



Rama Judicial del Poder Publico
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Atlántico
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

Barranquilla, catorce (14) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

| | |
|------------------|---|
| Radicado | 08001-3333-006- 2019 00273-00 |
| Medio de control | Nulidad y Restablecimiento Del Derecho |
| Demandante | Antonio Luis Bossa Caicedo |
| Demandado | Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA |
| Juez | Lilia Yaneth Álvarez Quiroz |

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede el Despacho a dictar sentencia dentro la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, interpuesta por Antonio Luis Bossa Caicedo, contra el Servicio Nacional de Aprendizaje “SENA”, de conformidad con los artículos 181 y 187 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

II.- ANTECEDENTES

2.1 Demanda

Las súplicas de la demanda fueron expuestas de la siguiente forma:

1. Que se declare la nulidad absoluta del acto administrativo contentivo en el oficio N°08-2-2019-008550 fechada 16 de Julio de 2.019, notificado por correo certificado el día 17 de Julio de 2.019, en virtud de la cual se le negó al demandante el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales definitivas.
2. A título de restablecimiento del derecho se condene al SENA a reconocer y pagar al demandante el valor equivalente a las prestaciones sociales comunes devengadas y a que tienen derecho los empleados públicos de planta vinculados a dicha entidad en el mismo o similar cargo desempeñado, durante el periodo que prestó sus servicios a través de los diferentes y sucesivos contratos de servicios, entre el 19 de Julio del año 2.011 hasta el 14 de Diciembre del año 2.016 es decir, Cinco (5) años, Cuatro (4) meses y Veinticinco (25) días.
3. Que se condene al SENA a liquidar las prestaciones sociales insolutas y adeudadas al Demandante conforme al valor de la asignación básica u honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios.

4. Que se condene al SENA a pagar y rembolsar al demandante los porcentajes sobre los conceptos de pensión y salud que a esta le correspondió sufragar durante la ejecución del contrato de prestación de servicios en forma independiente, durante el periodo comprendido entre el 19 de Julio del año 2.011 hasta el 14 de diciembre del año 2.016.
5. Que se condene al SENA a pagar y rembolsar al demandante los porcentajes sobre los conceptos de Seguridad Social en Riesgos Profesionales que a éste le correspondió sufragar a la A.R.P. POSITIVA durante la ejecución del contrato de prestación de servicios en forma independiente, durante el periodo comprendido entre el 19 de Julio del año 2011 hasta el 14 de diciembre del año 2016.
6. Que se condene al SENA a pagar y rembolsar al demandante los dineros que por concepto de impuestos y pagos de pólizas de seguro de cumplimiento se sufragaron para la suscripción y ejecución de los diferentes contratos de prestación de servicios celebrados entre 19 de Julio del año 2011 hasta el 14 de Diciembre del año 2016.
7. Que se condene al SENA a reconocer y pagar al demandante de forma y debidamente indexada todas las acreencias laborales que la sentencia disponga.
8. Que se condene al SENA a pagar al actor las cotizaciones de Caja de Compensación y Subsidio Familiar durante el periodo que se desarrolló la ejecución del contrato de prestación de servicios.
9. Que se condene a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorio a que hubiere lugar y a la respectiva indemnización moratoria de que trata el Art. 13 de la Ley 344 de 1996 y/o la Ley 244 de 1995 Art 1 subrogado por la Ley 1071 de 2006 Arts. 4 y 5, por el no pago oportuno y/o consignación de las Cesantías Definitivas.
10. Que se le dé cumplimiento a la Sentencia en los términos de los Arts. 192 y 195 del C.P.A.C.A.
11. Que se condene en costas a la entidad SENA incluidas las agencias en derecho.

2.2. Hechos

El Despacho se permite sintetizar los hechos de la demanda así:

-. El demandante Antonio Luis Bossa Caicedo, prestó sus Servicios Personales al Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), desempeñando un cargo en el programa el Área de Contabilidad, en los programas de formación titulada y/o complementaria. El último cargo

ejercido fue el de Instructor, impartiendo formación profesional en el área de Contabilidad, en los programas de formación titulada y/o complementaria en el Centro de Comercio y Servicios del Sena Regional Atlántico.

- La vinculación del actor para con la Demandada, lo fue a partir del 19 de Julio del año 2.011, hasta el 14 de diciembre del año 2.016., a través de un contrato que denominaron "Contrato de Prestación de Servicios". Contrato No. 0798 de 19/07/2011 hasta 21/12/2011; No. 0135 de 30/01/2012 hasta 29/05/2012; No. 0860 de 11/07/2012 hasta 14/12/2012; No. 0440 de 30/01/2013 hasta 31/12/2013; No. 0429 de 20/01/2014 hasta 10/12/2014; No. 0439 de 18/01/2015 hasta 20/06/2015 No. 1953 de 23/07/2015 hasta 16/12/2015 No. 0237 de 23/01/2016 hasta 25/06/2016 No. 2140 desde 14/07/2016 hasta 14/12/2016.

Que, entre el demandante y el SENA, la relación fue de carácter laboral y no como contratista independiente, la cual se mantuvo por un periodo total de cinco (5) años, cuatro (4) meses y veinticinco (25) días. Las labores fueron desarrolladas por el actor en una forma continua e ininterrumpida, cumpliendo las directrices impuestas por el ente empleador - contratante.

- El último horario de trabajo estaba comprendido de lunes a viernes de 12:00 p.m. a 08:00 p.m. dependiendo de la intensidad o carga académica de cada contrato a ejecutar, es decir la programación horaria de la carga académica estaba sujeta a variación o modificación atendiendo a la ejecución del calendario escolar de cada contrato en particular. Los días sábados igualmente el actor debía asistir obligatoriamente a cursos, capacitaciones, seminarios, diplomados que eran desarrollados por la demandada como requisito o exigencia para seguir vinculado con la entidad. El convocante recibía órdenes de sus superiores jerárquicos, cumplía horarios, estaba subordinado al SENA, además se le exigía prestar el servicio en la entidad demandada para impartir formación a estudiantes de programas de formación titulada del SENA.

- A pesar de la denominación que se le dio a la vinculación como contratista del demandante con el SENA, lo cierto es que se trató de una verdadera relación laboral, pues éste cumplía sus funciones bajo la condición de subordinación, propia de un contrato de trabajo, que en la realidad reviste el carácter de una laboral propiamente dicha.

- Las tutorías dictadas por el actor, se realizaban en las instalaciones del SENA, ubicadas en la Carrera 43 N° 42 – 40 Piso 9 de la ciudad de Barranquilla y de forma permanente y subordinada, igual que el personal que se encuentra vinculado a través de una relación legal y reglamentaria y otras a través de Contrato de Trabajo, y que prestan el servicio en condiciones idénticas a la que tenía el demandante.

- El ente empleador, al momento de la terminación de su relación laboral, no le ha cancelado las prestaciones sociales a que tiene derecho el actor como ex trabajador de dicha entidad, por mandato constitucional.

