



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTICINCO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**

Correo único de raditaciones: correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá, D.C., quince (15) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Expediente	11001-33-035-025-2021-00042-00
Demandant	HELBERT GIOVANNY REY GARZON
Demandada	SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA
Medio de Control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho –Contrato Realidad-

I. OBJETO.

De conformidad con lo previsto en el inciso final del artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el Decreto 806 de 2020 y no avizorando causal que invalide lo actuado, procede el Despacho a proferir la **SENTENCIA** que en derecho corresponda, conforme con lo siguiente:

II. LA DEMANDA.

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho, el señor **HELBERT GIOVANNY REY GARZON**, a través de apoderado judicial, deprecia la nulidad del **oficio No 11-2-2020-034122 del 21/09/2020**, mediante el cual el SENA, le negó el reconocimiento y pago de las acreencias laborales, que afirma se causaron entre los años 2014 al año 2019, lapso durante el cual considera se configuró una relación laboral que devino en un contrato realidad.

A título de **restablecimiento del derecho** solicitó el pago de las prestaciones sociales, tales como primas de servicios de junio y de diciembre, prima de navidad, de vacaciones, vacaciones, bonificación por servicios prestados, prima quinquenal, cesantías, e intereses sobre cesantías y viáticos, a la actualización de las sumas condenadas de conformidad con el artículo 187 del CPACA, al cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 ibidem y a la condena en costas.

1. Fundamentos fácticos:

1. El demandante, en su condición de INSTRUCTOR celebró contratos de prestación de servicios sucesivos, habituales con el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA, a partir del año 2014 hasta el 2019.

2. Que el demandante ejecutó la prestación en forma personal, constante e ininterrumpida, bajo subordinación, recibiendo órdenes relacionadas con el modo, tiempo y lugar en la ejecución de las tareas como instructor, con dependencia técnica y administrativa en el área de formación titulada o complementaria de forma presencial o virtual en los programas de impartir formación profesional, en el área de Técnicas de Desarrollo Gráfico de Proyectos de Arquitectura e Ingeniería que orienta el Centro de Tecnologías para la Construcción y la Madera e impartir formación en las áreas que orienta el Centro de Tecnologías para la Construcción y la Madera, cumpliendo un horario y programación académica impuesta por el SENA, en forma sucesiva desde el año 2014 hasta el año 2019.

3. Que el **11 de septiembre del 2020**, petitionó ante el ente demandado el reconocimiento y pago de todas las acreencias laborales a que cree tener derecho, petición resuelta en forma negativa mediante **oficio No 11-2-2020-034122 del 21/09/2020**, acto demandado.

b. Normas violadas y concepto de la violación

Invocó como **normas violadas** las siguientes:

Constitucionales: Artículos 1, 13, 25, 38, 39, 40, 53 y 125.

Legales:

Ley 734 de 2002

Ley 790 de 2002

Ley 909 de 2004

Ley 80 de 1993

Decretos 2400 de 1968

Decreto 1950 de 1973

Concepto de violación:

Indicó que la accionada al contratar el actor por aproximadamente 5 años en forma permanente para realizar tareas de capacitación igual a las desarrolladas por los funcionarios de planta Y en labores no altamente especializada y que pudo ejecutarlas con funcionarios de planta, vulnero el inciso 4º del Artículo segundo del decreto No 2400 de 1968 y su reforma hecha por el decreto 3064 de 1968, con graves perjuicios para el trabajador al desconocerse las obligaciones que generan la relación laboral como son el no pago de las prestaciones sociales, la seguridad Social, la inestabilidad Laboral el desconocimiento a los trabajadores a la libre asociación, y la imposibilidad de descanso remunerado.

Indicó que el señor HELBERT GIOVANNY REY GARZON desarrollo personalmente la ejecución de cada uno de los contratos, recibió mensualmente una contraprestación o salario como consta en cada uno de los contratos, y no recibió anticipos, cumplió horarios, y ejecuto los contratos bajo subordinación y en cumplimiento de órdenes permanentes, ya que en la docencia no existe autonomía cuando el SENA contrata docentes en forma permanente para ejecutar las mismas funciones o labores que los empleados de planta, y a unos les aplica un régimen jurídico de contratación estatal y los de planta un régimen jurídico amparando todos los beneficios de la relación laboral, se evidencia una gran diferencia injustificada, por cuanto no es posible que tratándose del mismo empleador unos tengan seguridad social y todas las prestaciones sociales y otro grupo se le desconozcan todos los derechos amparando su actuación en una contratación disfrazada de contrato Administrativo, vulnerando el derecho a la igualdad que el estado debe garantizar.

Citó la sentencia de unificación del Consejo de Estado, 25 de agosto de 2016, radicado 23001-23- 33-000- 2013-00260- 01 y concluyó que quedó evidenciado que el instructor contratista ejecuto todos sus contratos dentro de una relación laboral en la cual se demuestra en los anexos de la presente demanda la existencia de los tres elementos de la relación laboral esto es, prestación personal de servicio, remuneración y subordinación.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

El SENA contestó la demanda de manera oportuna en escrito en el que se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Manifestó que respecto de las personas

contratadas mediante contratos de prestación de servicios no es procedente el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, teniendo en cuenta que dichas prestaciones no son propias de este tipo de contratos, adicionalmente, dentro del plenario esta desvirtuada la subordinación que alega el actor, en el sentido de que el demandante contaba con autonomía técnica para ejercer sus actividades profesionales teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad desarrollada que era netamente virtual; circunstancia que no permite la configuración de la dependencia que manifiesta el actor.

Consideró que tampoco recibió órdenes, ni directrices de la entidad en el desarrollo de sus actividades contractuales, ni se le impuso un horario, sino que por el contrario se pactó con la demandante la ejecución de un objeto contractual por un tiempo limitado y el necesario para realizar la gestión.

Indicó que la vinculación de instructores es una actividad de especial importancia para la entidad, por tratarse de una vinculación indispensable para la ejecución del objeto principal de la entidad. Un instructor del SENA puede encontrarse vinculado a través de una relación legal y reglamentaria, como empleado público de carrera administrativa o provisional, o mediante contrato de prestación de servicios por un término estrictamente necesario como sucede en el presente caso, cada relación contractual tiene por objeto prestar servicios profesionales temporales y de manera personal.

Argumentó que el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, contempla que, quienes celebren contratos bajo la modalidad de prestación de servicios, no tienen derecho al reconocimiento y pago de prestaciones sociales por cuanto el propósito de dichos contratos es desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, a fin de satisfacer las necesidades en beneficio del interés público y no por ello, si las obligaciones se cumplen bajo la supervisión de la dirección de la entidad y en el horario de atención al público, tiene derecho a un tratamiento igual al de un empleado público como se pretende en esta demanda.

Sostuvo que las relaciones de coordinación entre el SENA y el demandante no implican la existencia de elementos de subordinación producto de las relaciones laborales, pues lo que busca la coordinación es garantizar la efectiva prestación del servicio contratado y en muchas ocasiones como en el presente asunto se requiere

que el servicio sea prestado en determinado horario y en las instalaciones del SENA por tratarse de actividades de apoyo de gestión para el área educativa y certificación académica, cubriendo necesidades, desarrollando formación titulada o complementaria en el programa de virtualización.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los alegatos de conclusión fueron rendidos en la audiencia de pruebas de la siguiente manera:

4.1. Parte demandante: Presentó sus alegatos de conclusión manifestando que el SENA simuló la existencia de una relación laboral utilizando contratos de prestación de servicios para no pagar las prestaciones y la seguridad sociales en pensión, pues en el presente caso no existió temporalidad, que según la Corte Constitucional es un elemento del contrato de prestación de servicios, pues los contratos y la vinculación como contratista se prolongó en el tiempo por más cinco años con objetos contractuales similares y ejecutando funciones misionales que son del rol o giro ordinario del SENA en tareas que no son las previstas en el artículo 32 numeral tercero de la ley 80 de 1.993 para el mantenimiento como aseadores, conductores, celadores y otros afines, pues vemos que la contratación efectuada en el presente caso estuvo dirigida a la formación profesional integral de aprendices función que constituye la esencia de la misión del SENA y adicional a esta circunstancia no justificó la contratación hecha durante varios años desempeñando funciones misionales.

