



**JUZGADO CUARENTA Y DOS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE
BOGOTÁ - SECCIÓN CUARTA**

Bogotá D.C., veinticinco (25) de junio de dos mil diecinueve (2019).-

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del derecho.
Radicación: 110013335021 2015 00291 00
Demandante: José Armin Lozano Caviedes.
Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

1.- DESCRIPCIÓN

1.1. TEMA DE DECISIÓN

Agotado el trámite procesal correspondiente, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del proceso de referencia.

1.1.1. ELEMENTOS DE LA PRETENSIÓN

PARTES

Demandante: JOSÉ ARMIN LOZANO CAVIEDES.

Demandada: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA.

OBJETO

Declaraciones y condenas.

El demandante solicita se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos mediante los cuales se niega el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y demás derechos de origen laboral.

i) Oficio No. 2-2013-001167 del 10 de julio de 2013.

ii) Oficio No. 2-2014-083016 del 22 de septiembre de 2014.

Así mismo pide a título de restablecimiento: se reembolsen todos los dineros que la entidad demandada debió cancelar para la suscripción de cada uno de los contratos de prestación de servicios, específicamente: aportes al sistema de seguridad social, pólizas de garantía y/o retención en la fuente; y a que a su favor se reconozcan y paguen todas las prestaciones sociales irrenunciables contempladas en la Constitución Política, en normas legales, generales y especiales.

Igualmente, al pago de las cesantías, intereses a las cesantía, vacaciones, primas de servicios, de navidad y de vacaciones, bonificación por servicios prestados, afiliación y pago de aportes a los regímenes de subsidio familiar y de seguridad social en salud, pensiones y riesgos laborales, dotaciones, auxilio de transporte y alimentación, y los demás que resulten probados durante el transcurso del proceso, causados a favor de la parte demandante entre el 13 de agosto del año 2007 y el 25 de julio de 2011.

También, a pagar un día de salario por cada día de mora en el pago efectivo de la cesantía anual. Subsidiariamente, desde que se causó la cesantía definitiva.

Por otra parte, a pagar el IPC o ajuste de valor certificado por el DANE, e intereses moratorios sobre las cifras que resulte adeudar la demandada, mes a mes, conforme al artículo 187 del CPACA, artículo 111 de la ley 510 de 1999 y sentencia T-418 de 1996 y C-188 de 1999.

Además, al pago del trabajo extra realizado en días de descanso obligatorio o en jornada diurna o nocturna, junto con sus recargos legales.

Se condene a la demandada, al pago de las costas procesales y agencias en derecho.

Petición subsidiaria: pagar el equivalente a 270 SLMLMV o el valor que el despacho determine, por los daños y perjuicios causados a la parte demandante.

FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN

Fundamentos fácticos:

- a) José Armin Lozano Caviedes, suscribió contrato de prestación de servicios a partir del 13 de agosto de 2007 hasta el 25 de julio de 2014 con el Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA", en los diferentes programas de formación profesional.
- b) El señor José Armin Lozano, cumplió su trabajo como "INSTRUCTOR", de manera ininterrumpida y subordinada.
- c) Si bien se estableció una fecha de terminación de los Contratos de Prestación de Servicios, se continuaba desarrollando el trabajo como "INSTRUCTOR" del SENA, bajo los mismos parámetros y condiciones; debía atender alumnos y el proceso de aprendizaje en las mismas condiciones contratadas, hasta tanto se iniciara el nuevo contrato, siempre en forma continua. Por esta razón la relación de trabajo fue ininterrumpida.
- d) El horario de trabajo desarrollado por el demandante era de 6:00 a.m., a 10:00 p.m., dependiendo de la programación efectuada por el SENA, para cada curso por trimestre.
- e) Entre el 13 de agosto de 2007 y el 25 de julio de 2011, el demandante laboró en horarios distintos, bajo la subordinación continua del *SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE "SENA"*, Centro de Gestión de Mercados y Logística y Tecnologías de la Información.
- f) Debía también presentar reportes mensuales de las labores realizadas, a los cuales impartía aprobación el Coordinador Académico.

- g) El señor José Armin desempeñaba funciones como: dictar clases, evaluar a los alumnos y rendir informes, así: "... formación profesional integral, para la incorporación y el desarrollo de las personas en actividades productivas para que contribuyan al desarrollo social, económico y tecnológico del país..." Además, capacitó y asesoró unidades económicas (empresas), para su creación y fortalecimiento en diferentes áreas (mercadeo, ventas, servicio al cliente, recurso humano, financiera, entre otras).
- h) La retribución económica se otorgaba de forma mensual de acuerdo al número de horas de formación impartidas en cada periodo mensual.
- i) El valor por hora de formación impartida que se canceló al demandante durante la vigencia de su relación laboral con el *SENA*, ascendió a los siguientes valores.

AÑO	VALOR HORA DE FORMACIÓN
2007	\$17.115..00
2008	\$17.970.00
2009	\$19.350.00
2010	\$20.125.00
2011	\$21.500.00

- j) El cargo de *INSTRUCTOR* hace parte de los cargos de planta de personal del *SENA*, como así lo determino el acto administrativo que lo conformó; y este cargo fue el desempeñado por el demandante durante todos estos años y corresponde al mismo cargo de *INSTRUCTOR T.P. GRADO 03* de la planta de personal de dicha entidad; regulado de manera irregular mediante los Contratos de Prestación de Servicios.
- k) La entidad demandada no cumplió con su obligación constitucional y legal de afiliar al señor José Armin Lozano Caviedes, al sistema de seguridad social, en salud, pensiones y riesgos laborales.