- Los últimos salarios devengados por el demandante, fueron variables, para un promedio salarial anual, para el último contrato, que lo fue por cinco (5) meses de duración, por valor de \$3.280.000 Mensuales. Dicha vinculación contractual finalizó el 14 de diciembre del año 2.016, sin darle la comunicación correspondiente conforme la ley, con treinta (30) días de anticipación al vencimiento del contrato, so pena de renovarse automáticamente por un tiempo igual al pactado inicialmente.

- El demandante presentó agotamiento de la vía gubernativa, o reclamo administrativo, el 11 de julio de 2019, tendiente al reconocimiento y posterior pago de sus acreencias laborales, tales como las prestaciones sociales, y demás derechos solicitados en dicha petición.

- El SENA mediante comunicación N°08-2-2019-008550 fechada 16 de Julio de 2.019 y recibida el día 17 de Julio de 2.019, negó la solicitud de la referencia, alegando básicamente *"Que no existió, bajo ninguna circunstancia, contrato de trabajo alguno según las razones expuestas en dicha comunicación"*.

2.3 Concepto de Violación

El concepto de violación la parte actora, lo sustenta en los siguientes cargos:

La diferencia existente entre los conceptos jurisprudenciales en relación con las características y diferencias de los contratos de prestación de servicio y los contratos laborales, señalados en varias jurisprudencia y en especial en la Sentencia C-154 de la Corte Constitucional, de fecha Marzo 19 de 1997, en la cual se pronunció respecto a las características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo, señalando que 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 para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por y objeto funciones administrativas en los términos que establece la Ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso 2º del Art. 210 de la Constitución Política, según el cual "los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señala la Ley". 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 la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas. Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y solo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no pueden 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. La vigencia de contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido.

Sin embargo, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independiente. En efecto, para que aquel se confiera se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continua subordinada 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.

Así mismo, se fundamenta en el derecho a la igualdad de los trabajadores ante la ley, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 13, 25 y 53 de la Constitución, y afirma que será el señor juez quien examine el conjunto de los hechos, por los diferentes medios probatorios, para verificar la primacía de la realidad sobre la formalidad.

Que, las estipulaciones anteriores, permiten concluir que cuando el demandante desarrolló su actividad bajo la figura de contratos u órdenes de prestación de servicios, lo hizo para cumplir una relación de tipo laboral, pues el cumplimiento de labores encomendadas se llevó a efecto, en desarrollo de instrucciones impartidas por sus superiores y debía reportar a estos el desarrollo de la actividad

2.4 Contestación

El Servicio Nacional de aprendizaje SENA en su contestación, se opuso a las peticiones y condenas solicitadas en la demanda, por cuanto no existen los fundamentos legales y de hecho que respalden a las mismas.

Manifiesta que el acto demandado es apenas una comunicación de respuesta a un derecho de petición y no un acto administrativo creador o supresor de derechos, como lo enuncia el actor. Como fundamento, trae jurisprudencia y doctrina respecto de los actos

administrativos, en la que concluye que, si la manifestación de voluntad no decide ni crea situación jurídica, no es un acto administrativo.

Señala que, el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA actuó conforme a lo dispuesto en la Constitución Política y la Ley, por lo que no está obligada a reconocer y pagar prestaciones sociales o 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. Precizando que ésta le canceló al demandante la totalidad de los honorarios convenidos, lo que conduce a que no está obligada a efectuar pagos que excedan el valor pactado en las órdenes y contratos de prestación de servicios.

Con base en lo anterior, solicita absolver a la demandada, de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Presenta como excepciones: i. Inexistencia de relación laboral, ii. Prescripción iii. Buena fe iv. Cobro de lo no debido, v. Genérica.

2.5. Actuación Procesal

La demanda fue presentada el 5 de noviembre de 2019, le correspondió por reparto a este Juzgado el conocimiento del presente proceso. Mediante auto de fecha 25 de noviembre 2019 se admitió la demanda, ordenándose y realizándose las notificaciones correspondientes.

La entidad demanda contestó y presentó excepciones de mérito dentro del término otorgado para ello; a las cuales se dio traslado el 16 de febrero de 2021. Vencido dicho término, por auto calendarado 27 de marzo del año en curso, se fijó fecha para audiencia inicial, la cual fue realizada el 27 de abril, cumpliendo las etapas señaladas en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, y señalando fecha de audiencia de pruebas para el 2 de junio de 2021, en la cual, una vez recepcionados los testimonios y advirtiéndose que no había más pruebas que recaudar se declaró precluido el periodo probatorio, prescindiéndose de la audiencia de alegaciones y juzgamiento. Se ordenó, en la misma audiencia, la presentación de alegatos por escrito, por el término de diez (10) días. Término que se encuentra vencido.

2.6. Alegaciones

2.6.1 Parte demandante

La apoderada de la entidad demandada presentó alegatos donde reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda, señalando una inexistencia de la relación laboral y prescripción de los derechos reclamados. Asimismo, indica que la subordinación, a que

hace referencia la parte actora, es más una supervisión a la ejecución del contrato suscrito, diferencias que permiten inferir la autonomía que tenía el actor para el cumplimiento de las obligaciones contratadas, de manera que podía programar el desempeño de sus actividades con cierta libertad y por los servicios prestados recibió honorarios.

Menciona que dentro de la estructura administrativa y funcional de la entidad demandada no existe un "cargo" que se asimile a los servicios prestados por el actor en los diferentes contratos que suscribió con el SENA, de hecho, se puede observar en las cláusulas del objeto de cada contrato, que no se indica el desempeño de un "cargo" como tal, sino la prestación de unos servicios específicos, ante la necesidad de apoyo por horas en algunos programas rotativos resultantes de la oferta y demanda de algunos Centros de Formación, los cuales variaban conforme a los requerimientos de formación que exigían los medios externos.

Indica que, el hecho de que la prestación de servicios de algunos contratistas se haga a determinadas horas, ha sido analizado por el Consejo de Estado en varias sentencias, en las cuales concluye que ese aspecto no constituye subordinación y por ende no generan contrato realidad, en virtud del principio de coordinación que debe existir entre el contratante y el contratista.

Cita la sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, mediante sentencia del 21 de febrero del 2019, con radicado: 05001-23-33-000-2013-01597-01(5167-16), C.P.: César Palomino Cortés, que se consideró:

"En este punto, es necesario reiterar que la subordinación debe ser entendida como la facultad que tiene el empleador para dirigir la actividad contratada, emitir órdenes e instrucciones de obligatorio cumplimiento, imponer reglamento de trabajo y detentar la facultad disciplinaria sobre el trabajador, de forma permanente, esta facultad implica una superioridad jerárquica en el esquema organizacional de quien se atribuye esta facultad sobre el subordinado. Entre tanto, la coordinación, más que una facultad es una obligación que el estatuto de contratación estatal, por medio de las normas que lo rigen, impone a los entes públicos que desarrollen cualquier tipo de contratación con rubros oficiales, y que deben realizar para garantizar la correcta ejecución del objeto contractual. Dicha obligación incluye facultades de carácter administrativo, que implica coordinar algunas funciones, el establecimiento de horarios en la prestación del servicio contratado e incluso el suministro de algunos elementos, que identifiquen al contratista con la comunidad; empero, coordinar de ningún modo lleva implícita la superioridad jerárquica ínsita de la subordinación. Por tales razones, discurrimos que en todos los contratos de prestación de servicios la coordinación es una obligación que goza de una presunción iuris tantum, es decir, que admite prueba en su contra, y que debe desvirtuar quien pretende que prosperen sus reclamos ante la jurisdicción."