Consideró que el SENA justificó- que la contratación de este contratista se debió a la deficiencia del número de instructores para atender la demanda, solución que no es la apropiada pues la ley 909 de 2004 prevé que en estos casos la entidad debe crear los cargos y de ninguna manera puede utilizar este tipo de contratación para desarrollar funciones misionales en forma permanente.

Indico que en contraprestación a sus servicios como instructor le fue reconocido al actor, por concepto de honorarios el valor pactado en los contratos de prestación de servicios y pagos mensuales iguales o similares.

Sostuvo que respecto a la subordinación existen correos electrónicos donde se evidencian las ordenes impartidas que no son propias de un contrato de prestación de servicios y que no son actividades de coordinación, sino verdaderas ordenes de un jefe y que debían cumplirse, de otro lado, No hubo temporalidad en la contratación y esta se extendió en el tiempo por más de 5 años excedió la característica de excepcional, la labor ejecutada no fue independiente y no tenía autonomía administrativa ni científica en el cumplimiento del objeto contractual, debía cumplir los horarios impuestos por el SENA, desarrollar las formaciones a los aprendices en los ambientes establecidos por el SENA, desarrollar las competencias laborales indicadas por la entidad a los aprendices, las funciones eran misionales y no eran relacionadas con el funcionamiento de la entidad.

4.2. Parte demandada: Presentó sus alegatos oponiéndose nulidad del Oficio Número Oficio 11- 2-2020-034122 de fecha 21 de septiembre de 2020, puesto que en su consideración no existe fundamento legal ni probatorio, toda vez que, la parte demandante no logro probar de conformidad a su forma y contenido, que desvirtuó la presunción de legalidad que lo reviste. por anterior, la entidad que represento no está obligada a reconocer y pagar prestaciones sociales y cualquier otro emolumento de quien no haya prestado sus servicios a la entidad en virtud de una relación legal y reglamentaria o una relación contractual laboral pública.

Indicó que el accionante estuvo vinculado al SENA mediante contratos de prestación de servicios, a través de contratos temporales e interrumpidos, cuya duración fue siempre por tiempo limitado e indispensable para ejecutar diferentes objetos contractuales convenidos. Además, se advierte que cada contrato tiene como mínimo un término de interrupción prudencial entre uno y otro, además, durante ese término de interrupción no está acreditado que se debiera a situaciones de logística del SENA y ni se encontrara en época de vacaciones como erróneamente lo manifiesta el accionante durante ese lapso: Cabe resaltar que tampoco existe dentro del plenario que acredite que el actor realizara actividades durante las interrupciones contractuales, en este sentido no logro probar la presunta subordinación que alega.

Sostuvo que en los diferentes documentos aportados existe continuidad entre los diversos contratos de prestación de servicios que se suscribieron entre las partes por presentarse en la mayoría de ellos un lapso de más de 15 días entre la celebración

de uno y otro contrato, por lo que la prescripción de estos debería a su vez mirarse de forma individual para cada relación contractual.

Manifestó que dentro del presente asunto se advierte que las pruebas allegadas al plenario no acreditan los elementos constitutivos de una relación laboral, no está demostrada la subordinación alegada y ni la continuada dependencia de la actora, así como tampoco se evidencia prueba alguna de la vocación de permanencia de la demandante con la entidad, sino por el contrario, está demostrado los elementos característicos de una relación contractual de carácter estatal, mediante contrato de prestación de servicio.

V. CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

Este Despacho es competente para decidir el asunto en primera instancia, por razón de la naturaleza de la acción, la tipología del medio de control, la cuantía y el factor territorial, de acuerdo con lo normado por los artículos 155, 156 y 157 del CPACA, en su redacción vigente¹.

Por consiguiente, sin que se advierta o evidencie causal alguna de nulidad que puedan invalidar total o parcialmente lo actuado, procede este Juzgado a proferir la sentencia que en derecho corresponda

5.2. Problema jurídico.

El litigio gira, principalmente, en torno a establecer si hay lugar a la declaratoria de existencia de un **CONTRATO REALIDAD DE NATURALEZA LABORAL** entre el **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA.**, y el señor **HELBERT GIOVANNY REY GARZON** quien fungió como **INSTRUCTOR**, en consecuencia, si tiene derecho a que se le reconozca y pague en forma indexada los salarios y prestaciones sociales y demás emolumentos a que haya lugar, que pudieron causarse durante su relación contractual con la demandada, que afirma, sucedió entre los años 2014 al año 2019.

¹ Los citados artículos fueron modificados por la Ley 2080 de 2021, promulgada el 25 de enero de 2021. Empero, de conformidad con las disposiciones sobre su propia vigencia, contenidos en el artículo 86 de aquella, "rige a partir de su publicación, con excepción de las normas que modifican las competencias de los juzgados y tribunales administrativos y del Consejo de Estado, las cuales solo se aplicarán respecto de las demandas que se presenten un año después de publicada [esa] ley".

5.3. Normativa aplicable. Configuración de relaciones de trabajo subordinadas con el Estado suscitadas en el marco de la ejecución de contratos administrativos de prestación de servicios - Principio de primacía de realidad sobre las formalidades: efectos y prerrogativas.

Para resolver los precitados problemas jurídicos principales y secundarios, se tendrá en cuenta que el régimen aplicable y lo dispuesto por el Consejo de Estado en sentencia de unificación jurisprudencial [CE-SUJ2-005-16²](#).

Sea lo primero advertir que, la contratación de servicios personales por parte de los órganos y entidades del Estado se encuentra regulada por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que establece lo siguiente:

*“[...] **ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES.** Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:*

[...]

3o. Contrato de Prestación de Servicios.

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable [...].”

La norma en cita fue examinada por la Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997, oportunidad en la que determinó, entre otros aspectos, las características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo, así:

“El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda; Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005-16 de 25 de agosto de 2016; expediente 23001-23-33-000-2013-00260-01[0088-15]; C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual "...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley."

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

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

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

En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente."

Posteriormente, ese Alto Tribunal³ determinó los criterios que permiten establecer o diferenciar lo que constituye una actividad permanente, al precisar que:

*“[...] la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal. Acerca del esclarecimiento de qué constituye una función permanente, la jurisprudencia constitucional ha precisado los criterios para determinarla, los cuales se refieren [i] **al criterio funcional**, que hace alusión a “la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública [artículo 121 de la Constitución]”; [ii] **al criterio de igualdad**, esto es, cuando “las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral”; [iii] **al criterio temporal o de habitualidad**, si “las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual”; [iv] **al criterio de excepcionalidad**, si “la tarea acordada corresponde a “actividades nuevas” y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta”; y [v] **al criterio de continuidad**, si “la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, **la verdadera relación existente es de tipo laboral.**”*

Entonces, es viable afirmar que el contrato de prestación de servicios es el que celebran las entidades estatales para el desarrollo actividades de administración o funcionamiento que sólo pueden celebrarse con personas naturales, siempre que esas actividades no puedan realizarse con personal de planta o se requiera de conocimientos especializados. Así mismo, se tiene que dichos contratos no generan relación laboral ni obligan al pago de prestaciones sociales, su extensión debe ser sólo por el término indispensable y no pueden prorrogarse indefinidamente. Por ende, fluye con claridad que las relaciones de trabajo y el contrato de prestación de servicios son formas jurídicas de vinculación que tienen características distintas, de manera que no son asimilables o confundibles, y por tal razón, la contratación administrativa no puede ser utilizada para encubrir vínculos laborales ni eludir el pago de prestaciones sociales.

No obstante, la misma Corte Constitucional⁴ ha “constatado” que “los poderes públicos han utilizado de forma abierta y amplía la figura del contrato de prestación de servicios, en algunos casos para enmascarar relaciones laborales y evadir el pago de prestaciones sociales, desconociendo así las garantías especiales de la relación laboral que la Constitución consagra, dejando de lado, además, la excepcionalidad

³ Sala Plena de la Corte Constitucional, Expediente No. D-8666, Sentencia C-171 del 7 de marzo de 2012, M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴ Sentencia SU-40 de 10 de mayo de 2018.

de este tipo de contratación”, contexto en el cual, “las garantías de los trabajadores deben ser protegidas por los órganos competentes, con independencia de las prácticas a las que acudan los distintos empleadores para evitar vinculaciones de tipo laboral. Razón por la que la jurisprudencia ha establecido los casos en los que se configura una relación laboral, con independencia del nombre que le asignen las partes al contrato y ha sido enfática en sostener que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53 Superior, el principio de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales debe aplicarse en las relaciones laborales entre particulares y en las celebradas por el Estado”.