- l) Tampoco afilió ni aportó a nombre del demandante al régimen de subsidio familiar, ni a un fondo de cesantías.
- m) El *SENA* no canceló al demandante las cesantías, intereses sobre las cesantías, prima de riesgo, subsidios y bonificaciones, en la misma forma en que estos derechos se cancelan a otros servidores públicos de la misma condición, que laboran para el *SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE "SENA"*, y desarrollan las mismas funciones que el demandante ejecutó.
- n) No se reconoció al demandante el trabajo en días de descanso obligatorio o en horas extras; ni recargos nocturnos, días compensatorios por la labor en días de descanso obligatorio, a pesar que prestó servicios en jornadas de trabajo superiores a 8 horas al día o en jornadas nocturnas.
- o) El 24 de junio de 2013, mediante derecho de petición con radicado No. 1-2013012991 en las dependencias del *SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE "SENA"*, el demandante solicitó el reconocimiento y pagos de los derechos que por esta vía se reclaman.
- p) El 10 de julio de 2013 SENA, dio respuesta negativa a las peticiones del demandante, según oficio No. 2-2013001167.
- q) El 26 de mayo de 2014, mediante comunicación radicada en las dependencias de la Procuraduría, solicita convocar al Servicio Nacional De Aprendizaje, para adelantar diligencia de conciliación extrajudicial.
- r) El 15 de julio del mismo año, se adelantó la diligencia de conciliación ante la Procuraduría No. 5 para Asuntos Administrativos, durante la cual la apoderada del SENA, manifestó su imposibilidad de llegar a un acuerdo sobre las pretensiones propuestas por el demandante, dado que esa fue la orientación impartida por el Comité de Conciliación y defensa Judicial de la entidad, en sesión efectuada el 13 de junio de 2014.
- s) El 22 de agosto de 2014, se radico nuevamente ante Procuraduría General de la Nación, a las 14:54:47, solicitud de Conciliación extrajudicial, la cual por reparto le correspondió a la misma Procuraduría No. 5 para Asuntos

Administrativos; de donde hubo que retirarla porque una Procuraduría no podía hacer más de una conciliación en menos de tres meses.

- t) El 9 de septiembre de 2014, el demandante solicitó el reconocimiento y pagos de los derechos que por esta vía se reclaman.
- u) La entidad demandada niega nuevamente las peticiones de la parte actora.
- v) El 08 de octubre de 2014, mediante radicado 2014-10-08 15:35:04, se comunica a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, de la Solicitud de Conciliación Extrajudicial ante la Procuraduría General de la Nación - Bogotá D.C.
- w) El 09 de octubre de 2014, mediante radicado No. 1-2014-023067, se comunica al doctor, Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, de la solicitud de Conciliación Extrajudicial ante la Procuraduría General de la Nación - Bogotá D.C.
- x) La diligencia de conciliación se adelantó el 09 de octubre de 2014, ante la Procuraduría No. 50 Judicial para Asuntos Administrativos II, durante la cual la apoderada del SENA manifestó su imposibilidad de llegar a un acuerdo sobre las pretensiones propuestas por el demandante, dado que esa fue la decisión del comité de conciliación del SENA.

Fundamentos jurídicos:

Normas de rango legal:

- Constitución Política, artículo 1, 2, 13, 25, 53, 113, 123, 189 y 336.
- Código Civil, artículo 8.
- Ley 153 de 1887, artículo 80.
- Decreto 2400 de 1968.
- Decreto ley 3135 de 1968, artículo 5.
- Ley 115 de 1994, artículo 1 y 2.
- Ley 119 de 1994.
- Ley 80 de 1993, artículo 32.
- Ley 489 de 1998, artículo 54, 70, 81, 98 y 138

-. Ley 1437 de 2011, artículo 138 y 187.

Concepto de violación:

Expone que dentro del procedimiento aquí desarrollado se ha desconocido la Constitución Nacional y a su vez normas de carácter legal, como quiera que en el caso en concreto existió una relación de trabajo encubierta toda vez que aquí no aplica lo establecido en el código civil, referente a los derechos de los contratistas sino que por el contrario el régimen aplicable es el que corresponde a los trabajadores del sector público.

1. Ley general de educación y ley de restructuración del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA.

La ley 115 de 1994 establece las normas generales para regular el Servicio Público de la Educación. Es así como dentro de este marco normativo y con el propósito de cumplir el deber que tiene el Estado de prestar el servicio público de la educación, se crea la ley 119 de 1994.

En armonía con la mencionada ley, el artículo 37, señala que *"los servidores vinculados al SENA son empleados públicos o trabajadores oficiales"*. El señor José Armin Lozano Caviedes, prestó servicios al SENA y de acuerdo con los contratos de prestación de servicios suscrito por los periodos de julio de 2007 a agosto de 2011, desarrolló funciones propias de un instructor de formación de la planta de personal de la entidad, cargo para el cual fue contratado. Por tal razón, le asiste derecho a que se reconozcan las pretensiones y condenas que alega en su escrito de demanda.

2. De los contratos estatales.

El artículo 32 de la ley 80 de 1993, señala en que consiste los contratos de prestación de servicios celebrados por las entidades estatales. Menciona el demandante, que aquel contrato se celebra en aquellos casos en que la entidad no cuenta con el personal para desarrollarlo y se contrata para que la persona realice una labor en específica. Como bien se conoce el contrato de prestación de servicios no es un contrato laboral y por ende se desarrolla de manera autónoma, exento de cumplir un horario y no existe subordinación.

En presente caso, manifiesta el actor que la realidad siempre estuvo presente en la relación de trabajo que existió entre el señor José Armin Lozano Caviedes y el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, cuya labor fue llevar a cabo funciones de “instructor”, a quien la entidad estatal le suministro el material necesario para realizar su labor. Por tanto, fue un contrato de prestación de servicios “encubierto” que se convirtió en una relación de trabajo al cumplir con los requisitos que constituyen un contrato laboral, que como consecuencia de ello la entidad demandada debió cumplir con sus obligaciones referentes a la naturaleza del contrato.

3. Frente a la violación de los artículos constitucionales.

Resalta el demandante que cumplió sus funciones en calidad de empleado público conforme al artículo 5 del Decreto 3135 de 1968.

4. Régimen de los actos y contratos.

El artículo 81 de la ley 489 de 1998 indica que los contratos que celebren los establecimientos públicos se rigen por las normas del estatuto contractual de las entidades estatales contempladas en la ley 80 de 1993. En el presente caso reitera el actor que no podía llevarse a cabo un contrato de prestación de servicios puesto que existe norma especial para los empleados públicos y que para dicho caso debió aplicarse de acuerdo al principio de favorabilidad conforme al artículo 53 de la Carta Política.