Siendo el elemento de subordinación o dependencia 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 el caso que ocupa nuestra atención, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales.

Por último, hace un análisis de las pruebas practicadas concluyendo que no se desvirtúa la legalidad del acto demandado.

2.6.2 Parte Demandante

La parte demandante no presentó alegatos dentro del el término concedido.

2.7 Concepto del Ministerio Público

La Procuradora Judicial Delegada del Ministerio Público para este Juzgado no presentó concepto en el presente proceso.

III.- CONTROL DE LEGALIDAD

No advirtiéndose ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar la sentencia correspondiente.

IV.- CONSIDERACIONES

4.1 Problema Jurídico

Los problemas jurídicos se centran en determinar si:

Se deberá determinar si entre el demandante y el accionado SENA existió una verdadera relación laboral que da origen al contrato realidad por verificarse la existencia de los requisitos que la configuran, especialmente la 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 establecidas por la entidad contratante. En caso positivo, se establecerá si éste tiene derecho al reconocimiento y pago de prestaciones sociales comunes devengadas por los empleados públicos de planta vinculados a la entidad demandada, durante el periodo comprendido entre el 19 de Julio del año 2011 hasta el 14 de diciembre del año 2016.

Para dar respuesta al anterior cuestionamiento, se realizará un estudio de validez del oficio N° 08- 2-2019-008550 fechado 16 de Julio de 2.019, notificado el día 17 de Julio de 2.019, en la cual se negó el reconocimiento de la existencia de una relación legal y reglamentaria, entre el actor Antonio Bossa Caicedo y el SENA, bajo el cargo de nulidad de haber sido expedido con desconocimiento de normas constitucionales

4.2 Tesis

Se sostendrá que, el acto administrativo demandando se encuentra viciado de nulidad, toda vez que en el sub lite, se configuraron los elementos propios de un contrato laboral, esto es, prestación de servicio personal, dependencia o subordinación y remuneración, desvirtuando la prestación del servicio profesional independiente inicialmente contratado, en consecuencia al dar aplicación al principio constitucional de la primacía de la realidad sobre la formalidad, se pudo establecer la existencia de una relación laboral entre las partes que para estos efectos constituye una relación legal y reglamentaria.

4.3. Marco Normativo y Jurisprudencial

La Constitución Política de 1991, estableció en el artículo 53 lo siguiente: «primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales», como aquella garantía de los trabajadores más allá de las condiciones que formalmente se hayan pactado. El tenor literal de la disposición señala:

“Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”.

De lo anterior, se entiende que la finalidad de este articulado es la de exigir al legislador la consagración uniforme en los distintos regímenes de los principios mínimos fundamentales que protegen a los trabajadores y la manera de garantizarlos, en aras de hacer efectivo el principio de igualdad ante la ley.

Por su parte la Corte Constitucional¹:

“La disposición normativa impugnada dispone que, para el ejercicio de funciones de carácter permanente en la administración pública, no pueden celebrarse contratos de prestación de servicios porque para ese efecto deben crearse los empleos requeridos. Cabe advertir que esa regla jurídica se encuentra reiterada en el artículo 17 de la Ley 790 de 2002, según el cual «En ningún caso los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas podrán celebrar contratos de prestación de servicios para cumplir de

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-614 de 2009

forma permanente las funciones propias de los cargos existentes de conformidad con los decretos de planta respectivos».

Sin duda, esa prohibición legal constituye una medida de protección a la relación laboral, pues no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal. En efecto, la norma impugnada conserva como regla general de acceso a la función pública el empleo, pues simplemente reitera que el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional y se justifica constitucionalmente si es concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del "giro ordinario" de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados.

De esta forma, el texto normativo impugnado constituye un claro desarrollo de las normas constitucionales que protegen los derechos laborales de los servidores públicos porque: i) impone la relación laboral, y sus plenas garantías, para el ejercicio de las funciones permanentes en la administración, ii) consagra al empleo público como la forma general y natural de ejercer funciones públicas y, iii) prohíbe la desviación de poder en la contratación pública.

De igual manera, la norma acusada despliega los principios constitucionales de la función pública en las relaciones contractuales con el Estado, en tanto reitera que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos. Así mismo, la creación de empleos en la planta de personal de la administración exige convocar, en igualdad de condiciones, a todos los aspirantes y, de todos ellos, escoger con moralidad y transparencia, al servidor con mayores calidades y méritos.

[...]

En conclusión, como la Corte encuentra ajustado a la Constitución que el legislador haya prohibido a la administración pública celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente, porque para ello se requiere crear los empleos correspondientes, debe declararse la exequibilidad de la disposición normativa impugnada"

A su turno, se encuentra que el Código Sustantivo de Trabajo en sus artículos 23 y 24 estableció los elementos para estructurar una relación laboral en los siguientes términos:

i) La actividad personal del trabajador; ii) la continuada subordinación o dependencia «del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle 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 contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al País»; y iii) un salario como retribución del servicio, presupuestos que han servido de sustento a esta corporación para determinar la existencia de un vínculo laboral.

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 regula el contrato de prestación de servicios en los siguientes términos:

"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:

[...]

3. 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 indispensable².

Las expresiones «no puedan realizarse con personal de planta o» y «en ningún caso [...] generan relación laboral ni prestaciones sociales», de la norma antes citada fueron revisadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-154 de 19 de marzo de 1997, magistrado ponente Hernando Herrera Vergara, en donde, entre otras disquisiciones, precisó las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el de carácter laboral, de la siguiente forma:

(...)

3. Características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo.

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 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

² Los apartes subrayados fueron declarados condicionalmente exequibles por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-154 de 1997, Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara.

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.

El Consejo de Estado³, unificó jurisprudencia con la sentencia SU2 No.005 de 2016, en la que ordenó:

“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, estableció las reglas jurisprudenciales a tener en cuenta en materia del restablecimiento del derecho cuando deba aplicarse la figura de la prescripción. Al respecto, señaló lo siguiente⁴:

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.

³ Consejo de Estado, Sentencia de Unificación 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16 25 de agosto de 2016

⁴ Consejo de Estado, Sentencia de Unificación SU2 No.005 de 2016

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.

viii) El consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho.

ix) El ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el contratista corresponderá a los honorarios pactados.

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

Las anteriores reglas jurisprudenciales fueron fijadas con la finalidad de acoger el criterio más favorable a los peticionarios que acuden ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en aras de obtener el reconocimiento de los derechos que eran inherentes a una relación laboral pero que la Administración disfrazó con la suscripción de un contrato estatal.

Por otra parte, la sección segunda del Consejo de Estado⁵ sentenció:

“De conformidad con las nítidas voces de las normas previamente señaladas, esta Corporación ha protegido el derecho al trabajo y ha tutelado los derechos de quienes han sido vinculados a través de contratos de prestación de servicios con el fin de desnaturalizar la relación laboral. Dentro de este contexto, se concluye que: i) a trabajo igual salario igual, ii) la relación laboral se estructura con los 3 elementos relacionados (prestación personal, subordinación o dependencia y remuneración); iii) es válido suscribir contratos de prestación de servicios porque así lo autoriza el artículo 32, numeral 3.º de la Ley 80 de 1993, norma que fue declarada exequible en la sentencia C-154 de 1997; y, iv) a pesar de lo expuesto, estos contratos deben celebrarse dentro del término estrictamente necesario, dada su naturaleza temporal, pues si la administración desborda tales presupuestos se estructura el denominado «contrato realidad».

