIERE** a la entidad condenada que una vez se encuentre en firme esta providencia al momento de cumplir la sentencia y hacer el respectivo pago se le consigne directamente a la cuenta del demandante y **no se realice dicho pago** a través de depósito judicial en la cuenta del juzgado.

DUODÉCIMO: Ejecutoriada esta providencia, por la Secretaría del Juzgado devuélvase al interesado el remanente de los gastos del proceso si los hubiere, excepto los causados y hecha la liquidación del proceso y las anotaciones de ley, **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA CECILIA PIZARRO TOLEDO
JUEZ

Vpag

Firmado Por:

JUZGADO DIECISÉIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL
CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

Por anotación en ESTADO ELECTRÓNICO (Art. 201, Ley 1437 de 2011) se notifi
a las partes la providencia anterior, **hoy 7 de abril de 2021 a las 8:00 a.m.**, t
mismo se envió mensaje de texto de la notificación por ESTADO O ELECTRÓNICO
de la providencia anterior a los correos electrónicos suministrado s, conforme
párrafo 3º, artículo 201 de la Ley 1437 de 2011.

Secretaria

MARIA CECILIA PIZARRO TOLEDO
JUEZ
JUEZ - JUZGADO 016 ADMINISTRATIVO DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-
SANTAFE DE BOGOTA D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
ea90bo1259ca60709414ca7dde7f00630497337a993focb1dodac7bbf5c56c4b
Documento generado en 25/03/2021 10:26:51 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>