En consonancia con lo anterior, y a propósito de la aplicación del principio de realidad y los elementos esenciales de toda relación de trabajo, el Consejo de Estado⁵ ha dicho:

“[...] La realidad sobre las formalidades evidenciadas en las relaciones de trabajo, hace referencia a un principio constitucional imperante en materia laboral y expresamente reconocido por el artículo 53 de la Carta Política, entendido de la siguiente forma: no importa la denominación que se le dé a la relación laboral, pues, siempre que se evidencien los elementos integrantes de la misma, ella dará lugar a que se configure un verdadero contrato realidad. Es preciso destacar que se ha denominado contrato realidad aquél que teniendo apariencia distinta, encierra por sus contenidos materiales una verdadera relación laboral en donde se establece el primado de la sustancia sobre la forma. Ahora bien, para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es: i. Que su actividad en la entidad haya sido personal; ii. Que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, iii. además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo. Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral [...]”.

Igualmente, en sentencia de unificación jurisprudencial [CE-SUJ2-005-16](#)⁶, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo indicó:

“De lo anterior se colige que el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral, de lo que surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del

⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, Bogotá, D.C., cuatro [04] de febrero dos mil dieciséis [2016], Radicación número: 05001-23-31-000-2010-02195-01[1149-15]

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda; Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005-16 de 25 de agosto de 2016; expediente 23001-23-33-000-2013-00260-01[0088-15]; C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, con el que se propende por la garantía de los derechos mínimos de las personas preceptuados en normas respecto de la materia.

En otras palabras, el denominado “contrato realidad” aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales.

De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda³⁹ recordó que [i] la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; [ii] le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y [iii] por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión.”

De lo anterior resulta claro que si bien el ordenamiento legal permite celebrar contratos de prestación de servicios profesionales de apoyo a la gestión de las entidades públicas, esta modalidad de contratación no debe servir de cortina para disfrazar una auténtica relación de carácter laboral, pues de ser así, surgen, en forma inmediata, los derechos para el contratista de acceder al reconocimiento y pago de los derechos y prerrogativas propios de una relación laboral, especialmente en aquellos casos en los cuales se trata de atender actividades consustanciales al giro ordinario u objeto social del ente contratante; es decir para suplir necesidades administrativas permanentes, necesarias e indispensables para la consecución de sus fines.

Así pues, para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que la parte interesada demuestre los elementos esenciales de la misma, esto es, que la actividad haya sido **prestada de manera personal**, es decir, por sí mismo; que por dicho oficio haya recibido una **remuneración** o pago; y, además, que en la relación con el empleador exista continua **subordinación** o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al prestador del servicio el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo. De estos tres elementos, el de **subordinación** resulta ser el de mayor

relevancia, toda vez que marca la diferencia entre el contrato de prestación de servicios y una relación laboral.

Anótese que, además de los tres elementos de la relación laboral, también es necesario demostrar la **permanencia**, es decir, que la labor sea inherente a la entidad y la **equidad o similitud**, que constituye el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia⁷, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral.

Por consiguiente, la prosperidad de las pretensiones en casos como el presente, en los que se alega el encubrimiento de relaciones laborales a través de la figura de contratación administrativa de servicios y se requiere la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, debe determinarse conforme al análisis y valoración de las pruebas aportadas, de las cuales se decantará si realmente existió o no la prestación personal del servicio, la remuneración como contraprestación del trabajo, y, especialmente, si el reclamante estuvo sometido a la continua subordinación y dependencia de la Administración. Lo anterior, sin perjuicio de las presunciones y cargas probatorias establecidas por el Consejo de Estado en los casos que entrañan el desarrollo de ciertas actividades específicas.

5.4. Pruebas recaudadas.

5.4.1. Documentos allegados con la demanda:

1. Copia del oficio No 11-2-2020-034122 del 21/09/2020 mediante el cual el SENA niega el pago de las prestaciones y la seguridad sociales y demás derechos derivados de la relación laboral existente entre el accionante y el SENA producto de la ejecución de los contratos como instructor desde el año 2014 hasta el 2019 (fl. 47 pdf).

2. Certificaciones de contratos suscritos por el actor y el SENA (fl. 47 pdf).

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia de fecha 29 de septiembre de 2005, radicación Nro. 68001-23-15-000-1998-01445-01, referencia Nro. 02990-05, actor: Mónica María Herrera Vega, demandado: Municipio de Floridablanca, C.P.: Dr. Tarsicio Cáceres Toro.

3.- Copia Contratos ejecutados 03413 y adición del 2014, 001891 y adición del 2015, 002457 del 2016, 001523 y adición del 2017, 002997 del 2018, 000824 del 2019 (fl. 61-99 pdf).

4. Certificados de ingresos y retenciones (fl. 100 pdf).

5. Correos enviados al contratista (fl. 117-121 pdf).

6. Copia de manual de funciones específicas de instructores SENA de Artes Gráficas de la resolución 1302 del 2015 (fl. 122 pdf).

7. petición enervada por el actor solicitando el reconocimiento de las prestaciones (fl. 42) constancia de radicación allegada a la audiencia el 10 de noviembre de 2021.

5.4.2. Documentos aportados por la accionada:

- Contratos de prestación de servicios 3431-2014, 19891-2015, 2457 de 2016, 1523 de 2017, 2997 de 2018, 884 de 2019, con sus respectivos antecedentes administrativos (carpeta anexos)

Interrogatorio de parte de HELBERT GIOVANNY REY GARZON ⁸.

5.4.3. Testimonios⁹:

5.5. Examen del caso concreto.

Cuestión previa – tacha de testigos

En la audiencia de pruebas llevada a cabo el 26 de noviembre de 2021, la apoderada de la accionada formuló tacha al testimonio rendido por rendida por ROSA BLANCO AMARANTO MERIÑO, al considerar que tenían interés en el proceso por estar ventilando proceso con las mismas pretensiones.

Al respecto se considera, el artículo 211 del Código General del Proceso, señala:

⁸ Registro en vídeo disponible en los siguientes link:

<https://playback.lifefsize.com/#/publicvideo/1c376e74-539d-4db4-a3bc-f568fe4c456c?vcpubtoken=f118aaa2-b385-4099-af99-196922c47821>

⁹ *Ibidem*.

«[...] Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.

La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso [...]

Por su parte, el Consejo de Estado¹⁰ ha señalado que únicamente las partes tienen la carga de advertir al juez sobre las condiciones de los testigos y tacharlos de sospechosos, toda vez que de permitirle al juez esta facultad, se desconocerían los derechos al debido proceso, contradicción de la prueba e igualdad de las partes.

Así mismo, la citada sentencia señaló que el testimonio sospechoso no debe ser desestimado de plano por el juez, por el contrario, debe ser valorado de manera rigurosa a efectos de determinar la credibilidad que aquellas puedan infundir. De lo anterior, se colige lo siguiente:

- La tacha de testimonios debe ser realizada por cualquiera de las partes a través de solicitud motivada cuando consideren que afectan su credibilidad o independencia.
- El testimonio sospechoso no debe ser desestimado per se, por el contrario, debe analizarse de acuerdo con las reglas de la sana crítica y refutar su dicho, si es del caso, con los demás medios de pruebas.

De entrada precisa reiterar que la existencia de una relación laboral entre el demandante y una de las partes hace que el testimonio se considere como sospechoso (artículo 217 del Código de Procedimiento Civil¹¹); sin embargo, esa sola circunstancia no determina la prosperidad de la tacha, sino que su apreciación exigirá del juez un ejercicio más riguroso, con el ánimo de descartar posibles favorecimientos o sesgos como consecuencia del hecho

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 25 de marzo de 2015, número interno 31662.

¹¹ El artículo disponía: “*Son sospechosas para declarar las personas que en concepto del juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés con relación a las partes o a sus apoderados, antecedentes personales u otras causas*”.

generador de la sospecha (inciso final del artículo 218 del Código de Procedimiento Civil¹²)¹³. En ese orden, el testimonio tachado se muestra conteste con los demás elementos probatorios obrantes en el proceso, sin que se evidencie en ellos un afán de favorecer al demandante, por demás se encuentra que sus manifestaciones están dirigidas a rendir un relato sobre los hechos que conoció como consecuencia de la vinculación laboral, razón por la que la tacha no está llamada a prosperar.

5.6 Del fondo del asunto

El demandante pretende obtener la declaración de existencia de una relación de trabajo subordinada con la Administración, con ocasión de los servicios que prestó como **instructor** al SENA, **entre los años 2014 al año 2019**, bajo la modalidad de contratación administrativa de prestación de servicios. Como consecuencia de lo anterior, persigue el reconocimiento de prestaciones sociales a que tienen derecho los empleados públicos, tanto como la práctica o reembolso de los aportes sufragados a los sistemas de seguridad social en salud y pensiones, caja de compensación y demás retenciones.

Por su parte, el **Sena** asegura que la modalidad contractual utilizada se encuentra conforme a derecho, y nunca se generó el vínculo laboral que alega la parte actora.

Planteado el objeto y alcance del litigio, y a partir de las pruebas recaudadas en el expediente, procede el Juzgado a efectuar el análisis crítico que corresponde, para lo cual, empieza por señalar que, de acuerdo con los hechos expuestos en la demanda y la respuesta a los mismos dada por el SENA, no existe controversia alguna en cuanto a la prestación personal del servicio por parte del señor **Helbert Giovanni Rey Garzón** y la contraprestación que recibía por esa actividad.

¹² El inciso señalaba: *“El juez apreciará los testimonios sospechosos, de acuerdo con las circunstancias de cada caso”*.

¹³ Sobre el particular: Consejo de Estado, Subsección B, sentencia del 20 de febrero de 2014, exp. 23.482, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

En efecto, una vez revisado el expediente, se tiene que a folio 51 de la carpeta anexos expediente digitalizado obra certificación expedida el 17 de septiembre de 2020 por el Subdirector (E) Centro de Tecnologías para la Construcción y la Madera del SENA, de la cual es posible concluir la prestación personal del servicio, durante los siguientes lapsos:

CONTRATO	FECHA INGRESO	FECHA TERMINACION	HONORARIOS MES
003413 del 23 de Enero de 2014	23/01/2014	17/12/2014	\$3.174.200
001891 del 23 de Enero de 2015	23/01/2015	19/12/2015	\$3.269.426
002457 del 30 de Enero de 2016	30/01/2016	16/12/ 2016	\$3.367.510
001523 del 24 de Enero de 2017	24/01/2017	19/12/2017	\$3.468.535
002997 del 25 de Enero de 2018	25/01/2018	05/12/2018	\$3.572.591
000824 del 04 febrero de 2019	04/02/2019	21/03/2019	\$3.679.757

Asimismo, de la anterior certificación se extraen los pagos efectuados al actor por la prestación del servicio y la funciones que desempeñó relacionadas con impartir formación en las áreas que orienta el Centro de Tecnologías para la Construcción y la Madera.

De la información referida, es viable inferir que los contratos se ejecutaron entre el 23 de enero de 2014 y el 17 de diciembre de 2014, luego del 23 de enero de 2015 al 19 de diciembre de 2015, luego del 30 de enero de 2016 al 16 de diciembre de 2016, luego del 24 de enero de 2017 al 19 de diciembre de 2017, luego del 25 de enero de 2018 al 05 de diciembre de 2018 y luego del 04 de febrero de 2019 al 21 de marzo de 2019, por consiguiente, es viable concluir que la demandante prestó sus servicios, con interrupciones, sin embargo, el citado factor será objeto de análisis más adelante.

Ahora bien, se encuentra probado que la ejecución de contratos no fue continúa o unívoca en el tiempo, pues se observa que entre el **18 de diciembre de 2014 y el 22**

de enero de 2015, entre el 20 de diciembre de 2015 y el 29 de enero de 2016, entre 17 de diciembre de 2017 y el 23 de enero de 2017, entre el 20 de diciembre de 2017 al 24 de enero de 2018, entre el 06 de diciembre de 2018 y el 03 de febrero de 2019, existieron interrupciones que constituyeron solución de continuidad en la relación de trabajo, de conformidad con el criterio orientador que el Despacho toma de la sentencia de unificación jurisprudencial SUJ-025-CE-S2-2021¹⁴, en la cual en Consejo de Estado consideró “*adecuado establecer un periodo de treinta (30) días hábiles como indicador temporal de la no solución de continuidad entre contratos sucesivos de prestación de servicios*”¹⁵. Por consiguiente, es viable concluir que la demandante prestó sus servicios, sin solución de continuidad, durante los siguientes períodos:

Inicio	Finalización
23/01/2014	17/12/2014
23/01/2015	19/12/2015
30/01/2016	16/12/ 2016
24/01/2017	19/12/2017
25/01/2018	05/12/2018
04/02/2019	21/03/2019

Establecido lo anterior, se encamina el Juzgado al estudio del elemento de continua subordinación o dependencia, para lo cual empieza por señalar que los contratos celebrados, las certificaciones allegadas por la entidad demandada y los testimonios, son coincidentes en afirmar que la demandante se desempeñaba como formador en las áreas que orienta el Centro de Tecnologías para la Construcción y la Madera, y desarrolla funciones misionales en el SENA.

En ese sentido, cabe anotar que las funciones prestadas por el demandante desde 2014 fueron relativamente las mismas. Con el fin de verificar tal afirmación, se trae a colación la información suministrada por Subdirector (E) Centro de Tecnologías para la Construcción y la Madera del SENA, el 17 de septiembre de 2020, así:

- 1.Cumplir con la programación académica predeterminada por la Coordinación Académica correspondiente, de acuerdo con las normas, procesos y metodologías pedagógicas, estrategias de didácticas activas, formación por proyectos y los

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia SUJ-025-CE-S2-2021 de 9 de septiembre de 2021. Expediente núm. 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016).

¹⁵ A la fecha de expedición de esta providencia la mencionada sentencia de unificación no se encuentra ejecutoriada, sin embargo, es tomada como criterio orientador que el Despacho comparte y hace suyo, en virtud del principio *in dubio pro operario* contenido en el artículo 53 de la Constitución Política.

productos institucionales. 2. Presentar los reportes de notas de los alumnos y demás informes dentro de los plazos estipulados por el Centro para tal efecto. 3. Evaluar el proceso de aprendizaje, las estrategias pedagógicas, el medio ambiente educativo, el rendimiento académico de los aprendices y diligenciar oportunamente los formatos correspondientes. 4. Reintegrar los libros y/o ayudas didácticas solicitadas en préstamo en la Unidad información dentro de los plazos estipulados y presentar el paz y salvo correspondiente para el último pago. 5. Preparar, orientar, desarrollar, apoyar y evaluar procesos de aprendizaje en cualquiera de las estrategias de respuesta institucional para los diferentes grupos poblacionales objeto de Formación Profesional Integral. 6. Desarrollar mecanismos que faciliten la reflexión, la innovación, el espíritu investigativo, la creatividad y la autoevaluación en los alumnos para su mejoramiento continuo. 7. Participar en el desarrollo de innovaciones pedagógicas y del área específica en que se desempeñe, mediante proyectos de investigación, en concordancia con las exigencias del desarrollo sostenible. 8. Formular, ejecutar y evaluar diagnósticos que conlleven a la actualización y creación de diseños, planes, programas, procesos y productos propios de las actividades del centro de formación, acordes con su especialidad y área de desempeño, y según las necesidades del entorno. 9 Colaborar en el diseño y ejecución de programas de actualización de instructores del SENA y de otras entidades, en aspectos pedagógicos y de la especialidad en que imparte Formación Profesional. 10. Participar activamente en el Plan de Mejoramiento y Actualización de los docentes. 11. Capacitar y asistir técnica, empresarial y organizativamente a las comunidades, formas asociativas y empresas en sus proyectos de desarrollo socio empresarial de acuerdo con la especialidad en que imparte Formación Profesional. 12. Emitir concepto cuando le sea solicitado, acerca de los planes y programas presentados por entidades aspirantes a ingresar a la cadena de formación o a obtener reconocimiento de cursos, o sobre especificaciones técnicas de maquinaria y equipo, materiales e insumos para la formación profesional integral. Presentar su concepto y recomendaciones. 13 Participar en la concertación y coordinación interinstitucional para la ejecución de proyectos de desarrollo y acciones de Formación Profesional Integral, proyectos de desarrollo sectorial, regional municipal y veredal.

Las citadas actividades permanecieron para los años 2014 a 2019.

Ahora bien, en este punto es relevante preguntarse, ¿las funciones enlistadas corresponden a tareas de naturaleza misional necesarias para la ejecución del giro ordinario de las actividades del SENA?

Regulación legal de la función de formación que ofrece el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA.

La Ley 119 de 1994, derogó el Decreto 2149 de 1992, reestructuró el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, y en sus artículos 2 y 3 estableció la misión y los objetivos de dicha entidad, así:

*“Artículo 2. Misión. El Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, está encargado de cumplir la función que corresponde al Estado de invertir en el desarrollo social y técnico de los trabajadores colombianos; **ofreciendo y ejecutando la formación profesional integral**, para la incorporación y el desarrollo de las personas en actividades productivas que contribuyan al desarrollo social, económico y tecnológico del país.”*
(Resaltado del Despacho)

“Artículo 3. Objetivos. El Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, tendrá los siguientes objetivos:

- 1. **Dar formación profesional integral** a los trabajadores de todas las actividades económicas, y a quienes sin serlo, requieran dicha formación, para aumentar por ese medio la productividad nacional y promover la expansión y el desarrollo económico y social armónico del país, bajo el concepto de equidad social redistributiva.*
- 2. Fortalecer los procesos de formación profesional integral que contribuyan al desarrollo comunitario a nivel urbano y rural, para su vinculación o promoción en actividades productivas de interés social y económico.*
- 3. Apropiar métodos, medios y estrategias dirigidos a la maximización de la cobertura y la calidad de la formación profesional integral.*
- 4. Participar en actividades de investigación y desarrollo tecnológico, ocupacional y social, que contribuyan a la actualización y mejoramiento de la formación profesional integral.*
- 5. Propiciar las relaciones internacionales tendientes a la conformación y operación de un sistema regional de formación profesional integral dentro de las iniciativas de integración de los países de América Latina y El Caribe.*
- 6. Actualizar, en forma permanente, los procesos y la infraestructura pedagógica, tecnológica y administrativa para responder con eficiencia y calidad a los cambios y exigencias de la demanda de formación profesional integral.”* (Resaltado del Despacho)

Al respecto, el Decreto 1426 de 1998 “*Por el cual se establece el sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración de los empleos públicos del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA*”, el cual rige para los empleados públicos que desempeñan las funciones propias de los diferentes empleos de dicha entidad, en su artículo 2, clasifica los empleos, según la naturaleza general de sus funciones, la

índole de sus responsabilidades y los requisitos para su desempeño, en los siguientes niveles jerárquicos:

- a). *Directivo: Comprende los empleos a los cuales corresponde la dirección, formulación de políticas y la adopción de planes, programas y proyectos para su ejecución a nivel de la Dirección General, Regional y Seccional del SENA.*
- b). *Asesor: Comprende los empleos cuya labor consiste en asistir y aconsejar a los funcionarios que encabezan los organismos de dirección, administración de la entidad en la formulación, coordinación y ejecución de políticas y planes institucionales.*
- c). *Ejecutivo: comprende los empleos a los cuales corresponde la dirección, la coordinación, la evaluación y el control de las dependencias internas del SENA, encargadas de ejecutar y desarrollar las políticas, planos, programas y proyectos.*
- d). *Profesional: Comprende los empleos cuya naturaleza demanda la realización de investigación y el desarrollo de actividades que implican la aplicación de conocimientos propios de la formación universitaria o profesional; con capacidad de análisis y de proyección, para concebir y desarrollar planes, programas y proyectos.*
- e). **Instructor: Comprende los empleos cuyas funciones principales consisten en impartir formación profesional, desempeñar actividades de coordinación académica de la formación e investigación aplicada.**
- f). *Técnico: Comprende los empleos cuya naturaleza demanda la aplicación de métodos y procedimientos que permitan obtener resultados concretos y/o básicos para desarrollos posteriores y aquellos que tienen asignadas labores de coordinación, supervisión y evaluación de las actividades propias de un grupo de trabajo.*
- g). *Administrativo: Comprende los empleos que implican el ejercicio de actividades de orden administrativo, complementarias de las tareas y responsabilidades de los niveles superiores.*
- h). *Operativo: comprende los empleos que se caracterizan por el predominio de actividades manuales o de tareas de simple ejecución, que sirven de soporte para la realización de labores de los restantes niveles jerárquicos.” (Resaltado fuera del texto original)*

Y en su artículo 4 mencionó que la nomenclatura, clasificación y el sistema salarial de evaluación por méritos para los instructores del SENA, sería fijado por decreto separado.

En desarrollo del referido artículo 4, se expidió el Decreto 1424 de 1998 “Por el cual se establece el sistema salarial de evaluación por méritos para los Instructores del Servicio Nacional de Aprendizaje-Sena”, el cual, en lo que nos concierne, dispone:

“Artículo 2. Del grupo de ocupacional de instructor. *El grupo ocupacional de Instructor comprende los empleos cuyas funciones principales consisten en impartir formación profesional, desempeñar actividades de coordinación académica de la formación e investigación aplicada.”*

“Artículo 31. Personal vinculado. *Los instructores actualmente vinculados al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, ingresarán al sistema previa evaluación inicial conforme a los términos y condiciones previstos en el presente decreto para ser ubicados en el grado de remuneración correspondiente.*

El grado de remuneración dependerá del puntaje obtenido en la evaluación inicial; no obstante, si la asignación básica del grado en que quede escalafonado el instructor, fuere inferior a la que percibía antes del ingreso al sistema, se ubicará en el grado que por salarios sea más próximo por exceso.

En todo caso, en las evaluaciones anuales posteriores, para efectos del cambio de grado, el funcionario deberá acreditar el puntaje señalado en el artículo anterior para cada grado.

La evaluación para el ingreso al sistema se aplicará a todos los funcionarios que se encuentren dentro del campo de aplicación del presente sistema y no se requerirá la presentación de solicitudes. Sin embargo, la Dirección General del SENA, a través de la División de Recursos Humanos fijará las fechas límites de presentación de información que será tenida en cuenta en la evaluación respectiva.”

Artículo 32. Personal no vinculado. *A las personas que se vinculen a la entidad, con posterioridad a la expedición del presente decreto, se les aplicará la evaluación de ingreso al sistema y se ubicarán en el grado de remuneración correspondiente.”*

La regulación anterior aplicable a los instructores del SENA, establece que dicha entidad tiene como función permanente impartir formación laboral y profesional e indica que el cargo de instructor coordina y ejecuta actividades académicas.

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

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

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

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

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

A su vez el artículo 2º *ibídem*, preceptúa:

*“SERVICIO EDUCATIVO. **El servicio educativo** comprende el conjunto de normas jurídicas, los programas curriculares, la educación por niveles y grados, **la educación***

no formal, la educación informal, los establecimientos educativos, las instituciones sociales (estatales o privadas) con funciones educativas, culturales y recreativas, los recursos humanos, tecnológicos, metodológicos, materiales, administrativos y financieros, articulados en procesos y estructuras para alcanzar los objetivos de la educación.” (Resaltado fuera del texto original)

Y los artículos 36 y 37 de la citada Ley 115 de 1994, definen la educación no formal, así:

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

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

En ese orden de ideas, la función prestada por el SENA se clasifica dentro de un sistema de educación no formal, 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 informal¹⁶, regulándose en lo concerniente por las normas generales del Servicio Público de Educación. Así lo consideró el Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. consejera ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez (E), en Sentencia de 27 de febrero de 2014. Expediente: 200012331000201100312 01. Número interno: 1994-2013.

En esa medida, lo expuesto impone concluir que las funciones desempeñadas por el contratista, en su condición instructor, corresponden, sin lugar a dudas, al objeto misional de la entidad demandada, como se desprende de las funciones relacionadas en los contratos, las cuales quedaron expuestas en precedencia. Por ende, es claro que las actividades dependientes de la instrucción del SENA **son actividades misionales permanentes**, dado que la impartición de instrucción compone elemento fundamental en la estructura y la razón de ser de dicha institución.

¹⁶ ARTÍCULO 43 de la Ley 115 de 1994. DEFINICIÓN DE EDUCACIÓN INFORMAL. Se considera educación informal todo conocimiento libre y espontáneamente adquirido, proveniente de personas, entidades, medios masivos de comunicación, medios impresos, tradiciones, costumbres, comportamientos sociales y otros no estructurados.

De otro lado, al verificar los testimonios practicados, con miras a determinar la subordinación, encentra el Despacho, que el señor José Alejandro Álvarez, quien fue compañero del demandante dio fe del cumplimiento del horario y percibimiento de ordenes:

Preguntado: Como eran los horarios

Contesto: De 6 a 12 y de 1 a 6

(...)

Preguntado: El horario era el mismo para los de planta

Contesto: Si, pero los contritas trabajaba mas

Preguntado: Prestaba el servicio en las instalaciones del SENA

Contesto: Si

Preguntado: Los elementos los proveía el SENA para la formación

Contesto: Si

Así mismo, sobre la coordinación de las actividades manifestó:

Preguntado: El supervisor suyo era el mismo del actor

Contesto: Si

Preguntado: Cada cuanto los coordinaba

Contesto: Era constante, en cualquier momento pasaba a mirar si estábamos en clase y a través de correos electrónicos nos indicaban que hacer

Preguntado: Como le informaban al coordinador el cumplimiento de metas

Contesto: Si por informe y evidencia

Preguntado: Como controlaban que se prestara la formación

Contesto: Pasaba el coordinador y virtual tocaba entregar los enlaces, el portafolio y las carpetas con la grabación. Antes había minuta de ingreso a las aulas

Preguntado: Podía enviar a otro para que lo supliera

Contesto: No

Preguntado: Podía enviar a otra persona a que dictara las clases

Contesto: No

Preguntado: Tenía autonomía para dictar la clase o para la materia

Contesto: No

(...)

Preguntado: Quien daba órdenes al actor

Contesto: Coordinador y las directivas

Preguntado: Como era el control del coordinador

Contesto: Evaluación

Preguntado: El coordinador preguntaba con los aprendices la catedra del actor

Contesto: Era a través de un formulario

Preguntado: Quien lo ordenaba

Contesto: La subdirección

De igual manera, indico la existencia de personal de planta que ejercía las mismas funciones que el actor:

Preguntado: Cuantas personas había como el actor arquitectos

Contesto: No sé el número, pero sí de planta

Preguntado: Sabe los nombres de los de planta

Contesto: Carlos, pero no recuerdo el apellido

De igual manera, militan a folios 117 a 121 correos electrónicos donde se extraen las ordenes impartidas al actor por parte del Coordinador Académico, los cuales eran del siguiente tenor:

Buenos días las fichas ya se encuentran asociadas en blackboard y en sofia deben asociar a las personas que aparezcan en inducción, los instructores de primero deben evaluar el resultado de inducción RECONOCER EL ROL DE LOS PARTICIPANTES EN EL PROCESO FORMATIVO, EL PAPEL DE LOS AMBIENTES DE APRENDIZAJE Y LA METODOLOGÍA DE FORMACIÓN, DE ACUERDO CON LA DINÁMICA ORGANIZACIONAL DEL SENA.

Les envió los aprendices que aparecen en sofia en cada ficha, los que no están asis endo a la formación por deserción por favor informar.

Cordial saludo.

Luis Guillermo Páez Cardozo

Coordinador Académico

Desarrollo Gráfico, Técnico en Dibujo Arquitectónico y Virtuales

Ergo, en punto a la valoración del material probatorio allegado al *sub judice*, debe decirse que los contratos fueron celebrados de forma repetida por un tiempo de ejecución efectiva aproximada de 5 años, razón por la que no puede predicarse que se deba a un evento temporal o necesidad contingente de la entidad accionada, ni que haya acudido a esa forma jurídica de vinculación “*por el término estrictamente indispensable*”, tal como lo preceptúa la Ley 80 de 1993, sino que devela una situación continuada y sistemática a partir de la cual, bajo una cierta situación de indeterminación temporal, aprovechó los servicios personales de la demandante para desarrollar su misión y objeto.

Así mismo, se encuentra demostrado que el actor no estaba sometido al cumplimiento de ordenes por parte del Coordinador del contrato sino que también debía dar cumplimiento a las directrices del Coordinador Académico.

Siendo así, el Juzgado encuentra probado el ejercicio continuamente subordinado y dependiente de las funciones de Instructor ejercidas por el señor **Rey Garzón**, lo que, sumado a los elementos de prestación personal del servicio y remuneración previamente decantados, impone concluir que entre el y la Administración existió una relación laboral subordinada durante los siguientes lapsos:

Inicio	Finalización
23/01/2014	17/12/2014
23/01/2015	19/12/2015
30/01/2016	16/12/ 2016
24/01/2017	19/12/2017
25/01/2018	05/12/2018
04/02/2019	21/03/2019

Se aclara que tales reconocimientos, han de ser liquidados con el valor de los honorarios pactados, como quiera que la pluricitada sentencia de unificación dejó claro que “[p]ese a hallarse probados los elementos configurativos de una relación laboral en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades [prestación personal del servicio, contraprestación y subordinación o dependencia], destaca la Sala **que ello no implica que la persona obtenga la condición de empleado público, ya que no median los componentes para una relación de carácter legal y reglamentaria en armonía con el artículo 122 superior¹⁷**”, premisa que el Despacho hace suya y guiará las órdenes de restablecimiento a que haya lugar.

Finalmente, como lo tiene dicho la jurisprudencia pacífica del Consejo de Estado, el reconocimiento de existencia de la relación de trabajo subordinada no le otorga a la parte demandante la condición de empleado público.

Por consiguiente, se impone para el Despacho declarar la nulidad del acto administrativo demandado y, en consecuencia, disponer los restablecimientos del caso.

4.5.1. Aportes al sistema de seguridad social en pensiones y salud.

¹⁷ “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en 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. Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben. Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas. Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público. [...]”

El análisis del reconocimiento de aportes al sistema pensional a expensas del reconocimiento de una relación laboral a partir de la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, es un objeto de análisis imprescindible en litigios como el que nos ocupa. Sobre el particular, en sentencia de unificación jurisprudencial [CE-SUJ2-005-16](#)¹⁸ el Consejo de Estado determinó, a manera de regla unificadora, lo siguiente:

“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.”

En cuanto a las mentadas cotizaciones, el Órgano Vértice de la Jurisdicción ha resuelto¹⁹:

“Ahora, en cuanto a las cotizaciones a salud y pensión, se acoge la tesis planteada por la Sala de Sección en la sentencia de unificación aquí aplicada, dado que los aportes al sistema de seguridad social en pensiones son imprescriptibles, el municipio demandado deberá tomar durante el tiempo comprendido entre los vínculos contractuales efectivamente reconocidos, el ingreso base de cotización [IBC] pensional del actor, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión sólo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Para tales efectos, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante estos vínculos contractuales y en la eventualidad 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.”

Ergo, la accionada deberá tomar el ingreso base de cotización [IBC] pensional de la parte demandante [los honorarios pactados], mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, el extremo activo 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, de existir diferencia a favor deberá ser devuelta a la demandante.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda; Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005-16 de 25 de agosto de 2016; expediente 23001-23-33-000-2013-00260-01[0088-15]; C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B; sentencia de 30 de enero de 2020; expediente núm. 50001-23-33-000-2012-00106-01[2090-14]; C.P. César Palomino Cortés.

4.5.3. Prescripción. – Subreglas de aplicación normativa sobre aportes pensionales y cesantías.

Los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969 prevén que la reclamación administrativa interrumpe la prescripción, **pero solo por un lapso igual [3 años]**, disposición que no estableció excepciones o tratos diferenciales en controversias suscitadas a partir del principio de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales [art. 53 superior] como el caso que nos ocupa, precisamente porque ello implicaría un trato desigual injustificado proscrito por la Constitución Política en el artículo 13 *ibídem*, instituto jurídico procesal que el Despacho aplicará a todos los derechos derivados de la relación laboral que aquí será declarada, **con excepción precisa y justificada de los aportes pensionales y el auxilio de cesantías.**

Raciocinio que no es caprichoso de este operador, sino que guarda relación entre otras cosas, con lo considerado por el Consejo de Estado en sentencia del 12 de septiembre de 2018²⁰, oportunidad en la que explicó las diferentes tesis que rodean la prescripción y la escogencia de la llamada a operar en temas laborales, así:

“-Tesis intermedia: en materia laboral aplica la prescripción trienal, consagrada en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969²¹. De conformidad con estas normas, la prescripción de acciones que emanan de derechos laborales tiene un término de tres años contados a partir de la exigibilidad del derecho. Eso significa que, formulada una reclamación que exija el pago de una prestación periódica, se interrumpe la prescripción y entonces el trabajador tiene derecho al reconocimiento de sus prestaciones desde tres años atrás a partir de la fecha de la solicitud que él haga; y desde ahí hacia adelante. En otros términos, las sumas adeudadas desde hace 4 o 5 o más años se pierden.

[..]

***De la tesis intermedia:** esta tesis se acoge aquí, para lo cual se dispondrá lo pertinente en la parte resolutive. La explícita base legal [criterio formal] y la moderación de la proporción de una solución intermedia [criterio material] hacen que ésta sea la tesis más razonable. Por tanto la prescripción se interrumpe con la solicitud de reliquidación y opera hasta tres años hacia atrás, contados a partir de ese momento.”*

²⁰ Expediente núm. 730012333000201218302.

²¹ Artículo 41. Decreto 3135 de 1968: “Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual”.

Artículo 102. Decreto 1848 de 1969: “Prescripción de acciones. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres [3] años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual”.

Así, con respecto a los **aportes pensionales**, el Despacho advierte que la sentencia de unificación jurisprudencial [CE-SUJ2-005-16](#)²² se ocupó, en particular, de definir el suceso de la prescripción de derechos en controversias como las del epígrafe, bajo las siguientes pautas:

“3.5 Síntesis de la Sala. A guisa de corolario de lo que se deja consignado, respecto de las controversias relacionadas con el contrato realidad, en particular en lo que concierne a la prescripción, han de tenerse en cuenta 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.

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 CPACA].

[...]

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.”

Del texto citado se deriva que los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, **no prescriben, no están sujetos al fenómeno de la caducidad de la acción, como tampoco al agotamiento del requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial y, en todo caso el juez debe pronunciarse sobre este aspecto, así no haya sido peticionado en sede administrativa, ni pretendido en sede judicial**; mientras que, respecto de los demás derechos salariales y

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda; Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005-16 de 25 de agosto de 2016; expediente 23001-23-33-000-2013-00260-01[0088-15]; C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

prestacionales, distintos del auxilio de cesantías, no sucede lo mismo, pues aquellos no escapan del efecto del instituto jurídico de la prescripción.

Por otra parte, en lo que hace a las **cesantías**, el Consejo de Estado ha considerado²³ que el término de prescripción no es oponible para alegar la extinción de aquellas, comoquiera que *“la finalidad de esta prestación es constituir un ahorro a favor del trabajador para cuando éste se encuentre cesante, y es a partir de este momento en que se hace uso del auxilio”* y el trabajador puede retirarlo inmediatamente o con posterioridad, sin estar sujeto a término alguno, veamos:

“Por otro lado, se considera que pese a que en el régimen anualizado de cesantías el empleador se encuentra obligado a consignar la suma respectiva por esta prestación social en el fondo de cesantías al que se encuentre afiliado el trabajador, antes del 15 de febrero del año siguiente al de la causación del derecho, no es posible tomar esta misma fecha a efectos de contabilizar el fenómeno jurídico de la prescripción, pues la finalidad de esta prestación es constituir un ahorro a favor del trabajador para cuando éste se encuentre cesante, y es a partir de este momento en que se hace uso del auxilio.

El ahorro así constituido, puede ser reclamado por el empleado en el mismo instante de quedar cesante, pues precisamente esa es la causal principal para el retiro de las cesantías o, incluso en una fecha posterior a ella, sin que esté sujeto a término alguno para retirar el monto que ha sido depositado en la cuenta a su favor durante la relación laboral. Siendo así, en modo alguno se puede afirmar que pierde, en virtud del término extintivo, el ahorro que durante su trayectoria laboral se haya consignado en el fondo respectivo.

Ahora bien, en el evento en que la administración no hubiera dado cumplimiento a los estrictos términos legales que la ley concede para la liquidación y/o consignación de las cesantías en la fecha que la ley impone, tampoco podría aplicarse la figura extintiva en perjuicio del trabajador, pues ello implicaría que el incumplimiento del deber legal por parte del empleador redundaría en su pro pio beneficio y en contra del empleado, imponiendo a este una carga desproporcionada que no tiene porqué soportar, es decir, la extinción de su derecho producto de la negligencia de su empleador. Además, se estaría dando un trato desigual respecto del empleado que contó con la fortuna de tener un empleador que cumplió con la ley y las obligaciones que ella le impone.

Así las cosas, ha de concluirse que respecto de las cesantías anualizadas, en el marco de la Ley 50 de 1990, no se aplica el fenómeno de prescripción, pues la obligación de su consignación en una fecha determinada surge de pleno derecho, en virtud de lo dispuesto en la ley, que le concede al empleador un término perentorio para realizar el depósito en el fondo administrador al que esté afiliado el empleado y la omisión en el cumplimiento de ese término no puede redundar en la afectación de los derechos del empleado”.

En igual análogo sentido, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral²⁴ sobre la prescripción de las cesantías se ha referido de la siguiente forma:

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección A; Sentencia de 24 de junio de 2021; Expediente núm. 52001 2333 000 2013 00218 01 (4327-2014); C.P. Gabriel Valbuena Hernández.

²⁴ Corte Suprema de Justicia expediente 46704 de 26 de octubre de 2016.

“[...]No obstante, en atención a que la accionada formuló la excepción de prescripción, respecto de las cesantías, es preciso indicar que de acuerdo con la doctrina de esta Corporación, durante la vigencia del contrato no opera tal fenómeno extintivo de esa obligación, toda vez que dicha prestación se hace exigible a la terminación del vínculo laboral.”

En sentencia más reciente, la máxima Corporación Judicial²⁵ en lo ordinario laboral señala:

“[...] En este punto debe aclararse, que las cesantías así se tengan que consignar anualmente en un fondo de pensiones, se hacen exigibles a la terminación del contrato de trabajo, ya que por la naturaleza y finalidad de esta prestación social, destinada a atenuar las vicisitudes que pudieren sobrevenir de la condición de cesante en que pudiera encontrarse el trabajador, solo a la finalización del vínculo aquél podría beneficiarse sin las limitaciones exigidas en los casos en que durante la vigencia de la relación laboral necesitara anticipos parciales o préstamos sobre las mismas, lo que significa que desde el día siguiente a culminarse el contrato resulta dable contar con la efectiva libertad de disposición.»

Siendo así, resulta patente que **el auxilio de cesantías es una prestación social especial cuya naturaleza de ahorro acumulativo y forma de disposición impiden considerar que sea afectada por término de prescripción alguno**, máxime que, si la teleología de la prestación social como un ahorro programático tiene como resorte menguar al trabajador cesante o desvinculado, sería antifibológico aplicar prescripción ante un evento que todavía no se ha concretado. Aclarase que, si bien es cierto que el Despacho venía aplicando una tesis distinta sobre el fenómeno prescriptivo de las cesantías, también lo es que el precedente traído en cita y la garantía y vigor del principio de progresividad de los derechos sociales le permiten adoptar, a partir de la fecha, esta posición.

Descendiendo al caso bajo estudio, de los contratos celebrados por las partes se observa que la relación laboral se llevó a cabo entre:

Inicio	Finalización
23/01/2014	17/12/2014
23/01/2015	19/12/2015
30/01/2016	16/12/ 2016
24/01/2017	19/12/2017
25/01/2018	05/12/2018
04/02/2019	21/03/2019

²⁵ Corte Suprema de Justicia expediente 67636 de 21 de noviembre de 2018.

En el presente caso, son protuberante las interrupciones contractuales que mediaron entre 18 de diciembre de 2014 y el 22 de enero de 2015, entre el 20 de diciembre de 2015 y el 29 de enero de 2016, entre 17 de diciembre de 2017 y el 23 de enero de 2017, entre el 20 de diciembre de 2017 al 24 de enero de 2018, entre el 06 de diciembre de 2018 y el 03 de febrero de 2019, luego es de concluir como se indicó en precedencia que medio la solución de continuidad.

En ese orden, como la actora envió reclamación administrativa hasta el **11 de septiembre de 2020**, (fl. 44 carpeta demanda y anexos), se debe concluir que se interrumpió la prescripción respecto de los siguientes periodos:

Inicio	final
24/01/2017	19/12/2017
25/01/2018	05/12/2018
04/02/2019	21/03/2019

Frente a los anteriores periodos, al haber mediado la solución de continuidad y al no haberse efectuado la reclamación en tiempo se debe concluir que opero el fenómeno de la prescripción.

Por ende, el señor **Rey Garzón** tiene derecho al reconocimiento y pago de las correspondientes prestaciones sociales ordinarias y especiales no prescritas, esto es por los referidos periodos, excluyendo del reconocimiento las interrupciones.

En lo que hace a los aportes a seguridad social se deberá excluir del reconocimiento los siguientes periodos 18 de diciembre de 2014 y el 22 de enero de 2015, entre el 20 de diciembre de 2015 y el 29 de enero de 2016, entre 17 de diciembre de 2017 y el 23 de enero de 2017, entre el 20 de diciembre de 2017 al 24 de enero de 2018, entre el 06 de diciembre de 2018 y el 03 de febrero de 2019, en los cuales medio solución de continuidad.

4.5.4. Indexación.

Las sumas resultantes a favor de la parte actora, deberán pagarse debidamente indexadas, en aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh * [\text{índice final} / \text{índice inicial}]$$

En la que el valor presente [R] se determina multiplicando el valor histórico [Rh], que es lo dejado de percibir por la parte demandante por concepto **de las diferencias** mencionadas desde la fecha a partir de la cual se originó la obligación, por la suma que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE [vigente en la fecha de ejecutoria de esta sentencia], por el índice inicial, vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

Es claro que, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente para cada periodo en que haya causado el derecho o el pago de más por parte de la demandante, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos. La fórmula se aplicará hasta cuando quede ejecutoriada esta sentencia, pues en adelante se pagarán los intereses establecidos en los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Lo anterior, sin perjuicio de que los entes de previsión social en salud y pensiones respectivos, a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, puedan exigir por virtud de esta providencia y en el término prescriptivo, los aportes a que consideren tener derecho.

4.5.5. Costas.

De conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con el artículo 365.8 del Código General del Proceso, no hay lugar a la condena en costas, porque no se demostró su causación.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado 25 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá - Sección Segunda Oral**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. - DECLARAR la nulidad del oficio No 11-2-2020-034122 del 21/09/2020, expedido por el **Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA**, de conformidad con lo expuesto.

SEGUNDO. - DECLARAR que entre el señor **HELBERT GIOVANNY REY GARZON**, identificada con la cedula de ciudadanía 79.744.169, y el **Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA**, existió una relación laboral subordinada, durante los siguientes períodos:

Inicio	Finalización
23/01/2014	17/12/2014
23/01/2015	19/12/2015
30/01/2016	16/12/ 2016
24/01/2017	19/12/2017
25/01/2018	05/12/2018
04/02/2019	21/03/2019

Lo anterior, según lo considerado en la parte motiva de este fallo.

TERCERO. - DECLARAR la imprescriptibilidad de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, y el auxilio de cesantías derivados de la relación de trabajo declarada, y **DECLARAR** la prescripción de los demás factores salariales y prestacionales, que se hayan causado o hubieren sido exigibles con anterioridad al **24 de enero de 2017**. Acorde con lo expuesto.

CUARTO. - Como consecuencia de las anteriores declaraciones, y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la **Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA**, lo siguiente:

- A. Que reconozca, liquide y pague a la parte demandante, de sus propios recursos, el **auxilio de cesantías** que se haya causado durante los lapsos de relación laboral declarados en el ordinal "**SEGUNDO**" de esta resolutive, para lo cual tomará en cuenta que el ingreso sobre el cual se debe calcular tal prestación serán los honorarios pactados en los distintos contratos celebrados, según corresponda en el tiempo, con excepción de la contabilización en los tiempos de interrupción expuestos en la parte motiva.

- B.** Que reconozca, liquide y pague a la parte accionante, de sus propios recursos, las demás prestaciones sociales causadas **entre:**

Inicio	final
24/01/2017	19/12/2017
25/01/2018	05/12/2018
04/02/2019	21/03/2019

Liquidadas de acuerdo con los honorarios pactados en los distintos contratos celebrados, según corresponda en el tiempo, excluyendo las interrupciones expuestas en la parte motiva.

- C. Aportes al sistema de seguridad social en pensiones.** Efectuada la precitada liquidación, la accionada deberá tomar [durante los lapsos de relación laboral declarados en el ordinal “**SEGUNDO**” de esta resolutive], el ingreso base de cotización [IBC] pensional de la parte demandante [los honorarios pactados], mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, con excepción de los siguientes periodos 18 de diciembre de 2014 y el 22 de enero de 2015, entre el 20 de diciembre de 2015 y el 29 de enero de 2016, entre 17 de diciembre de 2017 y el 23 de enero de 2017, entre el 20 de diciembre de 2017 al 24 de enero de 2018, entre el 06 de diciembre de 2018 y el 03 de febrero de 2019, los cuales deberá ser excluido del reconocimiento. Para efectos de lo anterior, la parte actora 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. De existir diferencia a favor del demandante deberá ser devuelta a aquella, pero solo respecto de los pagos efectuados con posterioridad al **24 de enero de 2017**.

- D. Aportes al sistema de seguridad social en salud.** Conforme a la liquidación del ingreso base de cotización al sistema general de seguridad social en **salud**, la demandada deberá reintegrar los dineros cancelados por concepto

de aportes en salud en la proporción que le corresponda en su rol de empleador, pero solo respecto de los pagos efectuados con posterioridad al **24 de enero de 2017**. Para efectos de lo anterior, la parte actora 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 trabajadora.

QUINTO. - DECLARAR que los tiempos laborados por la parte accionante al **Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA**, comprendidos en los períodos determinados en el ordinal “**SEGUNDO**” de la resolutive de esta sentencia, con excepción de las interrupciones, deben ser computados para efectos pensionales, acorde con la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005-16²⁶.

SEXTO. - Las sumas que resulten a favor de la parte actora deberán ser indexadas con la fórmula consignada en la parte motiva de esta sentencia. **DÉSE CUMPLIMIENTO** a la presente providencia dentro de los términos establecidos para ello por los artículos 187 a 195 del CPACA.

SÉPTIMO. - NEGAR las demás súplicas de la demanda.

OCTAVO. - Sin condena en costas, en esta instancia.

NOVENO. - En firme esta sentencia, por Secretaría **expídanse** las copias que corresponda, de conformidad con lo señalado por el artículo 114 del Código General del Proceso; y **archívese** el expediente, dejando las constancias del caso.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

[firma electrónica en seguida]
ANTONIO JOSÉ REYES MEDINA
Juez

mas

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda; Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005-16 de 25 de agosto de 2016; expediente 23001-23-33-000-2013-00260-01[0088-15]; C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

Firmado Por:

**Antonio Jose Reyes Medina
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
Sala 025 Contencioso Admsección 2
Bogotá, D.C. - Bogotá 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: **387b0e30f100f2ad6ff5ff2dbab02a784aab4d40c566f301f17c1c010d10348a**
Documento generado en 15/03/2022 03:28:42 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**