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero de Estado Carmelo Perdomo Puente, 1 de marzo de 2018, rad 23001-23-33-000-2013-00117-01 (3730-2014)

Adicional a lo anterior, también se puede concluir que el contrato de prestación de servicios es aquel por el cual se vincula excepcionalmente a una persona natural con el propósito de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad y/o para desarrollar labores especializadas que no puede asumir el personal de planta. En ambos casos no se admiten los elementos de subordinación ni de dependencia por parte del contratista, y se deben celebrar por el término estrictamente indispensable.

Así las cosas, para demostrar la desnaturalización del contrato de prestación de servicios, la parte demandante debe comprobar la actividad personal, la permanencia, la continua subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por la duración del contrato; y una retribución del servicio"

La citada sentencia además de reiterar la importancia del elemento «subordinación» para determinar la existencia del contrato realidad, unificó la jurisprudencia del Consejo de Estado en lo relacionado a la forma como deben ser reconocidas las prestaciones sociales y salariales de aquellos empleados que demuestran una verdadera relación laboral. Para ello, discernió de la siguiente forma⁶:

[...] resulta imperioso unificar el precedente con el fin último de acoger el criterio que sea más favorable a los ciudadanos que acuden ante la justicia contencioso-administrativa en busca de obtener el reconocimiento de los derechos que eran inherentes a una relación laboral pero que la Administración disfrazó con la suscripción de un contrato estatal, para lo cual ha de advertirse que el restablecimiento del derecho es una consecuencia lógica de la nulidad que se decreta, ya que una vez ejecutoriada la sentencia que así lo declara, el acto administrativo desaparece del mundo jurídico, por lo que los derechos y situaciones afectados deben volver a su estado inicial, es decir, que en las controversias de contrato realidad hay lugar a reconocer las prestaciones que el contratista dejó de devengar y el tiempo de servicios con fines pensionales, pues su situación jurídica fue mediante un contrato estatal, pero que en su ejecución se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral, que en caso de haber sido vinculado como empleado público hubiese tenido derecho a las mismas prestaciones que devengan los demás servidores de planta de la respectiva entidad.

Por consiguiente, no resulta procedente condenar a la agencia estatal demandada al pago de las prestaciones a las que tenía derecho el contratista-trabajador a título de reparación integral de perjuicios, dado que estas se reconocen como efecto de la anulación del acto que las negó, pese a su derecho a ser tratado en igualdad de condiciones que a los demás empleados públicos vinculados a través de una relación legal y reglamentaria, esto es, a pesar de tener una remuneración constituida por los honorarios pactados, le fue cercenado su derecho a recibir las prestaciones que le hubiere correspondido si la Administración no hubiese usado la modalidad de contratación estatal para esconder en la práctica una relación de trabajo.

Pero lo anterior no es óbice para que la persona (demandante) reclame el pago de los perjuicios que estime le fueron causados por el acto presuntamente ilegal, pues en virtud del artículo 138 del CPACA "Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño", sin embargo, aquellos deben acreditarse a través de los medios probatorios que el sistema normativo prevé.

Ahora bien, en lo que atañe al ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el docente vinculado por contrato de prestación de servicios, cabe

⁶ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, consejero de estado Carmelo Perdomo Puente, 1 de marzo de 2018, rad 23001-23-33-000-2013-00117-01 (3730-2014)

anotar que este corresponderá a los honorarios pactados, ya que no es dable tener en cuenta, en este caso, el empleo de planta, pues los docentes oficiales se encuentran inscritos en el escalafón nacional docente que implica remuneraciones diferenciadas según el grado en el que estén⁷.

Por último, en sentencia de Unificación del 9 de septiembre de 2021 SUJ-025-CE-S2-2021, la sala plena de la Sección segunda del Consejo de Estado resolvió:

Unificar la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en el sentido de precisar las siguientes reglas en las relaciones laborales encubiertas o subyacentes:

- (i) La primera regla define que el concepto de «término estrictamente indispensable», al que alude el numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es el señalado en los estudios previos y en el objeto del contrato, el cual, de acuerdo con el principio de planeación, tiene que estar justificado en la necesidad de la prestación del servicio a favor de la Administración, de forma esencialmente temporal y, de ninguna manera, con ánimo de permanencia.*
- (ii) La segunda regla establece un periodo de treinta (30) días hábiles, entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, como término de la no solución de continuidad, el cual, en los casos que se exceda, podrá flexibilizarse en atención a las especiales circunstancias que el juez encuentre probadas dentro del expediente.*
- (iii) La tercera regla determina que frente a la no afiliación al sistema de la Seguridad Social en salud, por parte de la Administración, es improcedente la devolución de los valores que el contratista hubiese asumido de más, en tanto se recaudaron como recursos de naturaleza parafiscal*

5. Caso Concreto

5.1. Hechos Probados

Dentro del expediente, se encuentra probado que el demandante celebró con el SENA los siguientes contratos de prestación de servicios⁸:

| | Plazo | VALOR | OBJETO |
|--|---|-----------------|---|
| Contrato 000798 de 14 de julio de 2011 | 5 meses 3 días sin exceder al 31 de diciembre de 2011 | \$10.710.000.oo | Prestación del servicio como Instructor contratista área de contabilidad y finanzas |
| Contrato 0135 del 29 de enero de 2012 | 4 meses sin exceder al 30 de junio de 2012 | \$10.400.000.oo | Prestación del servicio como Instructor contratista área de contabilidad y finanzas |

⁷ Decreto 2277 de 1979, “por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente”, artículo 36: “Derechos de los educadores. Los educadores al servicio oficial gozarán de los siguientes derechos:

(...)

b. Percibir oportunamente la remuneración asignada para el respectivo cargo y grado del escalafón;

(...)”:

⁸ Contratos en archivo anexos desde la pagina 9 hasta la 76 del archivo PDF.