Así mismo, solicita se estudie el caso en concreto de acuerdo al artículo mencionado anteriormente.

5. Prevalencia de lo sustancial sobre lo formal y aplicación de los demás principios.

Considera que independientemente de las formalidades señaladas en la ley, en lo que respecta a asuntos de carácter laboral, prevalece lo sustancial. Lo que significa que para el presente caso existió una relación laboral, debido a que cumplió con los requisitos que lo configuran. Por tanto, debe reconocerse al demandante las garantías salariales, prestacionales e indemnizatorios.

6. Derechos a favor del demandante.

Refiere la parte demandante que como se ha mencionado con anterioridad la clase de contrato que aquí se configura es laboral, por consiguiente el SENA debió pagar todas las prestaciones sociales (pago de las cesantías, intereses a las cesantía, vacaciones, primas de servicios, de navidad y de vacaciones, bonificación por servicios prestados, afiliación y pago de aportes a los regímenes de subsidio familiar y de seguridad social en salud, pensiones y riesgos laborales, dotaciones, auxilio de transporte y alimentación) que la Constitución Política y la ley han previsto para los empleados públicos y a gozar de los mismo derechos en igualdad de los demás empleados públicos del orden nacional, consagrados en el artículo 7 del Decreto 2400 de 1968.

7. Costumbre contra la ley.

Manifiesta el actor que la Administración Pública, convirtió en "costumbre" la contratación de personal mediante el sistema de "contratos de prestación de servicios". Es contraria a ley toda vez que es prohibida por la legislación Colombiana como así lo señala el artículo 8 del Código Civil a su vez vulnerado los artículos 25 y 53 de la Constitución política.

1.1.2. OPOSICIÓN

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA (f. 184 a 210). La apoderada de la entidad se pronuncia sobre cada uno de los hechos, afirmando que en su mayoría son ciertos.

Precisa en lo que el actor afirma que existió relación laboral y manifiesta que dicha relación no existió, como quiera que no hubo subordinación, ni tampoco que haya ejercido su labor en nombre del Estado Colombiano.

Menciona además que el horario establecido en el contrato hacía referencia pues a que si bien el señor José Armin Lozano debía impartir su labor entre las 6:00 a.m. y 10:00 p.m. no quiere decir que hubiese cumplido un horario, ni que fuese similar al de un empleado público.

La apoderada del SENA se pronuncia sobre los elementos suministrados al demandante y señala que claramente debía proveer lo necesario para que aquel pudiese desarrollar su labor y que el trabajo ejecutado por el contratista se limita única y exclusivamente a ejecutar labores de formación profesional. Si bien es cierto que su labor fue entorno a impartir formación profesional, no quiere decir que lo haya hecho en nombre de la entidad y en caso de que lo hiciera, es porque para ese objeto fue contratado.

En lo referente a la obligación que tienen los empleadores de afiliar a sus trabajadores a un sistema de seguridad social, en salud, pensiones y riesgos laborales, menciona la apoderada que como no consistía en un contrato de trabajo sino en una relación contractual y no legal y reglamentaria y al ser entonces un contrato de prestación de servicios como ya se mencionó, el SENA no tenía a su cargo tal obligación.

La apoderada del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA., propone como excepción previa la siguiente:

1. Caducidad.

El artículo 138 del C.P.A.C.A., establece la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho e indica que es de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente de la notificación, comunicación, ejecución, o publicación del acto administrativo y para el caso en mención el acto administrativo fue comunicado el día 10 de junio de 2013, agotando la conciliación hasta el año 2014 y presentó el escrito de demanda el 4 de marzo de 2015, es decir un (1) año y cuatro (4) meses después de que había vencido el término de caducidad y que ya no podía este ser medio de control judicial.

Adicional si el término de caducidad empieza a contar a partir del día siguiente al vencimiento del término establecido para interponer los recursos igualmente se encuentra caducado.

Como consecuencia de lo anterior, debe darse por terminado el proceso.

Al respecto, el despacho en audiencia inicial del diez (10) de febrero de 2016, declaró probada la excepción de caducidad. La parte demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca conoce del recurso de apelación mediante auto del 16 de febrero de 2017 revocando la decisión proferida por este despacho.

Frente a las pretensiones se opone, por ser improcedentes y precisa en cada una de ellas.

1. De la supuesta ilegalidad de los actos demandados.

El actor desde un comienzo fue vinculado a través de un contrato de prestación de servicios y que para el caso bajo estudio, el SENA puede tener en planta permanente de la entidad, cargos de instructores que provisionalmente no lleguen a tener carga de trabajo o que la preparación profesional que tiene el instructor no compete a la demanda educativa que periódicamente se va haciendo necesaria.

De forma tal, que el legislador permite la celebración de este tipo de contratos, por ende el SENA ha contratado con personas naturales para prestar como contratistas el servicio de instructores y la vigencia de los contratos lo fue en forma temporal, que correspondía al ciclo de formación de alumnos. Para ello trae a colación las sentencias C-960 de 2007, C-386 de 2000, C-397 de 2006, C-154 de 1997, C-236 de 1997, T-214 de 2005, C-124 de 2004 y T-1109 de 2005.

2. De los contratos de prestación de servicios suscritos por el demandante.

La vinculación del Señor José Armin fue de prestación de servicios, de carácter temporal, con autonomía en el desarrollo de su actividad contractual, sin subordinación y cumplía un horario en la relación con la función para que le fue contratado. Por tanto, no cumplía un horario de trabajo y no estaba sujeto a una jornada laboral pero que si requería dictar el número de horas de formación profesional. Siendo así hace alusión a la sentencia del Consejo de Estado Sala de lo

Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección “A”; Magistrado Ponente:
Dr. Alberto Arango Mantilla, del 9 de noviembre de 2000.

3. Inexistencia de la supuesta subordinación y dependencia del demandante.

Entre el contratante el SENA y el contratista instructor, no se configuró una relación laboral, lo que busca es una coordinación para garantizar la efectiva prestación de los servicios contratados y como ha reiterado la jurisprudencia, en muchas ocasiones se requiere que el servicio sea prestado en determinado horario y el hecho de que el contratista deba rendir informes sobre su labor no quiere decir que este subordinado.