Radicación: 0800133330062019-00273-00
Demandante: Antonio Luis Bossa Caicedo
Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA"
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

| | | | |
|---|---|---|--|
| Contrato 0689 de 2012 | A partir del registro presupuestal (6 de junio de 2012) hasta el 30 de junio de 2012 | \$2.600.000.oo | Prestación del servicio como Instructor contratista área de contabilidad y finanzas |
| Contrato 860 de 10 de julio de 2012 | 10 de julio hasta 14 diciembre de 2012 | \$13.345.800.oo | Prestación del servicio como Instructor contratista área de contabilidad y finanzas |
| Contrato 0440 De 29 de enero de 2013, adicionado 15 de octubre de 2012. | 10 meses desde el 1° de febrero de 2013 sin exceder de 31 de diciembre de 2013, adición dentro del mismo plazo. | \$26.000.000.oo, adicionado por \$953.333 | Prestación del servicio como Instructor contratista área de contabilidad y finanzas |
| Contrato 429 del 17 de enero de 2014. Adicionado | del 17 de enero hasta el 31 de agosto de 2014. Adicionado hasta el 10 de diciembre de 2014 | \$23.383.273, adicionado por \$10.580.667 | Prestación del servicio como Instructor contratista área de contabilidad y finanzas |
| Contrato 439 del 18 de enero de 2015 | Desde el 18 de enero hasta el 20 de junio de 2015 | \$16.783.053.oo | Prestación del servicio como Instructor contratista área de contabilidad y finanzas |
| Contrato 1953 de 23 de julio de 2015 adicionado | Desde el 23 de julio hasta el 15 de diciembre de 2016, adicionado dentro del plazo | \$ 13.959.000.oo o adicionado 2.397.000 | Prestación del servicio como Instructor contratista área de contabilidad y finanzas. |
| Contrato 0237 de 23 de enero de 2016 | Desde el 23 de enero de 2016 hasta el 25 de junio de 2016 | \$16.400.000.oo | Prestación del servicio como Instructor contratista área de contabilidad y finanzas |
| Contrato 2140 de 14 de julio de 2016, adicionado. | Desde el 14 de julio de 2016 hasta el 14 de diciembre de 2016, sin adición de tiempo | \$12.331.666, adicionado por \$2.887.333 | Prestación del servicio como Instructor contratista área de contabilidad y finanzas |

- Durante la presentación del servicio contratado, las partes tuvieron comunicación mediante correo electrónico⁹, de los allegados se puede extraer:

Citaciones a reuniones de carácter obligatorias, para los días sábados y por fuera de las horas indicadas en el contrato suscrito. Al señalar su obligatoriedad, y la ausencia de permiso¹⁰ se puede presumir que el contratista estaba expuesto a una posible consecuencia en caso de inasistencia.

- Dentro de los correos tenemos, entre otros:

⁹ Correos electrónicos digitalizados en el archivo anexos desde la página 79 a la 88 del documento PDF

¹⁰ Correo electrónico de Luis Miguel redondo d 35 de septiembre de 2013 a las 5 y 20 pm

- Correo electrónico de 11 de diciembre de 2013 09:43 de lmredondoa@sena.edu.co, Asunto: *Reunión con la Directora Regional miércoles 11 de 2013, 3:00 p.m (...)* Se le informa que en el día de hoy miércoles 11 de diciembre de 2013, a las 3:00 p.m en el salón Múltiple Primer Piso, deben asistir a una reunión con la directora regional, de carácter obligatorio.
Deben asistir los instructores contratistas quienes sus contratos estén vigente a la fecha y los trabajadores de planta. (pág. 80 del archivo PDF).
- Correo electrónico de 29 de octubre de 2013 05:44 pm de lmredondoa@sena.edu.co, Asunto: *REUNIÓN URGENTE (...) los cito a una reunión con carácter OBLIGATORIO, el sábado 2 de noviembre de 09:00 a 11:00 a.m... (...)* no habrá permiso para no estar presente. (pág. 80 del documento PDF.)
- Correo electrónico de 25 de septiembre de 2013 05:20 pm de lmredondoa@sena.edu.co, Asunto. *REUNIÓN OBLIGATORIA SÁBADO 28 de septiembre de 2013 (...) el día sábado 28 de septiembre a las 8:30 a.m , en el piso 9 se realizará una reunión de tipo obligatorio para tocar temas de gran importancia (...)*
No habrá permisos de ningún tipo para faltar a la reunión... (pág 80 del documento PDF).
- Correo electrónico de 18 de julio de 2014 09:15 AM de lmredondoa@sena.edu.co, Asunto. *Reunión auditoria Obligatoria (...) los instructores que no asistieron por error a la reunión obligatoria que había hoy con los instructores (...) deberá asistir sin excusa el día LUNES 21 a las 8:00 a.m (...) Esta reunión es obligatoria.*(pág. 84 de documento PDF)
- Correo electrónico de 5 de marzo de 2015 11:10 a.m de lmredondoa@sena.edu.co, Asunto. *Compensación sábado 07 de marzo (...) este sábado 07 de marzo, continuaremos con las actividades de capacitaciones del sábado anterior 28 de febrero a la misma hora y lugar señaladas, le agradezco su puntual asistencia este es para pagar el lunes de semana santa.* (pág 88 del documento PDF).
- Correo electrónico de 20 de febrero de 2015 11:19 am de lmredondoa@sena.edu.co, Asunto. *Compensación lunes y martes de carnaval (...) en atención a dar cumplimiento a la circular 0559, que trata de la compensación de los días lunes y martes de carnaval, la entidad ha programado los sábados 21 y 28 de febrero para que nos pongamos al día en las actividades que debemos cumplir (...)* (pág 88 del documento PDF).

-. En audiencia de 5 de octubre de 2018, se recaudaron las siguientes declaraciones:

Interrogatorio del demandante, quien se refirió en los siguientes términos, extrayendo lo más relevante para el presente asunto: *"... en el block informativo que teníamos consultábamos los horarios...mi horario era de 8 horas diarias, podían ser corridas o fraccionados (...) Estábamos verificados por nuestro coordinador académico. coordinadora, verificaba el horario de entrada y salida. En las diversas sedes había un líder de sede que también estaban verificaba la entrada y salida de estudiantes e instructores.*

(...) el incumplimiento de horario de entrada o salida, normalmente teníamos que asistir a una reunión de sábado u otra hora diferente de clase, se hacía un plan de mejoramiento con el instructor que llegaba tarde, no solo eso sino con la presentación de personal (...) en alguna ocasión alcanzaron a decir que al instructor que llegaba tarde o se iba temprano le iban a descontar se asignación mensual.

El coordinador era quien supervisaba el contrato (...) era quien nos indicaba los horarios (...) hacia las reuniones de carácter obligatorio y nos informaba las capacitaciones que debían asistir (...) era la persona a quien del debíamos seguir todas las indicaciones. (...) En Barranquilla, como usted sabe en carnavales esos dos días no se trabaja debíamos trabajar por SOFIA, con capacitaciones o actualizaciones.

Dando respuesta al interrogatorio de la apoderada de la parte demandada, manifestó entre otras cosas: *...soy profesional... no licenciado no, la docencia a raíz de la experiencia (...). Cuatro meses nunca estuvo a la espera de otra de otro contrato... yo si trabajé en el 2014 y 2015, nunca estuve a la espera de 4 o 6 meses (...) No es justo que uno cumpla horario o lo controlen y reciba orden a todo momento... ahí poco, poco se fue desvirtuando la prestación de servicios (...) Las capacitaciones eran obligatorias para la suscripción del próximo contrato. Ahí había una extralimitación en sus funciones.*

Testimonio del señor Carlos Miguel Barrozo Peñalosa, quien manifestó lo siguiente:

(...) en el caso mío como somos pedagogos, allá en SENA trabajamos con guía, dependiente del área que se trabaja... nosotros somos guía, no somos profesores, el estudiante es el que hace su educación. El coordinador general era Luis Redondo y en cada una de las sedes había un coordinador (...) a partir del 2010 el SENA a través de su plataforma desarrollaba su horario, a través del apellido le asigna el horario y la competencia... Si no se cumplía el horario no había pago ni sanción (...).al final de semestre, uno tenía que tener un numero de hora que estaba preestablecido, si no cumplía había problema con el pago y con el contrato del próximo semestre. (...) los permisos

debían ser por escritos y se debían pagar las horas y ponerse de acuerdo con los estudiantes(...) Los instructores de plantas y los contratistas tenían el mismo horario y los mismo deberes. Muchos de ellos trabajaban con nosotros.

En respuesta a la apoderada del SENA, expresó: (-.) cuando yo trabajo independiente el horario me lo pongo yo y el salario me lo pongo yo. El contrato de allá me exigía trabajar el horario que me decía. El horario era preestablecido, sino había cancelación del contrato (...) Los horarios son para impartir la formación, pero uno está subordinado al horario (...) el currículo que impartía el instructor de planta era igual que instructor de planta. (...) Por eso soy testigo y demandante en otro proceso, hacíamos lo mismo que los de planta y trabajamos en el mismo ambiente...cada tres meses nos cambiaban la actividad.

A la pregunta de la señora juez, afirmó que: trabajé en la universidad autónoma por contrato de prestación de servicio (...). por 8 meses, el horario se coordinaba y la jornada, entre el coordinador y yo.... Se establecía un horario para los días ... yo no daba clase en la Autónoma como tal, sino un curso de coordinación con el SENA, lo que llaman un curso adicional, un curso corto... El SENA me contrataba solo por 8 horas, para ser impartido en el día, por ejemplo de 6 a 12 y luego de 4 a 6, 8 horas, el intervalo era mío...

Los de planta trabajan solo 6 horas... el sindicato los protegió... en el horario que le asignaban que normalmente eran seguidas. ...como ellos eran sindicalizados trabajaban 6 horas, ellos se ponían su horario y no aceptaban intervalos (...) no sé cómo son los contratos de los instructores de plantas.

Testimonio del señor Luis Eduardo Gutiérrez, quien manifestó lo siguiente:

(...) cuando llegaba enero, se firmaba el contrato, nos citaban 3 días antes, contaban siempre con los mismo, y ya estábamos trabajando en la programación de ese año, trimestre o semestre, y claro claro nosotros recibíamos orden de ellos (...) nos daban orden y horario (...) por ejemplo conozco el caso que eran de pueblos del Atlántico y le colocaban clase a las 6 de la mañana y salía a las 9 de la noche, porque a veces se quedaban dentro del edificio en los intervalos por el transporte por que nos íbamos en bus(...) en ocasiones nos tocaba llegar antes para pedir prestado las herramientas, en mi caso no tenía portátil.. Al profesor Antonio una vez le pusieron un horario cada 2 horas, a mí también me tocó, ejemplo, de 6 a 8 descansaba de 8 a 10, luego de 10 a 12, descanso de 12 a 2 y así, y estaba todo el día en la sede...

(...) Algunos instructores arreglaban el horario con los coordinadores (...) de pronto por favores, yo nunca pedí ese favor (...) el día de semana santa nos hacían ir el sábado para pagar ese día, a veces veíamos actividades fuera de la jornada curricular (...) citaban

reunión los sábados, si no íbamos a la reunión del sábado, nos regañaban el lunes, preguntaban por lo que no habían llegado. El lunes, martes fácil uno veía pasar a las personas que no vio en la reunión el sábado en la oficina de los supervisores, dando sus descargos. Se manejaba algo llamado planes de mejoramientos por llegar tarde o irse temprano de clases. (...) no pasaba nada si el instructor de planta no iba, ellos tenían actividades deportivas los sábados y su jornada era de 6 horas (...) no había terrorismo con ellos porque ellos estaban directos...

Todo era diseñado por el SENA, nos entregábamos unas guías y prácticamente no podíamos salirnos. Nosotros entrábamos a desarrollar esa guía (...) en cuanto a la presentación personal era, debe ser actualmente exigente (...) yo solo soy testigo del profesor Antonio Bossa. (...) esas personas coordinadoras eran de plantas (...) Cuando en nuestro programa de formación cada dos años había que validar ese programa y sus competencias a través de unos pares académicos, una visita que venía de Bogotá, un equipo interdisciplinario, y era viernes, y los que estamos allí Luis o la profesora Doris, decía que debíamos reunirnos de urgencia al día siguiente para programar los de la visita y avisen a sus compañeros...

(...) Se me hace raro un intervalo en el contrato de 4 y 6 meses del profesor Antonio. Es muy largo, me genera duda (...) en el 2014 el profesor Antonio y yo fue el año que más compartimos, vimos el mundial de 2014 juntos con los otros instructores y para ese diciembre se hizo una fiesta grande, que estuvimos contratista y con profesores de planta... estoy seguro que estuvo para el 2014 y 2015 estuvo ahí. Para el 2016 ya me retiré.(...) A veces había contrato hasta agosto...y luego otro, de pronto hace falta un contrato, que no está en su expediente...

En respuesta a la señora juez afirmó ...todos cumplíamos horarios, todas las sedes tenían supervisores y supervisaban los horarios(...) Es imposible saber todos los horarios de todos los profesores pero si debían cumplir horarios (...) por tener esos horarios tan partidos estaba la sala de profesores y como algunos vivíamos lejos no podíamos salir de ahí(...) nosotros en esos intervalos adelantábamos trabajos y lo hacíamos ahí(...) Si, era a criterio personal quedarnos en la sede en los intervalos de las clases.

-. El 11 de julio de 2019 el demandante presentó solicitud de reconocimiento de sus prestaciones sociales, como resultado de contrato realidad.

5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

El señor Antonio Luis Bossa Caicedo mediante apoderado solicita el reconocimiento y pago de prestaciones sociales durante el tiempo que estuvo vinculado a la entidad demandada

como contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, afirmando que, en su actividad concurren los tres elementos que configuran el contrato de trabajo y no una prestación de servicio.

Por su parte, la entidad demandada aduce que no se puede confundir coordinación con subordinación y que es deber del contratante supervisar la ejecución del contrato y que esta realiza a través de una coordinación, por lo que la subordinación alegada no existe.

De acuerdo al acervo probatorio obrante en el expediente, se encuentra claramente probado que entre la entidad demandada y el actor existió desde 14 de julio de 2011 hasta el 14 de diciembre de 2016 una prestación de servicios profesionales, mediante la suscripción de diez (10) contratos de prestación de servicio regulados por ley 80 de 1993, que fue realizada personalmente por el señor Antonio Luis Bossa Caicedo, y una contraprestación en dinero, que se estipuló como el valor del contrato, concurriendo evidentemente dos de los elementos propios de un contrato laboral propiamente dicho, durante ese período, de acuerdo a los pronunciamientos jurisprudenciales expuestos previamente.