Hace énfasis en varios análisis jurisprudenciales y concluye que el elemento definitivo para distinguir el contrato de prestación de servicios del contrato de trabajo, es el elemento de subordinación, siempre y cuando no se trate de la simple coordinación que debe existir entre las partes contractuales para el desarrollo de la labor encomendada, de acuerdo a las particularidades de la función que se debe desempeñar. Y que en el presente caso el contratista recibió instrucciones de coordinador del manejo de la labor que debía desempeñar.

Trae a colación, la sentencia del 3 de diciembre de 2009, Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda – Subsección B, Consejero Ponente:
Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila:

"Es necesario aclarar que la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de, recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación"

Finalmente, en cuanto a la pretensión subsidiaria, solicita la parte la improcedencia de esta, toda vez que no se acredita la existencia del daño y no hay prueba que lo demuestre, motivo por el cual debe ser denegada.

1.2. PROBLEMA JURÍDICO

Con el objeto de juzgar la legalidad de los actos demandados, se encuentra que el problema jurídico se contrae a establecer si:

¿La relación que existió entre el contratista y contratante fue efectivamente un virtud de un contrato de prestación de servicios o por el contrario se configuraron los elementos para acreditar una relación laboral y por tanto deriva un contrato de trabajo?

De haber un relación laboral: ¿A cuales emolumentos laborales, prestaciones, pagos salariales tiene derecho el demandante?, ¿Cuáles de ellos podría estar afectado por el fenómeno prescriptivo?, ¿Cuáles son imprescriptibles?

Tesis de la parte demandante: Sostiene que la entidad demandada oculto una relación de carácter laboral al contratar bajo la figura de contrato de prestación de servicios supuestamente en forma temporal cuando debía crear dicho cargo de planta, por cumplir funciones de carácter permanente e ininterrumpida. El demandante reitera que no actuó como un trabajador independiente o autónomo sino como ya menciono subordinado a las orientaciones impartidas por los directores de la entidad.

Tesis de la parte demandada: Sostiene que fue un contrato de prestación de servicios que no está sujeto a una subordinación sino a unas actividades de coordinación y el contratista debía cumplir el objeto del contrato a través de las misiones que no pueden ser entendidas como subordinación.

Tesis del Despacho: El despacho accederá a las pretensiones de la demanda toda vez que se demostró la existencia de una relación de trabajo, pues se acreditó la existencia de los elementos de un contrato de trabajo.

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.4.1. Parte demandante JOSÉ ARMIN LOZANO CAVIEDES (ff. 411)

Reitera los argumentos expuestos en el escrito de la demanda.

1.4.2. Parte demandada SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE (ff. 411).

Reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

1.4.3. Ministerio Público

El Procurador Delegado ante este Juzgado rindió concepto y solicita se acceda parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Considera que si existió una relación laboral entre el demandante y la entidad demandada, debido a que se encuentra probada esta misma. Teniendo en cuenta que se le asignó un cronograma de actividades a la cual estaba sujeto el demandante y que aun si el hecho que pudiera realizar otras actividades, no implica que pudiera realizar con total independencia su labor.

Nótese también que los elementos de trabajo eran aportados por el SENA, realizaba las mismas funciones que los instructores de planta, lo que prueba la relación laboral.

Si bien, la ley autoriza a las entidades públicas a suscribir contratos de prestación de servicios con personas naturales para desarrollar las actividades, es claro que cuando se configuran estos elementos propios de una relación laboral no es dable mantener las condiciones de un contrato de prestación de servicios, sino por el contrario reconocer todos los elementos que constituyen la relación laboral y demás garantías de acuerdo al porcentaje que le correspondía a la entidad.

Deberá igualmente reconocerle al señor José Armin, cesantías y vacaciones. Pero en lo que respecta a la sanción moratoria solicitada no procede, puesto que está únicamente está reconocida a los empleados públicos.

En cuanto a la retención en la fuente, menciona el Ministerio Público, que está al igual que la anterior sanción no procede. Teniendo en cuenta que este es un anticipo del impuesto a la renta no se tendría certeza si este fue utilizado como pago para el impuesto de renta del demandante y el hecho de ser empleado tampoco se excluye de dicho anticipo y en ese sentido concluye que no está demostrado la procedencia de reintegrar en su totalidad el descuento por retención a la fuente.

2.- CONSIDERACIONES

1. Normatividad aplicable

La Constitución Nacional contempla el trabajo como principio fundante del Estado Social de Derecho.

La primacía de la realidad sobre las formalidades en las relaciones laborales, eje del debate que hoy nos ocupa, surge del lugar que la Constitución del 91 dio al trabajo, que no sólo es un elemento ontológico del Estado Social de Derecho, también opera como valor (Preámbulo y artículo 1 CP), o sea, como un fin al cual debe propender el Estado; como principio o como mandato de optimización y horizonte interpretativo de las demás normas del ordenamiento jurídico (Art. 25 y 53); como derecho y obligación, lo cual implica acciones concretas y positivas tanto para garantizar el derecho como para propiciar un mínimo de condiciones materiales para su efectiva realización (Art. 25 y 53 CP) y en este sentido, hay que recordar que la Constitución Política como norma jurídica tiene vocación expansiva e invasiva en todo el ordenamiento jurídico (Art. 4 CP), de manera que sus valores, principios y reglas deben determinar de manera efectiva y permanente toda la actuación de las autoridades de la república.

Adicional, los artículos 122 y 125 del mismo ordenamiento jurídico disponen:

"ARTICULO 122. *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. (...)*

ARTICULO 125. *Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. (...)*

Igualmente el Código Sustantivo del Trabajo prevé en los artículos 22 y 23 que es un contrato de trabajo y cuáles son los elementos para acreditar la relación laboral, los cuales son: i) prestación personal del servicio, ii) remuneración y iii) subordinación.

De otra parte, la ley 80 de 1993 de Contratación de la Administración Pública se refirió al contrato de prestación de servicios en numeral 3 del artículo 32 de la siguiente manera:

"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."

El artículo 2º del Decreto 2400 de 1968, dispone:

El artículo 2o. quedará así: Modificado y adicionado por el derecho 3074 de 1968.