Ahora bien, respecto del tercer elemento, esto es la subordinación y dependencia del contratista con el SENA, el Consejo de Estado¹¹ ha sostenido que, *en razón al contrato docente este último elemento se encuentra inmersa en labor docente, como tercer y último elemento de la relación laboral*", es decir, que la actividad docente siempre se cumple conforme a las instrucciones, directrices y orientaciones de sus superiores en el centro escolar, no bajo su propia dirección y gobierno, de lo cual se infiere que la subordinación y la dependencia se encuentran inmersas en dicha labor. En este caso, se pudo establecer por las declaraciones recepcionadas, que el servicio prestado por el demandante era de instructor de competencias, con funciones similares a un docente, y que dichas competencias eran desarrolladas por ellos con las guías entregadas por el SENA, las cuales no podían modificar, ni elaborar contenido. Es decir, que el contenido desarrollado en las clases impartidas, eran los entregados por SENA, restando independencia y autonomía de los instructores.

Quiere decir lo anterior, que si bien, en principio, el demandante fue contratado por el SENA para la prestación del servicio de instructor que es similar al servicio docente, éste no gozaba de independencia para el desarrollo de las guías impuesta por la entidad contratante.

¹¹ Sentencia ce suj2 05 de 2016: " Igualmente, es menester anotar que la actividad docente no se desarrolla en virtud de la coordinación imperante en los contratos de prestación de servicios[52], comoquiera que se cumple conforme a las instrucciones, directrices y orientaciones de sus superiores en el centro escolar, la secretaría de educación territorial y el Ministerio de Educación Nacional, es decir, no bajo su propia dirección y gobierno[53], de lo cual se infiere que la subordinación y la dependencia se encuentran inmersas en dicha labor, esto es, connaturales al ejercicio docente sujeto a los reglamentos propios del magisterio"

En esa medida, si bien es cierto que, el uso de la plataforma SOFIA (herramienta para el desarrollo de la actividad de la entidad) por parte de los contratista, no es prueba suficiente de la subordinación, así como tampoco la presentación de informes o la supervisión de cumplimiento de las horas contratadas, o en sí la prestación del servicio en la sede, debido a su naturaleza, en razón a que, éstos hacen parte del objeto del contrato y de las obligaciones del contratista; también lo es, que el desarrollo de la prestación contratada, se efectuó atendiendo las directrices del coordinador en lo referente al material impartido, es decir que el contratista no fue autónomo en el desarrollo de su actividad, en los temas a impartir en la competencia asignada, así como tampoco en la metodología a utilizar, evidenciándose la subordinación alegada y señalada en la jurisprudencia previamente citada.

Aunado a lo anterior, se avizora en los correos electrónicos allegados como prueba, y de los testimonios recepcionados, que el coordinador convocaba a reuniones urgentes al actor y a otros instructores de carácter obligatorio, sin lugar a excusas ante las inasistencias, para los días sábados o días de semanas por fuera de las horas contratadas, lo cual también pone en evidencia la subordinación del docente, ya que al exigir de manera expresa una asistencia obligatoria, resulta ser prueba suficiente de órdenes impartidas cuya desatención, se puede inferir, tendrían consecuencias para el actor, desvirtuando con ello nuevamente la autonomía e independencia propia de la prestación de servicio.

En consecuencia, es dable concluir que, en el presente asunto, no estamos en presencia de una coordinación o supervisión para la ejecución del contrato de prestación del servicio, como lo afirma la apoderada del SENA, sino ante una evidente relación de subordinación entre las partes, encontrándose acreditado los tres elementos esenciales de una relación laboral.

De conformidad con lo expuesto, para este Despacho, el acto administrativo demandando se encuentra viciado de nulidad, comoquiera, que, en el presente asunto se da aplicación al principio constitucional de la primacía de la realidad sobre la formalidad, existiendo entre las partes una relación laboral que para estos efectos constituye una relación legal y reglamentaria por encontrarse configurado un contrato realidad.

En consecuencia, se declarará la nulidad de acto acusado y se ordenará como restablecimiento del derecho el pago de las prestaciones sociales comunes u ordinarias, que están establecidas en las normas especiales que rigen la presente situación.

5.2.1 De la prescripción

Para analizar la prescripción de los derechos pretendidos, es menester señalar que, cuando hay varios contratos y la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, la prescripción se analiza frente a cada uno de ellos a partir de sus fechas de finalización de cada contrato, en razón a que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio¹². En esa medida, tal como lo dispuso el Consejo de Estado¹³, 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.

En atención a lo anterior tenemos que, el lapso de la relación laboral cuyo reconocimiento se pretende en este demanda, está comprendida desde el 14 de julio de 2011 hasta el 14 de diciembre de 2016, y que de conformidad con la segunda regla dispuesta en la sentencia de Unificación del consejo de Estado SUJ-025-CE-S2-2021 que *establece un periodo de treinta (30) días hábiles, entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, como término de la no solución de continuidad, el cual, en los casos que se exceda, podrá flexibilizarse en atención a las especiales circunstancias que el juez encuentre probadas dentro del plenario*, no hubo solución de continuidad pues entre cada contrato no se excedió el término de 30 días hábiles como se observa a continuación:

| | Plazo | OBJETO |
|---|---|---|
| Contrato 000798 de 14 de julio de 2011 | 5 meses 3 días sin exceder al 31 de diciembre de 2011 | Prestación del servicio como Instructor contratista área de contabilidad y finanzas |
| Contrato 0135 del 29 de enero de 2012 | 4 meses sin exceder al 30 de junio de 2012 | Prestación del servicio como Instructor contratista área de contabilidad y finanzas |
| Contrato 0689 de 2012 | A partir del registro presupuestal (6 de junio de 2012) hasta el 30 de junio de 2012 | Prestación del servicio como Instructor contratista área de contabilidad y finanzas |
| Contrato 860 de 10 de julio de 2012 | 10 de julio hasta 14 diciembre de 2012 | Prestación del servicio como Instructor contratista área de contabilidad y finanzas |
| Contrato 0440 De 29 de enero de 2013, adicionado 15 de octubre de 2012. | 10 meses desde el 1° de febrero de 2013 sin exceder de 31 de diciembre de 2013, adición dentro del mismo plazo. | Prestación del servicio como Instructor contratista área de contabilidad y finanzas |

¹² Consejo de Estado, Sentencia de Unificación 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16 25 de agosto de 2016

¹³ ibidem

| | | |
|---|--|--|
| Contrato 429 del 17 de enero de 2014. Adicionado | del 17 de enero hasta el 31 de agosto de 2014. Adicionado hasta el 10 de diciembre de 2014 | Prestación del servicio como Instructor contratista área de contabilidad y finanzas |
| Contrato 439 del 18 de enero de 2015 | Desde el 18 de enero hasta el 20 de junio de 2015 | Prestación del servicio como Instructor contratista área de contabilidad y finanzas |
| Contrato 1953 de 23 de julio de 2015 adicionado | Desde el 23 de julio hasta el 15 de diciembre de 2016, adicionado dentro del plazo | Prestación del servicio como Instructor contratista área de contabilidad y finanzas. |
| Contrato 0237 de 23 de enero de 2016 | Desde el 23 de enero de 2016 hasta el 25 de junio de 2016 | Prestación del servicio como Instructor contratista área de contabilidad y finanzas |
| Contrato 2140 de 14 de julio de 2016, adicionado. | Desde el 14 de julio de 2016 hasta el 14 de diciembre de 2016, sin adición de tiempo | Prestación del servicio como Instructor contratista área de contabilidad y finanzas |