(...)

Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones".

2. El contrato realidad

Este principio emerge directamente del texto constitucional al establecer en el artículo 53 "la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de la relaciones laborales". Es decir, la garantía iusfundamental del trabajo se manifiesta directamente como límite a la autonomía de las partes contratantes puesto que además de servir para el trabajador como garantía o derecho, para el empleador es un límite a su acción.

En el ámbito del servicio público se tiene que todos los cargos por lo general son de carrera (Art. 125 CP) y ser empleado público es un estatus que sólo se adquiere a partir de la investidura formal y material (Art. 122-125 CP), y por excepción existen otras modalidades como los de libre nombramiento, de período, los trabajadores oficiales y los otros que establezca la ley. (Art. 125 CP). Ahora, por fuera de este ámbito normativo, la vinculación al Estado también puede ser a través de contrato de prestación de servicios cuando lo que se busca es que los conocimientos especiales sean puestos al servicio del Estado, siempre que se respeten los límites y no sea una forma de evadir las obligaciones que se derivan del contrato de trabajo.

Dijo la Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997:

"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 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; **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."**

(Negrillas del Despacho)

El Consejo de Estado ha variado su jurisprudencia en el sentido de aceptar que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se "demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista en aplicación primeramente del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales, independientemente de la denominación jurídica que se le haya dado a dicha relación."¹

Esta postura venía siendo defendida por el Consejo de Estado y exigía que debía acreditarse siempre los tres elementos de la relación laboral². Sin embargo, el mismo Consejo de Estado había sostenido que se pueden administrar contratos de

¹El Consejo de Estado, Sección Segunda-Subsección A, sentencia del 14 de agosto de 2008, expediente 680012315000200200903-01 (0157-08). MP. Dr. Gustavo Gómez Aranguren.

² Consejo de Estado, Sección Segunda-, 23 de junio de 2005, expediente No. 0245 por el Dr. Jesús María Lemos Bustamante

prestación de servicios donde exista una relación de "coordinación en sus actividades", lo cual incluye horarios, o recibir instrucciones de los superiores o entregar reporte o informes, sin que por ello se transforme en una relación laboral o quede demostrado el elemento de la subordinación³. La Sección Segunda, se apartó en el 2005 de la tesis anterior y recuperó la tesis primigenia de ella misma en sentencia de 18 de marzo de 1999, con ponencia del Magistrado Flavio Rodríguez Arce (Exp. 11722 – 1198/98), donde hizo prevalecer "la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas, cuyos supuestos fácticos deben ser materia de prueba".

En conclusión, para que opere la transformación de un contrato de prestación de servicios en un relación laboral, bajo el principio del contrato realidad, "se constituye en requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible la subordinación y dependencia, y que de hecho desplegó funciones públicas, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor, siempre y cuando la aludida subordinación no enmarque simplemente una relación de coordinación entre las partes contractuales para el desarrollo de la labor encomendada, de acuerdo a las particularidades de la función que se deba desempeñar"⁴.

Finalmente el Consejo de Estado en sentencia Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-2015) Actor: LUCINDA MARIA CORDERO CAUSIL Demandado: MUNICIPIO DE CIENAGA DE ORO, concluye en sentencia de unificación que:

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 (...)
- 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,

³Consejo de Estado, Sala Plena del Consejo de Estado del 18 de noviembre de 2003, Rad. 11 0039 M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

⁴El Consejo de Estado, Sección Segunda-Subsección A, sentencia del 14 de agosto de 2008, expediente 680012315000200200903-01 (0157-08). MP. Dr. Gustavo Gómez Aranguren.

- 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).
 - v) Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.
 - vi) El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral).
 - vii) El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador.

3. Caso en concreto y lo probado

3.1 Se tiene acreditada dentro del expediente la celebración de los siguientes contratos entre demandante y demandada (ff. 85 a 129):

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS	FECHA DE INICIO	FECHA DE TERMINACIÓN	OBJETO	VALOR/MES
000349 de 2007	13 de agosto de 2007	23 de septiembre de 2007	Impartir formación profesional.	\$5.476.800. Hora de formación \$17.115. Pago mensual: \$1.825.600.

000470 de 2007	24 de septiembre de 2007	27 de enero de 2008	Ídem	\$9.584.400. Hora de formación \$17.115. Pago mensual: \$3.194.800.
000057 de 2008	28 de enero de 2008	28 de julio de 2008	Ídem	\$18.419.250. Hora de formación \$17.970. Pago mensual: \$3.069.875.
000580 de 2008	05 de septiembre de 2008.	05 de enero 2009	Ídem	\$8.805.300. Hora de formación \$17.970. Pago mensual: \$2.201.325.
000127 de 2009	26 de enero de 2009	25 de julio de 2009	Ídem	\$18.576.000. Hora de formación \$19.350. Pago mensual: \$3.096.000.
000869 de 2009	22 de septiembre de 2009	16 de noviembre de 2009	Ídem	\$9.675.000. Hora de formación \$19.350. Pago mensual: \$1.612.600.
Adición y prórroga al contrato 000869 de 2009	17 noviembre de 2009	22 de diciembre de 2009	Ídem	\$11.610.000. Hora de formación \$19.350. Pago mensual: \$1.935.000.
000497 de 2010	28 de enero de 2010	16 de agosto de 2010	Ídem	\$19.722.500. Hora de formación \$20.125. Pago mensual: \$8.817.500.
Adición y prórroga al contrato 000497 de 2010	17 de agosto de 2010	24 de octubre de 2010	Ídem	\$7.546.875. Hora de formación \$20.125. Pago mensual: \$2.515.625.

000915 de 2010	25 de octubre de 2010	24 diciembre de 2010	Ídem	\$5.836.250. Hora de formación \$20.125.
000121 de 2011	25 de enero de 2011	25 de julio de 2011	Ídem	\$15.050.000. Hora de formación \$21.500.

Se establece que los contratos suscritos entre el señor José Armin Lozano Caviedes y el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, se celebraron a partir del 13 de agosto de 2007 hasta el 25 de julio de 2011, por tal razón, el Despacho tendrá en cuenta únicamente las fechas de los contratos de prestación de servicios que se encuentran acreditadas en el expediente.

Por otro lado, en los contratos descritos en el numeral 3.1 de esta sentencia, se tienen como obligaciones del contratista, además de las obligaciones de orden legal y de las derivadas del objeto del contrato, las siguientes, entre otras:

- 1)** Acompañar y Asesorar en forma permanente e integral a los aprendices en el proceso de formación por proyectos durante la vigencia del contrato.
- 2)** Presentar los reportes de notas de los alumnos y demás informes dentro de los plazos estipulados por el Centra para tal efecto.
- 3)** 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.
- 4)** 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.
- 5)** Desarrollar mecanismos que faciliten la reflexión, la innovación, el espíritu investigativo la creatividad y la autoevaluación en los alumnos para su mejoramiento continuo.

- 6) Evaluar el proceso de aprendizaje, las estrategias pedagógicas, el medio ambiente educativo, el rendimiento académico de los alumnos y diligenciar oportunamente los formatos correspondientes.
- 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.

14) Participar en procesos de promoción de los programas de formación profesional Integral, servicios y actividades de divulgación tecnológica, programados por el Centra de Formación.

15) Participar en las labores de montaje y puesta en marcha de equipos y maquinaria utilizados en la Formación Profesional Integral, si es del caso.

16) Coadyuvar en el proceso de ingreso e inducción de alumnos.

17) Rendir oportunamente los informes (planillas, reportes, formatos) requeridos sobre las acciones encomendadas y los productos resultantes de procesos de aprendizaje realizados por alumnos a quienes imparte formación profesional.

18) Responder por la integridad y buen uso de materiales, equipos y demás elementos de la institución puestos bajo su cuidado para desarrollar labores propias de su cargo.

19) Incorporar las tendencias tecnológicas, pedagógicas y de gestión, al diseño técnico pedagógico de las diferentes acciones de formación profesional en su especialidad.

20) Participar en los comités de evaluación, asistir puntualmente a las clases programadas, colaborar activamente con la disposiciones sobre aseo y orden de los salones de clases y tener sentido de pertenencia con la Institución.

21) Para instructores de las especialidades de: cultura Física, comunicación para la comprensión, ética y transformación del entorno y aquellos que se requieran para el desarrollo de programas especiales: participar en el grupo de desarrollo humano y bienestar estudiantil para adelantar proyectos y programas tendientes al desarrollo de las capacidades físicas, psicoafectivas, éticas, morales, sociales y los valores que requieren los alumnos para avanzar en su proceso formativo.

22) Participar activamente en las actividades de formación programadas por el centro en el área cultural, deportiva, recreativa, dirigidas a los alumnos y en los

programas de carácter preventivo que ameriten de su apoyo y asesoría, adicionalmente en actividades de bienestar dirigidas a los alumnos y funcionarios.

23) Presentar en forma mensual al coordinador académico el reporte de ejecución de actividades, registrando las novedades sucedidas en el periodo académico que afectaron la ejecución de la programación académica mínima establecida, el cual entregara al respectivo coordinador académico o líder de Unidad.

24) Presentar en forma mensual al coordinador académico respectivo los informes que sean requeridos.

Estos contratos de prestación de servicios establecen con relación a la afiliación al sistema de riegos profesionales que el contratista deberá manifestar por escrito su intención de afiliación o no al sistema, en caso afirmativo, el monto de la cotización será asumido en su totalidad por el contratista.

Además se concreta en los contratos que el actor deberá efectuar el pago dentro de los primeros diez (10) días de cada mes con base en el cuarenta por ciento (40%) del valor mensual del presente contrato frente al Sistema de Seguridad Social Integral (salud y pensión).

Por otro lado se obliga a portar el carnet que lo identifique como contratista en un lugar visible durante todo el tiempo que permanezca en las instalaciones de la entidad, o fuera de esta, cuando por razones derivadas de la ejecución del contrato deba representarla en su calidad de Contratista-Sena. Así mismo, para efectos de desarrollar el objeto contractual, deberá hacerlo vistiendo una blusa blanca, cuyo costo deberá asumir personalmente.

3.2 Aunado a lo anterior y para determinar si hubo una relación laboral entre las partes el Juzgado entra a examinar los elementos que configuran un contrato de trabajo.

a) Prestación personal del servicio

Como se evidencia en las cláusulas estipuladas por las partes el contratista no podía ceder ni parcial, ni total a persona natural o jurídica los derechos y obligaciones inherentes en el contrato y fue siempre el señor José Armin Lozano quien asistió a las clases que se le fueron asignadas.

b) Remuneración económica

A causa de la prestación intuitu personae desarrollado por el actor, hubo una retribución patrimonial en razón a la prestación del servicio, como así se pactó en cada contrato.

c) Subordinación

Para poner de presente las diferencias sustanciales que existen entre contrato de prestación de servicios y el contrato de trabajo, enfatizando que bajo la primera modalidad no se pueden adelantar labores permanentes que hacen parte del objeto misional de la entidad, y que el elemento que diferencia entre esos tipos de relaciones jurídicas es la subordinación.

En el presente caso se desvirtúa el contrato de prestación de servicios toda vez que el demandante cumplía las mismas funciones que podía ejercer un personal de planta, las funciones o responsabilidades que se le habían asignado, como se mencionó con anterioridad permaneció prestando sus servicios en las instalaciones de SENA desde el 13 de agosto 2007 hasta el 25 julio de 2011, y tampoco contaba con autonomía e independencia para realizar las labores encomendadas; permanentemente debía estar atento a que en alguna eventualidad se le asignaran más clases y debía atender aquella instrucción.

En audiencia de pruebas celebrada el 21 de marzo de 2018, el demandante bajo gravedad de juramento afirma que el señor Silvio Alberto Galindo que figura en el cargo de Coordinador Académico, le entregaba a cada instructor, incluyendo en este caso al demandante, los horarios académicos que eran realizados en tres jornadas de 6:00 a.m. a 12:00 p.m. – 12:00 p.m. a 6:00 p.m. y 6:00 p.m. a 10:00 p.m., dicho horarios eran asignado por el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA y a través de las planillas le indicaban el lugar donde debía acudir a impartir la formación profesional, y debía rendir informe de sus clases, así como el coordinador

supervisaba continuamente la asistencia y la actividades de los instructores en los horarios designados.

Nótese que las mencionadas jornadas laborales eran directrices emanadas por el Coordinador, horarios que debían cumplirse de esa manera en cuanto a que una vez fijados no se podían modificar. Que si bien de ante mano se tenía conocimiento que horario correspondía a cada instructor, los trabajadores debían permanecer en las instalaciones en el transcurso del día, por si se asignaba un nuevo grupo.

De hecho el testimonio rendido por el señor Fabio Humberto Molano Olmos, quien ostentó el puesto de Coordinador Administrativo indicó al despacho que no existe ninguna diferencia en cuanto a las funciones que debe desarrollar un instructor de planta y un instructor contratado por la modalidad de prestación de servicios. Incluso en algunas ocasiones los instructores de planta al igual que los de prestación de servicio se les podían asignar labores los fines de semana.

En el caso bajo estudio, está demostrado que la vinculación del contratista no fue de carácter temporal como quiera que se suscribieron 11 contratos de prestación de servicios algunas prorrogas y que los lapsos de tiempo en los cuales se daba por finalizado el contrato, que fueron pocos, los instructores por solicitud del coordinador seguían prestando su labor debido a que no había culminado el trimestre o semestre de los estudiantes y por tanto no debía desasistir su labor. Dos, las actividades desarrolladas por el demandante, esto es, impartir formación profesional hacen parte del objeto misional del SENA, tres, de conformidad con los contratos aportados se observa la certificación emitida por el Subdirector del Centro de Gestión de Mercados Logística y Tecnologías, la contratación se llevó a cabo por falta de personal de planta, y cuatro, quedo demostrado que el coordinador académico tenía control de formato de asistencia a los horarios a los cuales debía asistir y percibiendo como contraprestación un salario.

En conclusión, las obligaciones y actividades materialmente cumplidas por el demandante tienen la misma finalidad que las funciones generales de un instructor de planta.

Por consiguiente, la vinculación del demandante a la entidad SENA, mediante diferentes contratos de prestación de servicios, fue una forma ilegal, puesto que lo que en realidad se mantuvo fue un vínculo laboral y con esto se desvirtúa la motivación de acto demandado.

4. Prescripción de los derechos laborales

Pasa el Despacho a estudiar de oficio la eventual ocurrencia de la prescripción de los derechos laborales reclamados atendiendo a las disposiciones del artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

De conformidad con lo previsto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, "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.

De conformidad con lo previsto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, "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."

Así entonces, teniendo en cuenta que la petición en sede administrativa fue presentada el 4 de marzo de 2015⁵, en principio, estarían prescritos los derechos y prestaciones de naturaleza laboral causados con antelación al **4 de marzo de 2015, salvo lo que toca a los aportes pensionales.**

5. Conclusión

Así las cosas se declara la nulidad de los actos administrativos No. 2-2013-001167 del 10 de julio de 2013 y 2-2014-083016 del 22 de septiembre de 2014.

Ahora bien, se debe reconocer el restablecimiento del derecho con base en los honorarios pactados en los diferentes contratos, a partir del 13 de agosto de 2007 fecha a partir de la cual según el material probatorio el demandante prestó sus servicios a la entidad demandada.

⁵ Ver folios 2 a 6

Igualmente el demandado deberá al demandante, a título de restablecimiento del derecho el valor de las prestaciones sociales y derechos laborales a que haya lugar y se ordenará igualmente el pago de los aporte al sistema de seguridad social, que no están sujetos al fenómeno prescriptivo.

Por último y en cuanto a las pretensiones del reconocimiento de la sanción moratoria, el reembolso de lo pagado por concepto de retención en la fuente y de las primas de las pólizas que tuvo que pagar la demandante para la ejecución de los contratos de prestación de servicios, no se harán tales reconocimientos, teniendo en cuenta lo dispuesto por el H. Consejo de Estado que en sentencia del quince (15) de marzo de dos mil doce (2012), Radicación: No. 25000232500020080033901, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, dispuso:

"De otro lado, se precisa en el fallo referido que **no hay lugar al reconocimiento y pago de la sanción moratoria** solicitada por la demandante, pues esta Corporación ha señalado reiteradamente que la providencia judicial que reconoce la existencia de un vínculo laboral tiene el carácter de constitutiva, por lo que, es a partir de la ejecutoria de ella que se cuenta el plazo legal para la consignación de las prestaciones adeudadas, razón por la cual esta solicitud de la actora no está llamada a prosperar.

De igual forma, en lo relacionado con el reconocimiento y pago de la **retención en la fuente**, es de aclarar que no prospera la pretensión, si se tiene en cuenta que no existe suficiente prueba que acredite el perjuicio material derivado del pago de ese rubro.

Finalmente, en cuanto a las **pólizas** que tuvo que pagar la demandante para "garantizar la responsabilidad civil extracontractual" respecto de los contratos que celebró, esta Subsección considera que no hay lugar a ordenar el reembolso del valor de las mismas, si se tiene en cuenta que **i)** dicha garantía se generó por el vínculo de índole contractual mas no de la relación laboral cuya existencia se declaró en el presente proceso, **ii)** tal y como aparece consignado en las pólizas que obran a folios 85 a 129 del expediente, las mismas buscaban garantizar la responsabilidad civil extracontractual del contratista, esto es, el cubrimiento de los daños que pudiere ocasionar a terceras personas con la ejecución del contrato en su calidad de contratista externo y no de servidor público y, **iii)** si bien es cierto se desnaturalizó la vinculación de origen contractual -cuya exigencia previa es la constitución de una póliza-, por una de origen laboral, también lo es que, la declaración de la existencia de dicha relación no implica per se la devolución de sumas de dinero que se generaron en virtud de la celebración contractual, pues la finalidad del pago a título de la reparación del daño, es el reconocimiento de emolumentos salariales y prestacionales dejados de percibir con la relación laboral oculta más

no la devolución de sumas pagadas con ocasión de la celebración del contrato”.⁶

En consecuencia, el Despacho solamente ordenará el pago de las prestaciones sociales a que el demandante tuviere derecho, así como también, el pago de los aportes pensionales en los porcentajes determinados en la ley.

Las sumas que resulten a favor del actor se ajustaran, tomando como base el Índice de Precios al consumidor tal como lo ordena el inciso 4º del artículo 187 del C.P.A.C.A y devengarán intereses a partir de la ejecutoria de esta sentencia, tal como lo prevé el artículo 192 de la ley 1437 de 2011.

3.- COSTAS

En la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es una constante que se ventilen asuntos de interés público, razón por la cual habría lugar a suponer que no hay condena en costas. No obstante, según la Sentencia del Consejo de Estado Sección Cuarta, Sentencia 050012333000 2012 00490 01 (20508), Ago. 30/16, se indicó que la administración tributaria no está exonerada de la condena en costas por el mero hecho de que la función de gestión de recaudo de los tributos conlleve de manera inherente un interés público.

Por otro lado, se tiene que la condena en costas, su liquidación y ejecución se rige por las normas del CGP⁷. Tal régimen procesal civil prevé un enfoque objetivo en cuanto a la condena en costas⁸, por lo que ha de tenerse presente que aun cuando debe condenarse en costas a la parte vencida en el proceso, se requiere que en el expediente aparezca que se causaron y se condenará exclusivamente en la medida en que se compruebe el pago de gastos ordinarios del proceso y la actividad profesional realizada dentro del proceso.

Luego, es preciso destacar que no es de recibo la exigencia de que se aporte al expediente una factura de cobro o un contrato de prestación de servicios que certifique el pago hecho al abogado que ejerció el poder, debido a que i) las tarifas

⁶ Sentencia de 17 de noviembre de 2011 proferida por esta Subsección, Consejero Ponente: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, Ref.: expediente No. 250002325000200800655 01.número interno: 1422-2011, actor: GLORIA CARLINA RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ

⁷ Consejo de Estado Sección Segunda, Sentencia de Julio 14 de 2016. Número de radicado 68001233300020130027003.

⁸ Artículo 365 del Código General del Proceso.

que deben ser aplicadas a la hora de condenar en costas ya están previstas por el Acuerdo No. PSAA16-10554 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura; ii) para acudir este proceso debe acreditarse el derecho de postulación y iii) el legislador cobijó la condena en costas aun cuando la persona actuó por sí misma dentro del proceso, basta en este caso particular con que esté comprobado en el expediente que la parte vencedora se le prestó actividad profesional, como sucede en el presente caso. Por tanto, se condenará en costas a la parte vencida.

En mérito de lo expuesto, **el Juzgado Cuarenta y dos (42) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D. C. – Sección Cuarta**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

FALLA

PRIMERO: Declarar que entre el señor JOSÉ ARMIN LOZANO CAVIEDES y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA, existió un contrato realidad de naturaleza laboral entre el 13 de agosto de 2007 y el 25 de julio de 2011, por los periodos descritos en el numeral 3.1 del acápite 3 de lo probado en el proceso.

SEGUNDO: Se declara la nulidad de los siguientes actos administrativos: **i)** Oficio No. 2-2013-001167 del 10 de julio de 2013 y **ii)** Oficio No. 2-2014-083016 del 22 de septiembre de 2014, a través de los cuales se negó el reconocimiento y pago de emolumentos laborales al señor JOSÉ ARMIN LOZANO CAVIEDES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Se declara que el tiempo laborado por el señor JOSÉ ARMIN LOZANO CAVIEDES, bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, se debe computar para efectos pensionales.

CUARTO: Condenar al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA, a pagar al señor JOSÉ ARMIN LOZANO CAVIEDES, identificado con cédula de ciudadanía número 4.898.657 de Huila, a título de reparación del daño, al pago de las prestaciones sociales comunes y ordinarias derivadas de una verdadera relación laboral, en igualdad de condiciones que un empleado de la entidad que desempeñe el cargo de instructor (formación profesional), tomando como base los honorarios

contractuales, correspondientes a los períodos en los cuales se demostró su existencia, es decir, a partir del 13 de agosto de 2007 hasta el 25 de julio de 2011.

QUINTO: Condenar al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA a reconocer y pagar a favor del señor JOSÉ ARMIN LOZANO CAVIEDES, identificado con cedula de ciudadanía No.4.898.657 de Huila, a título de reparación del daño, a pagar los valores correspondientes a los aportes con destino a las entidades de seguridad social en salud y pensión, en la proporción que le correspondía a la entidad demandada en calidad de empleadora, siempre que la demandante acredite el pago, los porcentajes de cotización correspondientes a pensión y salud que debió trasladar a los fondos correspondientes durante el periodo acreditado que prestó sus servicios, dichas sumas serán ajustadas conforme quedó expuesto. Si no acreditara el pago de dicha cotizaciones, el ente demandado deberá trasladar las sumas correspondientes a la cotización mensual por dicho concepto de pensión, mes a mes, con la correspondiente indexación y los rendimientos financieros certificados por la entidad administradora de pensiones, a la entidad o empresa donde el accionante disponga y esté vinculado, desde el 13 de agosto de 2007 y el 25 de julio de 2011, solamente durante los meses que estaban vigentes los contratos de prestación de servicios, según los periodos determinados en el numeral 3 del acápite 3.1 de lo probado en el proceso, conforme a la parte motiva de la sentencia.

SEXTO: Las sumas que resulten a favor de la actora se ajustaran, tomando como base el Índice de Precios al consumidor tal como lo ordena el inciso 4º del artículo 187 del C.P.A.C.A y devengaran intereses a partir de la ejecutoria de esta sentencia, tal como lo prevé el artículo 192 de la ley 1437 de 2011.

SÉPTIMO: La entidad demandada deberá dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 Y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y reconocer intereses conforme al artículo 195 ibídem.

OCTAVO: Se niegan las demás pretensiones de la demanda de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

NOVENO: Se condena en costas a la parte vencida en juicio.

DÉCIMO: En firme esta providencia, déjese registro en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI" y procédase al archivo del expediente dejando las anotaciones y constancias de rigor.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE



ANA ELSA AGUDELO ARÉVALO

JUEZ