Nótese entonces que, los contratos celebrados se hicieron en forma sucesiva con una misma persona natural, en los que concurrieron todos los elementos constitutivos de una auténtica relación laboral como se concluyó anteriormente, y en los que no hay solución de continuidad entre el contrato anterior y el sucedáneo, toda vez que entre la terminación de uno y el inicio de la ejecución del otro, no transcurrieron más de treinta (30) días hábiles, observándose que los objetos contractuales y las obligaciones emanadas de ellos son iguales o similares, apuntando a la satisfacción de las mismas necesidades

Así las cosas, encontrándose acreditada la relación laboral sin solución de continuidad, entre las partes del presente proceso, por el termino comprendido entre el 14 de julio de 2011 hasta el 14 de diciembre de 2016, y al presentar, el demandante, la reclamación el 11 de julio de 2019, se observa que, ésta se hizo dentro de los de los tres años siguientes de su terminación, en consecuencia, no se encuentran prescritas las prestaciones sociales señaladas en la Ley, pretendidas en esta demanda. Precisándose que, el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el docente vinculado por contrato de prestación de servicios, corresponderá a los honorarios pactados en el contrato¹⁴.

¹⁴ ibidem

Frente a los aportes a Seguridad Social en Pensiones, el Consejo de Estado¹⁵, señala que fenómeno prescriptivo NO APLICA frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional (derecho a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de *in dubio pro-operario*, no regresividad y progresividad), como Excepción a esta regla.

Siendo así se ordenará al demandado que durante el tiempo comprendido desde el 14 de julio de 2011 hasta el 14 de diciembre de 2016, tomar como ingreso base cotización pensional del demandante, los honorarios pactados mes a mes señalados en los contratos y si existen diferencias 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, por lo que el actor deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

Sobre este particular se advierte que los valores adeudados, tanto de las prestaciones sociales debidas como los aportes para pensión serán actualizados en los términos del 187 del CPACA, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = RH \times \text{Índice final} / \text{Índice inicial}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo que corresponde a lo dejado de percibir, por guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

Las pretensiones de reembolso por concepto de salud, pensión y ARP, no se accederá en cuanto constituyeron un beneficio económico para el actor, de acuerdo a lo expuesto en las sentencias precitadas y en cumplimiento a lo indicado en la tercera regla de la sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021 de la Sección Segunda del Consejo de Estado, que determina que frente a la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales por parte de la Administración, es improcedente el reembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado de más, por constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal.

Asimismo, respecto al reembolso solicitado de impuestos y pagos y de pólizas, no se accederá por no tratarse un asunto relacionado al tema laboral aquí tratado.

¹⁵ Ibidem,

Respecto a la sanción moratoria por el no pago o retardo en el pago de las cesantías en el presente caso, ha sido pacífica la postura del Consejo de Estado¹⁶ el cual, ha definido frente al reconocimiento de la sanción moratoria, cuando se declara la existencia de una relación laboral que subyace de la relación contractual estatal bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, en cuanto que, el reconocimiento y pago de las cesantías, surge sólo con ocasión de la declaratoria de la relación laboral, por lo que, no podría reclamarse la sanción moratoria, como quiera que apenas con ocasión de la sentencia que declara la primacía de la realidad sobre las formalidades, surge la obligación a cargo de la administración de reconocer y pagar el aludido auxilio. En otras palabras, la pretensión de reconocimiento y pago de la sanción moratoria, sólo es viable en tanto las cesantías hayan sido reconocidas, y no cuando está en litigio la declaración del derecho a percibir las, es decir, cuando está en discusión el derecho al reconocimiento y pago del aludido auxilio de cesantías, no podría configurarse la sanción por mora en el pago de aquellas, por lo que no es dable ordenar el reconocimiento deprecado.

VI. COSTAS

Este Despacho se abstendrá de condenar en costas, a la parte vencida por cuanto no asumió en el proceso una conducta que la hiciera merecedora a esa sanción, tales como, temeridad, irracionalidad absoluta de su pretensión, dilación sistemática del trámite o en deslealtad.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

VII. FALLA

PRIMERO: DECLÁRESE la Nulidad del oficio No. oficio N°08-2-2019-008550 fechada 16 de Julio de 2.019, expedido por el Servicio de Aprendizaje Nacional SENA, mediante el cual se negó al señor Antonio Luis Bossa Caicedo, el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales definitivas, y en consecuencia **DECLÁRASE** la existencia de una relación laboral entre las partes durante el periodo comprendido entre el 14 de Julio del año 2011 hasta el 14 de diciembre del año 2016, de acuerdo con las consideraciones expuestas en la parte motiva de este proveído .

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, Bogotá D.C., seis (6) de octubre de dos mil dieciséis (2016), Rad. No.: 41001-23-33-000-2012-00041-00(3308-13).

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho **CONDÉNESE** al Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA, al reconocimiento y pago por concepto de las prestaciones sociales señaladas en la ley al señor Antonio Luis Bossa Caicedo, en los periodos comprendidos entre el 14 de Julio de 2011 hasta el 14 de diciembre de 2016, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: CONDÉNESE al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA, a realizar los correspondientes aportes a pensión a nombre del demandado durante el tiempo comprendido en cada contrato salvo las interrupciones, tomando como ingreso base de cotización pensional, los honorarios pactados mes a mes señalados en los respectivos contratos. Si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, deberá cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

CUARTO: Los valores que resulten adeudados, como consecuencia de esta sentencia, serán ajustados en los términos del artículo 187 del C.P.A C.A. dando aplicación a la fórmula señalada en la parte considerativa de esta sentencia.

QUINTO: DENIÉGUESE las demás pretensiones. De conformidad a lo señalado en la parte motiva.

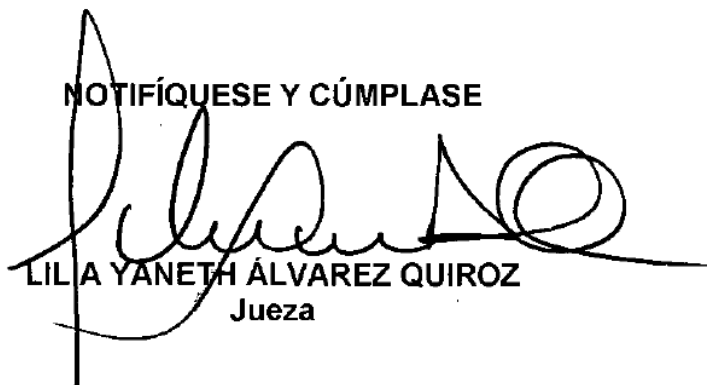
SEXTO: DÉSELE, cumplimiento a la sentencia dentro de los términos señalados en el artículo 192 a 195 del CPACA

SÉPTIMO: Sin costas en esta instancia.

OCTAVO: NOTIFÍQUESE personalmente el presente fallo a la señora Procuradora Delegada del Ministerio Público ante este juzgado

NOVENO: Ejecutoriada esta sentencia ARCHÍVESE el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LILA YANETH ÁLVAREZ QUIROZ
Jueza

Radicación: 0800133330062019-00273-00
Demandante: Antonio Luis Bossa Caicedo
Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA"
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho