



**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52)
ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

Proceso: 110013342-052-2016-00175-00
Demandante: EDGAR ENRIQUE TOVARIA TOVARIA
Demandado: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA
Asunto: Nulidad y Restablecimiento del Derecho –Sentencia de primera instancia –Contrato realidad

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por el señor Edgar Enrique Tovar Tovar en contra del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el señor Edgar Enrique Tovar Tovar, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

Se declare probada la existencia de una relación laboral entre el actor y la entidad demanda, por configurarse los tres elementos constitutivos de la misma, a saber: prestación personal, salario y subordinación de tipo técnico y administrativo, de conformidad a lo establecido en la Constitución Política; la ley y la jurisprudencia.

Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 2-2015-053272 del 23 de septiembre de 2015, mediante el cual el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA, negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales,

las cotizaciones al sistema de seguridad social y los demás derechos producto de la relación laboral, existentes durante todo el tiempo laborado.

Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene al Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA, a:

Reconocer y pagar las prestaciones sociales, tales como la prima de servicios de junio y diciembre, prima de navidad, prima de vacaciones, vacaciones, bonificación por servicios prestados, prima quinquenal, cesantías e intereses de cesantías por la ejecución de cada uno de los contratos en el periodo comprendido entre el año 2003 hasta el año 2012, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas, de conformidad al artículo 53 de la Constitución Política.

Reconocer y pagar las cotizaciones pensionales que por seguridad social se causaron durante todo el tiempo laborado a favor de la respectiva entidad a la cual se encontraba afiliado el actor.

Se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA.

En caso de no efectuar el pago en forma oportuna, cancelar los intereses comerciales y moratorios conforme lo disponen los artículos 192 y 195 del CPACA.

Cancelar la condena de manera actualizada, aplicando los ajustes de valor desde la fecha de vinculación hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (Fls. 88 a 91):

1. El señor Tovaría prestó sus servicios como contratista al Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA, desde el año 2003 hasta el año 2012, de manera personal, ejecutando los siguientes contratos:

CONTRATO Y/O ORDEN	DESDE	HASTA	OBJETO
03838	27-12-2003	26-04-2004	Formación profesional integral en los módulos de dibujo tipográfico en las áreas de tecnología en topografía.
308	8-09-2004	7-01-2005	Formación profesional integral en los módulos de fotogrametría y trigonometría, en las áreas de tecnología en topografía y construcción.
1009	31-12-2004	1-05-2005	Formación profesional integral en los módulos de planimetría, en las áreas de tecnología en topografía.
80	23-04-2005	22-08-2005	Formación profesional integral en los módulos de planimetría, en las áreas de tecnología en topografía y construcción.
Adición 80	24-06-2005	23-10-2005	Formación profesional integral en los módulos de planimetría, en las áreas de tecnología en topografía y construcción.
000169	15-09-2005	14-01-2006	Formación profesional integral en los módulos de planimetría, dibujo y dimensión ambiental en las áreas de tecnología en topografía.
Adición 169	21-12-2005	21-04-2006	Formación profesional integral en los módulos de planimetría, dibujo y dimensión ambiental en las áreas de tecnología en topografía.
000364	25-08-2006	24-12-2006	Formación profesional integral en los módulos de vías I y II matemáticas y planimetría en las áreas de tecnología en topografía.
000670	23-11-2006	23-01-2007	Formación profesional integral en los módulos de vías I y II matemáticas y planimetría en las áreas de tecnología en topografía.
000027	08-03-2007	15-08-2007	Formación profesional integral en los módulos de vías I y II matemáticas y planimetría en las áreas de tecnología en topografía.
000449	14-08-2007	30-09-2007	Formación profesional integral en los módulos de vías I y II matemáticas y planimetría en las áreas de tecnología en topografía.
Adición 449	1-10-2007	15-11-2007	Formación profesional integral en los módulos de vías I y II matemáticas y planimetría en las áreas de tecnología en topografía.
000598	18-10-2007	18-12-2007	Formación profesional integral en los módulos de vías I y II matemáticas y planimetría en las áreas de tecnología en topografía.
Adición 598	14-11-2007	14-01-2008	Formación profesional integral en los módulos de vías I y II matemáticas y planimetría en las áreas de tecnología en topografía.
000205	28-01-2008	28-05-2008	Formación profesional integral en los módulos de vías I y II matemáticas y planimetría en las áreas de tecnología en topografía.
Adición 205	12-06-2008	12-08-2008	Formación profesional integral en los módulos de vías I y II matemáticas y planimetría en las áreas de tecnología en topografía.
000151	29-01-2009	29-07-2009	Formación profesional integral en los módulos de estudios topográficos planímetros en las áreas de tecnologías en topografía.
Adición 151	23-07-2009	30-10-2009	Formación profesional integral en los módulos de estudios topográficos planímetros, en las áreas de tecnologías en topografía.
134	1-02-2010	30-11-2010	Prestación de servicios personales para la formación de profesional integral en las diferentes áreas que dicta el centro de la construcción.
000899	12-08-2011	540 Horas	Formación profesional integral en los módulos de topografía en las áreas de construcción en el centro de tecnologías para la construcción y la madera.

2. Por la ejecución de cada contrato de prestación de servicios la entidad demandada canceló como contraprestación las sumas acordadas, situación que se asimila al salario pagado por las labores ejecutadas como instructor contratista.

3. La ejecución de cada uno de los contratos se hizo de manera subordinada por parte de la entidad demanda, pues recibió órdenes relacionadas con el tiempo, modo y lugar del desarrollo de las labores como instructor contratista.

4. Los contratos de prestación de servicios celebrados con la entidad se regularon en virtud de la Ley 80 de 1993, los cuales fueron ejecutados de manera sucesiva desde el año 2003 hasta el año 2012, esto es, con una duración total de 9 años como instructor.

5. El actor estuvo sometido al cumplimiento de horarios y programación académica impuesta por el coordinador académico de planta de la entidad demanda, recibiendo órdenes permanentes, por lo cual, concurren los 3 elementos esenciales que presumen la existencia de una relación laboral de conformidad a lo dispuesto por el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo y la jurisprudencia.

6. El Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA omitió efectuar los aportes al sistema de seguridad social por el término de 9 años.

7. Los contratos ejecutados por el actor obedecen a un déficit en el personal de planta.

8. El actor no tenía autonomía en la ejecución de los contratos, en consideración a que el SENA impartió órdenes en cuanto al modo y contenido de tipo técnico para que se desarrollaran los cursos mediante la pedagogía de la entidad por competencias laborales.

9. La entidad demandada estableció al contratista horarios de trabajo en cada uno de los centros donde laboró, con el fin de capacitar grupos de aprendices, técnicos y tecnólogos, de los cuales debía presentar informes periódicos, evaluaciones, evidencias de los alumnos y llevar un control de seguimiento disciplinario de los

mismos, además de asistir a las reuniones programadas por el supervisor para recibir instrucciones de tipo administrativo y políticas institucionales.

10. La ejecución de los contratos por parte del actor fue de manera permanente durante 9 años, desarrollando las mismas labores de los instructores de planta, con lo cual se vulneró el artículo 7º del Decreto 1950 de 1973.

11. El demandante radicó ante el SENA escrito en ejercicio del derecho de petición el 28 de agosto de 2015, mediante el cual solicitó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y de seguridad social y los demás derechos resultantes de la relación laboral existente.

12. El Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA expidió el Oficio No. 2-2015-053272 del 23 de septiembre de 2015, a través del cual negó la anterior solicitud al actor.

13. La parte demandante solicitó conciliación prejudicial en atención a lo dispuesto por el numeral 1º del artículo 161 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sin que haya existido ánimo conciliatorio por parte de la entidad demandada, por lo cual se declaró fallida.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas violadas con la expedición de los actos administrativos acusados, cita los artículos 1, 13, 25, 38, 39, 40, 53 y 125 de la Constitución Política, el artículo 2º del Decreto 2400 del 19 de septiembre de 1968, el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo.

Señaló que el contrato de prestación de servicios es aquel celebrado por las entidades estatales, con el fin de desarrollar actividades de administración o funcionamiento de las mismas, siempre y cuando no se puedan desarrollar por el personal de planta o requieran de conocimiento especializado, los cuales no generan una relación laboral ni el pago de prestaciones sociales, las cuales deben ser por un término estrictamente indispensable.

Adujo que en caso de que la persona vinculada a la entidad cumpla funciones idénticas a las que realiza el personal de planta, el contrato se desnaturaliza y se torna en una relación laboral.

Afirmó que el ordenamiento jurídico consagró no solo la prohibición de ejercer funciones propias previstas en la ley o en los reglamentos para un empleo público a través de un contrato de prestación de servicios, sino además reguló sanciones al servidor que realice dicha contratación por fuera de los fines contemplados en el estatuto de la contratación estatal, es decir, sin el cumplimiento de las condiciones legales para el fin previsto.

Manifestó que la entidad demandada al contratar al señor Tovarí de manera permanente por aproximadamente 9 años para desarrollar las mismas tareas de capacitación que ejecutan los empleados de planta, vulneró el inciso 4º del artículo 2º del Decreto 2400 de 1968, reformado por el Decreto 3064 de 1968.

Indicó que el Estado a través del SENA al disfrazar una relación laboral con un contrato estatal de prestación de servicios fomenta una forma de contratación atípica, puesto que conlleva a desconocer el pago de las prestaciones sociales, la seguridad social, la inestabilidad laboral, la libertad de asociación, el descanso remunerado y el trabajo digno de las personas.

En ese sentido, el apoderado de la parte actora afirmó que en el asunto de la referencia concurren los tres requisitos para que se configure la existencia de una relación laboral, a saber: la prestación personal del servicio, la subordinación y la contraprestación de los servicios, tal como se prueba con los contratos de prestación de servicios suscritos con la entidad demandada.

Así las cosas, argumentó de la siguiente manera los 3 requisitos:

- Prestación personal del servicio: se estipuló en los contratos que el actor en calidad de instructor contratista impartió formación profesional en el número de horas pactadas y en los programas pactados con la entidad demandada.

-Remuneración: se reconocieron al señor Tovaría como contraprestación de sus servicios los valores pactados en cada uno de los contratos de prestación de servicios.

-Subordinación: En el sentido de que el actor estaba en la obligación de presentar reportes de notas de los alumnos y demás informes dentro de los plazos establecidos; preparar, orientar, desarrollar, apoyar y evaluar procesos de aprendizaje; rendir oportunamente informes (planillas, reportes, formatos) requeridos sobre las acciones encomendadas y los productos resultantes de procesos de aprendizaje realizados por los alumnos; ejecutar programas académicos impuestos por la entidad, desarrollar las funciones exigidas, acatar las normas educativas, evaluar a los estudiantes en las competencias desarrolladas y registrar dicha información en la plataforma informática denominada "SOFIA".

Concluyó diciendo que lo solicitado en la demanda versa sobre las prestaciones periódicas de 9 años de servicios prestados bajo un contrato, siendo que el desempeño de las funciones se enmarca en una relación laboral, al demostrar que hubo subordinación, remuneración y prestación personal de los servicios.

Como respaldo de sus argumentos cita jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. El Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (Fls. 132 a 157).

El apoderado del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, se manifestó frente a los hechos y para el efecto basó su defensa en las siguientes consideraciones:

Indicó que la vinculación del demandante con la entidad que representa siempre fue a través de un contrato de prestación de servicios, teniendo en cuenta que la contratación de instructores se genera dependiendo de la demanda de inscripción de estudiantes, la cual es variable en cada periodo académico y de la oferta educativa y concretamente respecto de las materias que el mundo moderno demanda en temas

de educación y formación de aprendices, razones por las cuales, la labor de instructor no se cumple con el personal de planta.

Adujo que la entidad demandada ha contratado bajo la modalidad de prestación de servicios a personas naturales para que se desempeñen como instructores, teniendo en cuenta que el artículo 32 de la Ley 82 de 1993 lo permite, siempre y cuando las actividades no se puedan realizar por el personal de planta o requieran de conocimientos especializados.

Por lo anterior, el SENA contrata a los instructores con la obligación de hacer, para la ejecución de la labor de instruir y enseñar en razón de su experiencia, capacitación y formación profesional, por lo cual, tiene autonomía e independencia en el desarrollo y en la forma de impartir y transmitir conocimiento a los alumnos en formación.

Además argumentó que los contratos están sujetos a la temporalidad que corresponde al ciclo de formación de alumnos, es decir, por el tiempo necesario para dictar el número de horas de formación profesional, generándole una autonomía para el desarrollo de las clases, tiempo en el cual no recibió órdenes e instrucciones de la entidad.

No obstante lo anterior, adujo que debía rendir informes de sus actividades para efectos de verificar el cumplimiento del objeto contractual.

De otro lado, afirmó que entre la celebración de uno y otro contrato existieron interrupciones de meses, lo que desvirtúa la continuidad y permanencia aducida por el actor en la demanda.

Manifestó que la coordinación realizada por parte de la entidad al contratista instructor, no implica la existencia de la subordinación –elemento propio de la relación laboral, en consideración a que lo que se pretende es garantizar la efectiva prestación de los servicios contratados, de lo contrario se desnaturalizaría el fin del contrato de prestación de servicios.

Igualmente, indicó que el hecho de ejecutar labores de instrucción en las instalaciones del SENA no se convierte en un argumento válido para predicar la existencia de una

relación laboral, puesto que las mismas son propias del objeto del contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes.

Finalmente, como sustento de sus argumentos citó jurisprudencia de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado y del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. De otro lado, propuso la excepción denominada "*PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO A RECLAMAR PRESTACIONES DERIVADAS DE LA SUPUESTA EXISTENCIA DE UN CONTRATO REALIDAD*", precisando que la prescripción de los derechos prestacionales opera con posterioridad a la declaración de la existencia de una relación laboral.

Además, señaló que la prescripción se debe contar de manera independiente para cada contrato en caso de que haya existido solución de continuidad, razón por la cual, tomó el último contrato celebrado con la entidad que finalizó el 16 de diciembre de 2011, fecha desde la cual tenía 3 años para reclamar la existencia de la relación laboral, es decir hasta el 17 de diciembre de 2014.

No obstante lo anterior, hizo referencia a que el actor petitionó al Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA el 28 de agosto de 2015, esto es, pasados 8 meses y 11 días, por lo cual, afirmó que no hay lugar a ordenar el restablecimiento del derecho, en consideración a que no presentó la reclamación dentro del término de 3 años previsto en la norma.

Bajo las anteriores consideraciones, solicitó declarar configurada la excepción de prescripción extintiva respecto de los contratos celebrados desde el 27 de diciembre de 2003 hasta el 16 de diciembre de 2011.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. Mediante providencia del 22 de septiembre de 2017 (Fls. 322-323), el Despacho concedió a las partes el término de 10 días para allegar los alegatos de conclusión.

Conforme lo anterior, el apoderado de la parte actora estando dentro de la oportunidad legal presentó escrito de alegatos el 27 de septiembre de 2017 (Fls. 324-328), en el que además de ratificar los hechos y pretensiones de la demanda,

precisó que en el asunto de la referencia no hay lugar a declarar la prescripción extintiva, en consideración a que el señor Tovarí trabajó al servicio de la entidad hasta el mes de enero de 2012 y que el 28 de febrero de 2015, radicó petición mediante la cual solicitó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, motivo que permite advertir que no se superó el término de 3 años.

Igualmente, manifestó que en el presente asunto se configuró una verdadera relación laboral, pese a que fue ocultada bajo la figura del contrato de prestación de servicios, teniendo en cuenta que concurrieron los 3 elementos, a saber: la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación.

Por su parte, el apoderado de la parte demandada allegó escrito de alegatos dentro del término legal el 6 de octubre de 2017, tal como se advierte a folios 329 a 335 del expediente, en el que recalcó que las directrices impartidas por el contratante en ejecución del contrato de prestación de servicios no suponen subordinación, puesto que los contratistas se sujetan a los lineamientos de los coordinadores, los cuales resultan ser superiores jerárquicos.

Lo anterior, en consideración a que los contratistas deben atender las directrices de la entidad, ceñirse a sus políticas, honrar las obligaciones contractuales, situación que no lo convierte en un trabajador oficial.

De otro lado, afirmó que: (i) al actor no se le asignaron horarios inamovibles, puesto que cubría los horarios que los empleados de planta no alcanzaban; (ii) el demandante no contaba con funciones, sino con actividades producto de las obligaciones contraídas en desarrollo del objeto del contrato de prestación de servicios y (iii) los contratos celebrados con el actor fueron sujetos a la solución de continuidad, por lo cual, al finalizar el término de los mismos de manera mutua se declaraban a paz y salvo, respecto de los honorarios pactados mas no de un salario mensual.

Por lo anterior, indicó que no existe una relación laboral entre las partes, en consecuencia solicitó que no se acceda a las pretensiones de la demanda.

El Ministerio Público no emitió concepto.

Surtido el trámite correspondiente a la instancia y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir la presente controversia, previas las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES: Respecto de la denominada “*PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO A RECLAMAR PRESTACIONES DERIVADAS DE LA SUPUESTA EXISTENCIA DE UN CONTRATO REALIDAD*”, encuentra el Despacho que si bien los argumentos refieren a que se declare la existencia del fenómeno jurídico de la prescripción extintiva, lo cierto es que el Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Segunda, en sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016, con ponencia del Consejero Carmelo Perdomo Cuéter, demandante: Lucinda María Cordero Causil, demandado: Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba), adujo que la misma se estudiará en la sentencia una vez se haya comprobado la existencia de la relación laboral.

Por lo anterior, este Despacho procederá a estudiar de fondo si la prescripción extintiva del derecho se configura en el asunto de la referencia, previo a verificar la existencia de la relación laboral del señor Enrique Tovarí con el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA.

2. PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial adelantada por este Despacho el 4 de abril de 2017 (Fls. 192 a 198), se fijó el litigio de la siguiente manera:

- Si es procedente la declaratoria de nulidad del Oficio No. 2-2015-053272 de 23 de septiembre de 2015, mediante el cual el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA negó el reconocimiento y pago de las acreencias salariales y laborales y, en consecuencia, se declare la existencia de la relación laboral entre las partes y se paguen las diferencias prestacionales

reclamadas por el actor de conformidad con el cargo desarrollado a partir del año 2003 hasta el 2012, tiempo que prestó sus servicios personales como contratista en dicha entidad.

3. ACERVO PROBATORIO.

- PRUEBAS DOCUMENTALES

3.1. Copia simple de orden de trabajo o comprobante de pago, con autorización de la Dirección General 01818 del 12 de diciembre de 2003 (Fl. 13).

3.2. Copia simple de orden de trabajo o comprobante de pago, con autorización de la Dirección General 00496 del 8 de junio de 2004 (Fl. 14).

3.3. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 000169 del 15 de septiembre de 2005 (Fls. 15-18).

3.4. Copia simple de adición y prórroga del contrato de prestación de servicios No. 000169 del 16 de septiembre de 2005 (Fl. 19).

3.5. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 000364 del 25 de agosto de 2006 (Fls. 20-23).

3.6. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 000670 del 23 de noviembre de 2006 (Fls. 24-27).

3.7. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 000027 del 8 de marzo de 2007 (Fls. 28-31).

3.8. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 000449 del 14 de agosto de 2007 (Fls. 32-35).

3.9. Copia simple de acta de prórroga del contrato de prestación de servicios No. 000449 del 14 de agosto de 2007 (Fl. 36).

3.10. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 000598 del 18 de octubre de 2007 (Fls. 37-40).

3.11. Copia simple de acta de prórroga del contrato de prestación de servicios No. 598 del 18 de octubre de 2007 (Fl. 41).

3.12. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 000205 del 28 de enero de 2008 (Fls. 42-45).

3.13. Copia simple de acta de prórroga del contrato de prestación de servicios No. 205 del 28 de enero de 2008 (Fl. 46).

3.14. Copia simple del acta de terminación y de iniciación del contrato de prestación de servicios No. 205 del 28 de enero de 2008 (Fl. 70-71).

3.15. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 000151 del 29 de enero de 2009 (Fls. 47-50).

3.16. Copia simple de acta de adición y prórroga del contrato de prestación de servicios No. 151 del 29 de enero de 2009 (Fl. 51).

3.17. Copia simple del acta de terminación del contrato de prestación de servicios No. 151 del 29 de enero de 2009 (Fl. 69).

3.18. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 000134 del 21 de enero de 2010 (Fls. 52-54).

3.19. Copia simple de las actas de terminación y de inicio del contrato de prestación de servicios No. 134 del 22 de enero de 2010 (Fls. 67-68).

3.20. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. 000899 de 2011 (Fls. 55-59).

3.21. Copia simple del acta de terminación del contrato de prestación de servicios No. 899 del 12 de agosto de 2012 (Fl. 72).

3.22. Copia simple de la certificación expedida por el Director del SENA regional Cundinamarca, mediante la cual informa que el actor prestó sus servicios de manera independiente en los municipios de influencia del Centro Industrial y Desarrollo Empresarial (Fl. 73).

3.23. Copia simple de la certificación expedida por la Directora del Centro Industrial y Desarrollo Empresarial de Soacha –Regional Cundinamarca, en la que indicó que el actor cumple con el perfil técnico que se requiere para la formación y desempeño en la especialidad por competencias de controlar los riesgos de trabajo en alturas (Fl. 74).

3.24. Copia simple de la certificación expedida por el Subdirector del Centro de Tecnologías para la Construcción y la Madera, a través de la cual hizo constar que el actor laboró como instructor de los módulos de topografía, dibujo topográfico para técnicos profesionales en topografía judicial dentro del marco de convenio interinstitucional con la Escuela Judicial de la Policía Nacional (Fl. 75).

3.25. Copia simple de certificación expedida por el Subdirector del Centro de Tecnologías para la Construcción y la Madera del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA, en la que relaciona los contratos celebrados con el actor (Fls. 64-66).

3.26. Copia simple del documento de la relación discriminada de los pagos efectuados al actor correspondientes al periodo comprendido entre el 1º de junio de 2005 hasta el 31 de diciembre de 2012 (Fls. 61-63).

3.27. Copia simple del escrito presentado por el actor en ejercicio del derecho de petición el 28 de agosto de 2015, mediante el cual solicitó el reconocimiento y pago en forma indexada de todas las prestaciones sociales como contraprestación de sus servicios y de las cotizaciones al sistema de seguridad social derivadas de cada uno de los contratos (Fls. 3-5).

3.28. Copia simple del Oficio No. 2-2015-053272 del 23 de septiembre de 2015, a través del cual la entidad demandada negó la anterior petición (Fls. 6-12).

3.29. Copia simple de la relación de las prestaciones sociales que reconoce el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA (Fls. 82-87).

3.30. Certificación expedida por la Coordinadora del Grupo de Apoyo Administrativo Mixto del Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA, en la que se indica que el actor presta sus servicios a la entidad desde el 28 de agosto de 2012, en el cargo de Instructor Grado 09 del Centro de Tecnologías para la Construcción y la Madera, ubicado en Soacha (Cundinamarca).

3.31. Copia simple de acta y constancia de conciliación celebrada en la Procuraduría 6ª Judicial II para Asuntos Administrativos de Bogotá D.C.

3.32. Certificación expedida por el Subdirector del Centro de Tecnologías para la Construcción y la Madera del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA, en la que relaciona los contratos de servicios suscritos por el actor, junto con las documentales que respaldan la información (Fls. 206-275).

3.33. Copia simple de los antecedentes aportados con la contestación de la demanda del señor Edgar Enrique Tovarí Tovarí, obrante en cuaderno separado.

3.34. Copia simple de los antecedentes administrativos del señor Edgar Enrique Tovarí Tovarí, obrante en cuaderno separado.

- PRUEBA TESTIMONIAL E INTERROGATORIO DE PARTE:

Declaraciones rendidas el 13 de junio de 2017, por los señores Wilson Martínez Cuesta y Edgar Enroque Tovarí Tovarí (Fls. 278 a 282), las cuales se encuentran en medio magnético obrante a folio 283 del expediente.

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

La Constitución de 1991 en desarrollo del Estado Social de Derecho, consagró en su artículo 53¹ la obligación en cabeza del Congreso de la República de expedir el estatuto del trabajo, y determinó como principios fundamentales del derecho laboral entre otros la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones.

Igualmente, en el Capítulo II ibídem, de la función pública, consagró en sus artículos 122 y 125 lo siguiente:

“Art. 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 (...).”

“Art. 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 (...).”

Conforme lo anterior, nuestro régimen jurídico tiene previstas tres clases de vinculaciones con entidades del Estado que tienen sus propios elementos tipificadores, a saber: a) los empleados públicos: vinculados a través de una relación legal y reglamentaria; b) los trabajadores oficiales: vinculados a través de un contrato laboral y c) los contratistas de prestación de servicio: vinculados a través de un contrato estatal.

Por ende, en caso de que los elementos esenciales del contrato de prestación de servicios se desfiguren, corresponderá decidir, ya sea a la justicia ordinaria, cuando la relación se asimile a la de un trabajador oficial o, a la jurisdicción contencioso administrativa, cuando el contratista desarrolle el objeto del contrato ejerciendo las mismas funciones que corresponden a un cargo de empleado público.

¹ ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

(...) primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales;

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

Por su parte, en tratándose de contratos de prestación de servicios celebrados por las Empresas Sociales del Estado la Ley 100 de 1993, consagró en sus artículos 194 y 195 lo siguiente:

*"ARTÍCULO 194. NATURALEZA. La prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las **Empresas Sociales del Estado**, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso, **sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo.***

ARTÍCULO 195. RÉGIMEN JURÍDICO. Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico:

(...)

*6. **En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.***

(...) (Negrilla fuera de texto).

De la anterior normativa, se colige que los asuntos contractuales se enmarcan en el régimen privado consagrado en el Código Civil, que si bien, no establece específicamente el contrato de prestación de servicios, si dispone en su artículo 1973 el contrato de arrendamiento, en virtud del cual *"dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado"*.

A su vez, el contrato de prestación de servicios, objeto del litigio, está definido por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, de la siguiente manera:

"3o. Contrato de prestación de servicios

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

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable."²

² Las expresiones subrayadas fueron declaradas EXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-154 de 1997, salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada.

De conformidad al precedente normativo, son dos las condiciones para que las entidades estatales puedan celebrar contratos de prestación de servicios, a saber: i) que se trate de desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad y ii) que se trate de actividades que no pueden desarrollarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, lo cuales se deben celebrar por el término estrictamente indispensable.

Ahora bien, el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo señala los elementos esenciales del contrato de trabajo, de la siguiente manera:

"ARTICULO 23. ELEMENTOS ESENCIALES. <Artículo subrogado por el artículo 1o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran estos tres elementos esenciales:

a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

b. 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

c. Un salario como retribución del servicio.

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen."

De lo anterior, se entiende que existe contrato de trabajo cuando se presentan los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración respectiva y la subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador.

Respecto a las características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo, la Corte Constitucional en sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997, con ponencia del magistrado Dr. Hernando Herrera Vergara, señaló:

"(...)

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 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.

Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo.” (Negritas fuera del texto).

En la parte resolutive dispuso:

“Declarar EXEQUIBLES las expresiones ‘no puedan realizarse con personal de planta o’ y ‘En ningún caso generan relación laboral ni prestaciones sociales’ contenidas en el numeral 3º del artículo 32 de la ley 80 de 1993, ‘salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada’.

En virtud del contexto jurisprudencial que antecede, se resalta que el elemento que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios es la subordinación o dependencia, caso en el cual si se demuestra que el mismo concurre hay lugar al pago de las prestaciones sociales.

Ahora bien, el Consejo de Estado en reiterados pronunciamiento ha indicado que la continuada subordinación, prestación personal del servicio y remuneración como

contraprestación, desvirtúan el contrato estatal de prestación de servicios, en consideración a que se está ante la existencia de una relación laboral y por ende se deben reconocer y pagar las prestaciones sociales, sin que ello signifique que el contratista adquiera la calidad de empleado público.

Lo anterior, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades en las relaciones laborales consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, lo que conlleva al amparo de los derechos mínimos de los trabajadores y a garantizar primordialmente el derecho a la igualdad.

En tal sentido, la Sección Segunda del Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo, con ponencia del Consejero Carmelo Perdomo Cuéter, expediente con radicado interno No. 0088-15, demandante: Lucinda María Cordero Causil, demandado: Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba), en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, discurrió:

“(…)

De lo anterior se colige que el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral, de lo que surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, con el que se propende por la garantía de los derechos mínimos de las personas preceptuados en normas respecto de la materia.

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

De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda recordó que (i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y (iii) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios

que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión.”
(Negrillas fuera de texto).

De conformidad al precedente jurisprudencial, al demostrar la existencia de los requisitos referidos se supera toda duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de los empleados de planta, evitándose de esta manera que se siga ocultando la naturaleza real de la actividad laboral bajo un contrato de prestación de servicios.

3. CASO CONCRETO.

En el asunto de la referencia el señor Edgar Enrique Tovarí Tovarí, a través de apoderado judicial, deprecó la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 2-2015-053272 del 23 de septiembre de 2015, mediante el cual el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA, negó la existencia de una relación laboral y como consecuencia negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales.

En ese sentido, para establecer si el actor tiene derecho a lo pretendido es menester corroborar si en los contratos de prestación de servicios celebrados con el hoy demandante se acredita o no la existencia de los tres elementos de la relación laboral y en caso de demostrarse que existió una relación de subordinación o dependencia, habría lugar a ordenar el reconocimiento de las prestaciones sociales a favor del contratista en virtud del artículo 53 de la Constitución Política³, situación en la cual quedaría desvirtuada la existencia de un contrato de prestación de servicios.

Se reitera entonces, que los elementos esenciales del contrato de trabajo son:

- a. La prestación personal del servicio por parte del trabajador;
- b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, quien tiene la facultad de impartir órdenes a quien presta el

³ Establece el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades en las relaciones laborales, en aras de proteger los derechos mínimos de las personas, contemplados en normas que regulan la materia y garantizar el derecho a la igualdad.

- servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio; y
- c. La remuneración como contraprestación del servicio.

Entonces se procede a estudiar en el presente asunto los referidos elementos de la siguiente manera:

- **De la prestación personal del servicio**

Se encuentra acreditado dentro del proceso que el demandante prestó sus servicios al Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA, a través de la suscripción de varios contratos de prestación de servicios, los cuales se relacionan a continuación y en los que desarrolló actividades de INSTRUCTOR, desde el 27 de diciembre de 2003 hasta el 16 de diciembre de 2011, conforme a los siguientes contratos obrantes en cuaderno separado:

CONTRATO	TERMINO DE DURACIÓN	ADICIÓN O PRÓRROGA
03838	Desde el 27 de diciembre de 2003 hasta el 30 de agosto de 2004.	Acta de prórroga orden de trabajo No. 838.
308	Desde el 8 de septiembre de 2004 hasta el 17 de diciembre de 2004.	
1009	Desde el 31 de diciembre de 2004 hasta el 31 de marzo de 2005	
80	Desde el 23 de abril de 2005 hasta el 14 de septiembre de 2005	Acta de adición y prórroga orden de trabajo No. 80.
000169	Desde el 15 de septiembre de 2005 hasta el 21 de abril de 2006	Acta de adición y prórroga No. 169.
000364	Desde el 25 de agosto de 2006 hasta el 16 de diciembre de 2006	
000670	Desde el 23 de noviembre de 2006 hasta el 23 de enero de 2007	
000027	Desde el 8 de marzo de 2007 hasta el 15 de agosto de 2007	
000449	Desde el 14 de agosto de 2007 hasta el 30 de septiembre de 2007	

000598	Desde el 18 de octubre de 2007 hasta el 18 de febrero de 2008	Acta de adición No. 598.
000205	Desde el 28 de enero de 2008 hasta el 30 de julio de 2008	Acta de adición y prórroga No. 205.
000151	Desde el 29 de enero de 2009 hasta el 30 de octubre de 2009	Acta de adición y prórroga No. 151.
000899	Desde el 12 de agosto de 2011 hasta el 16 de diciembre de 2011.	

De lo anteriormente relacionado se tiene que el actor desarrolló su labor de Instructor al Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA, durante más de 4 años de manera interrumpida mediante contrato de prestación de servicios.

- **Remuneración**

De conformidad a los contratos de prestación de servicios objeto de prueba del presente asunto y que obran en cuaderno separado, se evidencia que el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA efectuó el pago mensual al señor Edgar Enrique Tovaría Tovaría por los servicios prestados como instructor.

- **Subordinación o dependencia del trabajador**

La Corte Constitucional en sentencia C-386 de 2000, definió la subordinación “*como un poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos en lo relativo a la manera como éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa (...).*”

Se destaca dentro del elemento subordinación, no solamente el poder de dirección, que condiciona la actividad laboral del trabajador, sino el poder disciplinario que el empleador ejerce sobre éste para asegurar un comportamiento y una disciplina acordes con los propósitos de la organización empresarial y el respeto por la dignidad y los derechos de aquél (...).”

A su vez, la mentada Corporación en sentencia C-665 de 1998, con ponencia del Magistrado Hernando Herrera Vergara, manifestó que el elemento esencial, tipificador y diferencial del contrato de trabajo es la subordinación, teniendo en cuenta que *“No pueden darse relaciones de trabajo sin un poder de dirección y un deber de obediencia, es decir sin aquél elemento de subordinación en el cual justamente los juristas ven la señal inconfundible del contrato de trabajo”*.

Respecto a este requisito, igualmente el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia ha señalado que es primordial la configuración de la subordinación, por ser el pilar que esclarece la existencia de la relación laboral que se mantenía oculta bajo la modalidad de un contrato de prestación de servicios.

En ese sentido, la figura jurídica de la subordinación atañe a la facultad que tiene el empleador para impartir órdenes al trabajador que condicionan la prestación del servicio, atinentes al desempeño de las funciones del empleado.

Contario sensu a la subordinación o dependencia están las condiciones de autonomía e independencia para la ejecución del contrato que son facultades propias y consustanciales de los contratos de prestación de servicios.

En ese sentido, se procederá a realizar un análisis de las pruebas obrantes en el expediente, con el fin de establecer si se encuentra configurada la subordinación o dependencia.

- Cláusulas del contrato de prestación de servicios frente al concepto de subordinación

Una vez revisados los contratos suscritos por el actor con la entidad demandada, se colige de las cláusulas allí contenidas que los mismos no fueron ejecutados con total independencia y autonomía, siendo estos requisitos propios del contrato de prestación de servicios, tal como pasa a citarse:

El objeto de los diversos contratos y órdenes de trabajo suscritas entre la entidad demandada y el hoy demandante, fue el siguiente:

- *“Prestación de servicios personales, impartiendo 480 horas de formación profesional integral de acuerdo con el horario de cada grupo, en los bloques modulares de: DIBUJO TOPOGRÁFICO en la especialidad de TECNÓLOGO EN TOPOGRAFIA del Centro de la Construcción e Industria de la Madera.”*
- *“Prestación de servicios personales, impartiendo **250** horas de formación profesional integral de acuerdo con el horario de cada grupo, en los bloques modulares de: fotogrametría, trigonometría aplicada en la especialidad de tecnólogo en Topografía del Construcción e Industria de la Madera (sic).”*
- *“Prestación de servicios personales, impartiendo 208 **horas** de formación profesional integral de acuerdo con el horario de cada grupo, en los bloques modulares de: PLANIMETRÍA EN LA ESPECIALIDAD TECNOLOGOS EN TOPOGRAFIA Y CONSTRUCCION del Centro de la Construcción e Industria de la Madera.”*
- *“Adición y prórroga a la prestación de los servicios Profesionales, impartiendo 125 HORAS ADICIONALES de formación profesional integral al **contrato original** No. 80 de acuerdo con el horario de cada grupo, en los bloques modulares de PLANIMETRÍA EN LA ESPECIALIDAD TECNOLOGOS EN TOPOGRAFIA Y PCNSTRUCCION del Centro de la Construcción e Industria de la Madera.”*
- *“Prestación de servicios personales, impartiendo **250 horas** de formación profesional integral de acuerdo con el horario de cada grupo, en los bloques modulares de: PLANIMETRÍA EN LA ESPECIALIDAD TECNOLOGOS EN TOPOGRAFIA Y CONSTRUCCION del Centro de la Construcción e Industria de la Madera.”*
- *“Prestación de servicios de formación profesional integral, impartiendo 300 horas, de acuerdo con el horario de cada grupo, en el área de TGO TOPOGRAFIA, en los bloques modulares de Planimetría, Dibujo, Dimensión Ambiental, en las especialidades del Centro de la Construcción e Industria de la Madera.”*

- *"Prestación de servicios de formación profesional integral, impartiendo 300 horas, de acuerdo con el horario de cada grupo, en el área de Tecnólogo en Topografía, módulo o Formación Complementaria en Vías I – II, Matemáticas, Planimetría del Centro de Construcción e Industria de la Madera."*
- *"Prestación de servicios de formación profesional integral, impartiendo 150 horas, de acuerdo con el horario de cada grupo, en el área de Vías I – II, Matemáticas, Planimetría, modulo o Formación Complementaria en Vías I – II, Matemáticas, Planimetría del Centro de la Construcción e Industria de la Madera."*
- *"Prestación de servicios de formación profesional integral, impartiendo 500 horas, de acuerdo con el horario de cada grupo, en el área de Tecnólogo en Topografía, modulo o Formación Complementaria en Vías I – II, Matemáticas, Planimetría del Centro de la Construcción e Industria de la Madera."*
- *"Prestación de servicios de formación profesional integral, impartiendo 400 horas, de acuerdo con el horario de cada grupo, en el área de Tecnólogo en Topografía, modulo o Formación Complementaria en Vías I – II, Matemáticas, Planimetría del Centro de la Construcción e Industria de la Madera."*
- *"(...) impartir 200 horas de formación profesional integral de acuerdo con el horario de cada grupo, en la especialidad de Tecnólogo en Topografía de Tecnologías para la Construcción y la Madera del SENA Regional Distrito Capital."*
- *"Prestación de servicios de formación profesional integral, impartiendo 600 horas, de acuerdo con el horario de cada grupo, en el área de Tecnólogo en Topografía, en los bloques modulares de Vías I, II Levantamientos Especiales, en las especialidades del Centro de Tecnologías Para La Construcción y La Madera."*
- *"Prestación de Servicios Personales impartiendo (480) horas en los módulos de Estudios topográficos planimétricos, en las áreas TGO Topografía."*
- *"Impartir (480) horas de formación Profesional Integral en el Centro de Tecnologías para la Construcción y la Madera en el Programa TGO-*

Topografía en los Bloques Modulares de “Estudios topográficos planimétricos”, en el curso: Dibujo Planimétrico y altimétrico (...).”

- *“PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE CARÁCTER TEMPORAL impartiendo (540) Horas en el programa de Topografía en los bloques de TOPOGRAFIA del área de Construcción del Centro de tecnologías para la Construcción y la Madera.”*

De otro lado, como cláusula de cada uno de los contratos se estableció la vigilancia administrativa de la siguiente manera:

- *“Estará a cargo de la Coordinación Académica del Área de «Área» (sic)”.*
- *“Estará a cargo de la Coordinación Académica del Área de Construcción”.*
- *“Estará a cargo de los Coordinadores Académica del Centro de la Construcción e Industria de la Madera”.*
- *“Estará a cargo del Coordinador actual del área, Doctor (a) Orlando Cortes, identificado (a) con CC. N° 79.046. 321 de Bogotá, quien practicará la vigilancia Técnica, Jurídica y Administrativa”.*
- *“De acuerdo con la resolución 668 del 27 de abril de 2005, EL SENA ejercerá la interventoría del presente contrato a través de encargado de la Coordinación Académica del Área respectiva, a la cual corresponde el bloque modular o materia asignada. EL INTERVENTOR tendrá además de las funciones estipuladas en la resolución 668 del 27 de abril de 2005, las siguientes funciones: 1) Cerciorarse que el objeto del presente contrato se cumpla a cabalidad de acuerdo con las normas y estándares de calidad y eficiencia. 2) Verificar que el CONTRATISTA cumpla con eficiencia y calidad con las actividades programadas y las clases impartidas. 3) Efectuar las evaluaciones correspondientes con los alumnos y la suya propia acerca del rendimiento y calidad de la formación impartida por el CONTRATISTA, el cual será un factor determinante en la continuidad del contrato y del CONTRATISTA. 4) Supervisar continuamente en las aulas el desempeño, asistencia, calidad, trato y demás factores que considere relevantes y que contribuyen al mejoramiento continuo de la calidad de formación profesional. 5) Informar al Subdirector cualquier demora e incumplimiento en las*

obligaciones del contratista. 6) Las demás que se hagan necesarios para el cabal cumplimiento del objeto contractual”.

- *“De acuerdo con la resolución 668 del 27 de abril de 2005, EL SENA ejercerá la interventoría del presente contrato a través de la persona contratada para tal fin, quien deberá estar en permanente contacto con las Coordinaciones Académicas del Área respectiva, al cual corresponda el bloque modular o materia asignada. EL INTERVENTOR tendrá además de las funciones estipuladas en la resolución 668 del 27 de abril de 2005, las siguientes funciones: (...) 3) Recibir de los Coordinadores académicos las evaluaciones correspondientes de los alumnos y la suya propia acerca del rendimiento y calidad de la formación impartida por el CONTRATISTA, el cual será un factor determinante en la continuidad del contrato y del CONTRATISTA. 4) Recibir informes de las Coordinaciones Académicas de la Supervisión continua que se ejerce por parte de ellos en las aulas el desempeño, asistencia, calidad, trato y demás factores que consideren relevantes y que contribuyen al mejoramiento continuo de la calidad de la formación profesional (...) 6) Velar por que se desarrollen las actividades mencionadas en los términos de la referencia objeto de la convocatoria (...)”.*
- *“De acuerdo con la resolución 668 del 27 de abril de 2005, EL SENA ejercerá la supervisión del presente contrato a través del **EL (sic) SUPERVISOR DEL CENTRO DE TECNOLOGIAS PARA LA CONSTRUCCIÓN Y LA MADERA**, de conformidad con el bloque modular o materia asignada (...)”.*
- *“De acuerdo con la resolución 668 del 27 de abril de 2005, EL SENA ejercerá la supervisión del presente contrato a través del **SUPERVISOR DE CONTRATOS y/o COORDINACIONES ACADÉMICAS DEL CENTRO DE TECNOLOGIAS PARA LA CONSTRUCCIÓN Y LA MADERA**, de conformidad con el bloque modular o competencia asignada (...)”.*

En virtud de las cláusulas citadas, se evidencia que la vigilancia o supervisión por parte del Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA a través de un Coordinador o Supervisor, según sea el caso, en la ejecución de cada uno de los contratos por

parte del señor Edgar Tovarí en los términos estipulados, denota sujeción o dependencia laboral.

Ahora, si bien la entidad consagró como cláusula que el *“contrato no genera relación laboral ni prestaciones sociales. Las partes dejan constancias expresas que el presente contrato no conlleva relación laboral alguna del CONTRATISTA para con el SENA y que su ejecución se hará sin subordinación alguna, por la cual el CONSTRISTA goza de autonomía en la preparación y ejecución del objeto contratado, teniendo en cuenta los lineamientos previstos por la entidad para tal efecto y la calidad exigida al CONTRATISTA.”*, lo cierto es que para esta instancia judicial se encuentra demostrado que el actor debía reportar el cumplimiento de las actividades ordenadas por la entidad, circunstancia que desvirtúa la autonomía e independencia que se predica de un contrato de prestación de servicios.

Así las cosas, una vez revisadas en su conjunto las cláusulas de cada contrato suscrito por las partes y demás pruebas obrantes en el plenario, el actor logró comprobar que su labor se desarrolló bajo el sometimiento de una subordinación o dependencia con respecto a la entidad demandada, configurándose de esta manera la existencia de una relación laboral que debe ser garantizada en cumplimiento del principio constitucional de la prevalencia de la realidad sobre las formalidades, establecido en el artículo 53 de la Constitución Política.

Además de lo anterior, a folios 178 a 186 del cuaderno de antecedentes administrativos, se encuentra el *“MANUAL ESPECÍFICO DE FUNCIONES Y DE REQUISITOS”*, del Instructor Código 3010, Grado 01-20, en el que se establecieron las funciones que pasan a citarse:

- “1. Seleccionar estrategias de enseñanza –aprendizaje – evaluación según el programa de Formación Profesional y el enfoque metodológico adoptado.*
- 2. Seleccionar ambientes de aprendizaje con base en los resultados propuestos y en las características y requerimientos de los aprendices.*
- 3. Orientar los procesos de aprendizaje según las necesidades detectadas en los procesos de evaluación, metodologías de aprendizaje y programas curriculares vigentes.*
- 4. programar las actividades de enseñanza –aprendizaje – evaluación de conformidad con los módulos de formación y el calendario institucional y el Manual de Procedimientos para la ejecución de acciones de Formación Profesional Integral.*
- 5. Reportar información académica y administrativa según las responsabilidades institucionales asignadas.*
- 6. Evaluar la formación de los aprendices durante el proceso educativo de acuerdo con el Manual de Evaluación vigente.*

7. Las demás que sean asignadas por la autoridad competente de acuerdo con el nivel, la naturaleza y el área del desempeño del empleo.”

En ese sentido, se logró demostrar que las funciones que anteceden fueron realizadas por el hoy demandante, motivo que permite a este Despacho afirmar que el señor Edgar Enrique Tovaría Tovaría efectuó las labores en idénticas condiciones a los instructores de la planta de personal del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA.

No obstante lo anterior, no es dable concluir que por existir una relación laboral entre las partes el demandante adquiere la calidad de empleado público, teniendo en cuenta que deben concurrir los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión de conformidad a lo dispuesto en el artículo 122 de la Constitución Política tal como lo ha sostenido el Consejo de Estado.

Contrario sensu, lo que se predica es la existencia de una verdadera relación laboral que desvirtúa los contratos de prestación de servicios celebrados entre el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA y el señor Edgar Enrique Tovaría Tovaría, circunstancia que conlleva a reconocer a título de restablecimiento del derecho las prestaciones sociales a su favor.

Ahora bien, este Despacho practicó el 13 de junio de 2017, el testimonio al señor Wilson Martínez Cuesta, que obra en medio magnético a folio 283 del expediente, precisándose que el apoderado de la entidad demandada estando en diligencia lo tachó de falso en los términos del artículo 211 del Código General del Proceso, basado en el hecho de que presentó demanda ante juez administrativo solicitando las mismas pretensiones del asunto de la referencia, es decir, que se declare la existencia de una relación laboral entre el señor Martínez y el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA y el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales.

Sea esta la oportunidad para indicar que la tacha de testimonios, está consagrada en el Código General del Proceso en su artículo 211, según el cual:

“ARTÍCULO 211. IMPARCIALIDAD DEL TESTIGO. *Cualquiera de las parte podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de su parentesco, dependencias, sentimientos o intereses en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.*

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

Entonces, el Despacho considera que la tacha formulada no está llamada a prosperar, teniendo en cuenta que el hecho de seguir procesos con similares pretensiones no afecta la credibilidad o imparcialidad de la declaración rendida por el testigo, precisamente porque la versión se relaciona con la prestación del servicio del demandante ante la entidad demandada, situación fáctica que es conocida por el señor Martínez, dada su condición de compañeros de trabajo, por lo cual, el hecho de rendir testimonio respecto del caso concreto no afecta la veracidad en razón de sus sentimientos o intereses.

En tal sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Segunda –Subsección A, demandante: Wiston José Rodríguez Marrugo, Demandado: Fondo de Pasivo Social Puertos de Colombia, expediente No. 25000-23-25-000-2000-01434-03(2397-07), con ponencia del Consejero Luis Rafael Vergara Quintero en providencia del 13 de febrero de 2014, al considerar que son idóneos los testimonios rendidos por compañeros de trabajo que se encuentran en situaciones similares, para el efecto discurrió:

“(…)

De conformidad con lo previsto en el artículo 218 del C.P.C., el juez apreciará los testimonios sospechosos, de acuerdo con las circunstancias de cada caso y, en el caso bajo análisis, si bien es cierto, en principio, se podría considerar que los declarantes podrían tener interés en las results del proceso, por tener litigios similares al que nos ocupa, también lo es que dada su condición de compañeros en el Fondo de Pasivo Social de Puertos de Colombia, que conocieron de manera directa las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que el demandante prestó sus servicios se consideran testigos idóneos para rendir declaración al respecto.

(…)”.

Por las anteriores consideraciones, no se accede a la tacha del testimonio rendido por el señor Wilson Martínez Cuesta, solicitada por el apoderado de la entidad demandada, razón por la cual, el mismo se tendrá en cuenta en tanto goza de idoneidad, credibilidad e imparcialidad.

Así las cosas, del testimonio rendido se resalta lo siguiente:

- Preguntas de la parte demandante.

PREGUNTADO: “¿Manifiéstele al Despacho señor Wilson lo referente al horario del señor Edgar Tovarí, en especial cuántas horas de clase dictaba diarias, semanalmente, mensualmente en el SENA?”. RESPUESTA: “Yo lo veía diario orientando sus clases, inclusive hasta los días sábados atendiendo grupos, prácticas de topografía y en el día en diferentes grupos que tenía que atender en el día en topografía”

PREGUNTADO: “¿Manifiéstele señor Wilson al Despacho si el SENA obligaba al señor Tovarí a usar algún tipo de distintivo como instructor?”. RESPUESTA: “Es de uso obligatorio el uso del carnet dentro de las instalaciones y el uso de la bata, el no llevarlo es un llamado de atención (...).”

PREGUNTADO: “¿Manifiéstele al Despacho si le consta que el instructor Edgar Tovarí tuviera autonomía administrativa para impartir la formación profesional?”. RESPUESTA: “No, porque siempre se dependía de las coordinaciones y decisiones que daban los jefes inmediatos”.

PREGUNTADO: “¿Manifiéstele al Despacho si le consta si el instructor Edgar Tovarí tenía que pedir permiso para ausentarse de clases y como se tramitaba este permiso?”. RESPUESTA: “Siempre si se va a ausentar tenía que pedir autorización porque si tenía horarios cruzados con grupos que estaba programado no podía dejarlos, tenía que previa autorización del coordinador o jefe inmediato”.

PREGUNTADO: “¿Manifiéstele al Despacho si le consta si el instructor Edgar Tovarí tenía que cumplir horarios impuestos por el SENA?”. RESPUESTA: “Si señor tenía que cumplir con unos horarios que se le entregaban según programación a cada instructor”.

PREGUNTADO: “¿Manifiéstele al Despacho si le consta y sabe quiénes eran los jefes con nombres del instructor Edgar Tovarí y que clase de vínculo contractual tenían con el SENA?”. RESPUESTA: “El jefe inmediato el subdirector de centro el

arquitecto William Orozco Daza, subdirector del centro de tecnologías y el coordinador académico el ingeniero Orlando Cortés”.

PREGUNTADO: *“¿Manifiéstele al Despacho si le consta si el instructor Edgar Tovaría trabajaba en igualdad de condiciones a un instructor de planta en lo referente a dictar clases y formación profesional?”. RESPUESTA: “Si me consta porque inclusive no identificaban quienes eran de planta y quienes ERAN de contrato, porque a todos nos reunían (...) y todos estaban citados”.*

- Preguntas parte demandada.

PREGUNTADO: *“¿Manifieste por favor a este Despacho porque le consta que el señor demandante Edgar Tovaría asistía todos los días a un horario determinado?”. RESPUESTA: “Porque yo era aprendiz y a mí me tocaba ir a clases a diferentes horarios, en el día, en la tarde o en la noche, entonces por ende me constaba que a él lo encontraba, lo veía (...) y durante las clases que yo tomaba me lo encontraba a él, yo como aprendiz y él como instructor (...)”.*

PREGUNTADO: *“Usted dijo en respuesta anterior que no existía autonomía administrativa dentro de las actividades que ustedes tenían, ¿usted le puede explicar a esta audiencia por favor para usted que es autonomía administrativa?”. RESPUESTA: “Hay una serie de actividades que maneja directamente el SENA que son autónomas de ellos y a nosotros solamente nos contratan para impartir formación profesional, a nosotros nos entregan unos contenidos, unos módulos específicos y simplemente nosotros lo que tenemos que hacer es cumplir con esa formación de cierta cantidad de horas y el horario determinado, nosotros no tenemos incidencia en modificar o adicionar cosas”.*

- Preguntas del Ministerio Público.

PREGUNTADO: *“¿Sabe usted o le consta cuanto era la carga horaria diaria del señor Tovaría?”. RESPUESTA: “Diaria no, semanal son 32 horas semanales que se deben de cumplir, independientemente de que tenga en la mañana, en la tarde o en la noche”.*

PREGUNTADO: *“¿Si le consta por ejemplo cuanto es la carga horaria de un instructor de planta y cuanto es la de un contratista?”. RESPUESTA: “A mí me consta actualmente que un instructor de planta son 32 horas semanales y un contratista, cuando yo fui contratista uno hacía hasta 40 horas o más, pero a uno lo que le reconocían eran sus 32 horas”.*

PREGUNTADO: *“En el caso del señor Tovarí este subdirector era el mismo supervisor de los contratos de prestación de servicios que el firmó?”. RESPUESTA: “El subdirector de centro es el representante legal y por ende era el único que firmaba todos los contratos para los contratistas, ya a su vez el coordinador académico era el que le hacía toda la programación y hay una persona profesional, supervisor de contratos adicional que es una figura que tiene el SENA para hacer seguimiento al cumplimiento de ello, de lo contrario no se autoriza ningún pago de honorarios por la prestación del servicio si no se ha hecho la revisión de este supervisor al coordinador académico”.*

Por su parte, del interrogatorio rendido por el señor Edgar Enrique Tovarí, quien para el momento de la declaración -13 de junio de 2017-, se desempeñaba como Instructor de planta del SENA, se destaca que: (i) labora a su servicio desde el año 2004; (ii) que todos los instructores de esa entidad, tanto los contratistas como los de planta, ejercen las mismas funciones de impartir formación y desarrollar los cursos que se les indica de acuerdo al programa que se les entrega; (iii) las horas prestadas al servicio de la entidad son verificadas por un superior y (iv) la entidad entrega como dotación la bata y el carnet de identificación.

De las declaraciones que preceden se extrae que el actor cumplía con un horario de trabajo de 32 horas semanales, bien sea en turnos de la mañana, tarde o noche, que cumplía órdenes de un superior –supervisor o coordinador- y que las funciones asignadas al contratista Edgar Tovarí son las mismas designadas a los instructores de planta.

En tal sentido, para este recinto judicial se refleja igualmente la subordinación y dependencia del Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA sobre las funciones del actor, circunstancia que a todas luces desvirtúa la autonomía e independencia en la prestación del servicio por parte del señor Edgar Enrique Tovarí Tovarí, teniendo

en cuenta que está comprobada la verdadera existencia de una relación laboral entre el actor y la entidad demandada, puesto que concurrieron los 3 requisitos, a saber: la prestación personal del servicio, la remuneración por los servicios prestados y principalmente el cumplimiento de sus labores bajo la subordinación o dependencia de la entidad.

En un caso de similares características el Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Segunda –Subsección “A”, en sentencia del 19 de enero de 2015, con ponencia del Consejero Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, demandante: Esteban Paternostro Andrade, demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA, expediente No. 47001-23-33-000-2012-00016-01(3160-13), adujo que se configuró la existencia de una relación laboral entre las partes al discurrir:

“(…)

Según los elementos de prueba obrantes en el plenario confrontados con la doctrina concerniente al contrato realidad, se encuentra que en el presente asunto se configuró una verdadera relación laboral entre el demandante y la Administración, a pesar de haber sido ocultada bajo la figura del contrato de prestación de servicios.

*Es así, como de las varias órdenes de trabajo y contratos de prestación de servicios que suscribió con el SENA, cuya ejecución encontró soporte en la certificación emitida por la Subdirección del Centro Acuícola y Agroindustrial del SENA y en el testimonio del docente de planta, surge evidente, que en el cumplimiento de la labor asignada en calidad de Instructor Docente, el actor adelantó todo el esfuerzo personal que la misma requería, situación que permite corroborar la presencia del elemento **prestación personal del servicio**.*

*De igual modo, percibió una **remuneración o contraprestación económica** por la labor personal que realizó al servicio del SENA, según la documental y testimonial referida, que estaba sujeta a la apropiación presupuestal de la entidad.*

*Así mismo, se configuró el elemento **subordinación y dependencia**, comprobado en la intemporalidad de la relación, en el cumplimiento de funciones y horarios de trabajo propios de la entidad, con desarrollo de idénticas funciones a las asignadas a los instructores de planta.*

En efecto, las probanzas evidencian que la función desplegada por el accionante no fue de carácter transitorio o esporádico -característica propia del contrato de prestación de servicios-, sino que por el contrario, se trató de una relación prolongada en el tiempo, como lo demuestran los diversos contratos y órdenes celebradas entre ambas partes desde el 7 de febrero de 1996 hasta el 3 de febrero de 2009- fecha de la última orden de trabajo-, que permiten entrever que la contratación se produjo con el ánimo de emplearlo de modo permanente, pero, en franco desconocimiento de sus derechos salariales y prestacionales de

carácter irrenunciable y en abierta pugna, no sólo con la ley⁴ y con la jurisprudencia sino también con el principio constitucional de igualdad. (...)

Ahora bien, una vez esclarecida la verdadera la relación laboral que existe entre las partes, es importante señalar además que el Consejo de Estado⁵ ha dado un trato especial a la labor docente, en los términos que pasan a citarse:

(...)

DE LA SITUACION PARTICULAR DE LOS DOCENTES

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

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

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

(...)

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

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

No es entonces la labor docente independiente y siempre corresponde a aquella que de ordinario desarrolla la administración pública a través de sus

⁴ El artículo 2º del Decreto 2400 de 1968, modificado por el Decreto 3074 del mismo año, norma que se encuentra vigente, dispuso: “Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural. // Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo. // Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República. // Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.// 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”.

⁵ Consejo de Estado, sentencia del 01 de septiembre de 2014, con ponencia del consejero Alfonso Vargas Rincón, en el proceso No. 200012331000201100503.

autoridades educativas, pues no de otra manera puede ejercerse la enseñanza en los establecimientos públicos educativos, sino por medio de los maestros.

(...)

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

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

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

(...)”. (Negrillas fuera del texto).

Del precedente jurisprudencia se colige, que por el hecho de prestar sus servicios como docente de la entidad queda desvirtuada la existencia de un contrato de prestación de servicios, en consideración a que el único modo de impartir formación es de manera personal en acatamiento de las permanentes directrices de la entidad, del pñsum académico y del calendario escolar, además del sometimiento del cumplimiento de las políticas que fije el Ministerio de Educación, circunstancias que permiten que la subordinación y dependencia se encuentren inmersas en la labor que desempeña.

Bajo las anteriores consideraciones, se reitera entonces que entre el señor Edgar Enrique Tovarí Tovarí y el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA, existió una verdadera relación laboral, la cual se encontraba oculta por un contrato de prestación de servicios, por lo cual este Despacho pasará a verificar si en el asunto de la referencia se configura la prescripción extintiva de los contratos suscritos.

- Prescripción extintiva del derecho en contrato realidad

La prescripción “tiene que ver con el deber de cada persona de reclamar sus derechos en un tiempo prudencial el cual está fijado en la Ley, es decir, que para reclamar los

*derechos que se consideran adquiridos se debe respetar el lapso establecido para el efecto, so pena de perderlos*⁶; no obstante, en los asuntos que refieren a la declaración de la existencia del contrato realidad, el Consejo de Estado mediante sentencia del 25 de agosto de 2016, con ponencia del consejero Carmelo Perdomo Cuéter, dictada dentro del proceso No. 230012333000201300260011, unificó lo que atañe al asunto al discurrir:

“(…)

Si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de la “...primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales” (artículo 53 constitucional), se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador. Pero en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios. Pese a lo expuesto, la Sala aclara que la prescripción extintiva no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales.

(…)”.

Con lo anterior, la honorable Corporación de lo Contencioso Administrativo dispuso que: (i) el interesado debe solicitar la existencia de la relación laboral y como consecuencia el reconocimiento y pago de los derechos laborales a que haya lugar dentro de los tres (3) años contados a partir de la terminación del último contrato de prestación de servicios, de conformidad con las previsiones de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969; (ii) en los contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y con un lapso de interrupción entre uno y otro, la prescripción debe contabilizarse a partir de la fecha de terminación de cada uno de ellos y (iii) el fenómeno jurídico de la prescripción no es aplicable a los aportes para pensión, por tratarse de un derecho pensional imprescriptible y que se causa día a día.

⁶ Consejo de Estado, en providencia del 13 de mayo de 2015, Magistrada Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, dentro del proceso No. 680012331000200900636 01

En ese sentido, el Despacho procede a verificar si en el presente asunto se configura el fenómeno jurídico de la prescripción extintiva del derecho, razón por la cual, se encuentra demostrado que el último contrato de prestación de servicios que corresponde al No. 899 del 12 de agosto de 2011, finalizó el 16 de diciembre del mismo año de conformidad a lo señalado en el acta de terminación del mismo obrante a folio 177 del cuaderno de antecedentes administrativos.

Así las cosas, se advierte que la parte actora tenía hasta el 16 de diciembre de 2014, para reclamar la existencia de una relación laboral y el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, no obstante, se evidencia que radicó escrito en ejercicio del derecho de petición ante la entidad demandada solo hasta el 28 de agosto de 2015, tal como se evidencia a folios 3 a 5 del expediente, esto es, transcurridos más de tres años, motivo que impondrá declarar la prosperidad de la excepción de prescripción extintiva del derecho respecto de las prestaciones sociales.

No obstante lo anterior y acogiendo el criterio esbozado en la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de agosto de 2016, se ordenará que el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA tome el ingreso base de cotización del demandante (honorarios pactados) mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar al sistema integral de seguridad social en pensiones, cotizar la suma faltante solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, para lo cual el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó durante su vínculo contractual y, en caso de no haberlas hecho o existir diferencias en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajador⁷, por el periodo trabajado entre el 27 de diciembre de 2003 y el 16 de diciembre de 2011 (descontando los días de interrupción).

En consecuencia:

- (i) Se decretará la nulidad del Oficio No. 2-2015-053272 del 23 de septiembre de 2015, mediante el cual se negó al actor el reconocimiento de la

⁷ Así lo explicó el Consejo de Estado en sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016, con ponencia del consejero Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso No. 23001233300020130026001.

existencia de una relación laboral;

- (ii) Se ordenará al Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA tomar (durante el tiempo comprendido entre el 27 de diciembre de 2003 y el 16 de diciembre de 2011, salvo sus interrupciones) el ingreso base de cotización (IBC) pensional del demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por lo que el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador;
- (iii) Se declarará que el tiempo laborado por el demandante como instructor bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios suscritos con el SENA desde el 27 de diciembre de 2003 hasta el 16 de diciembre de 2011, salvo sus interrupciones, se debe computar para efectos pensionales; y
- (iv) Se negarán las pretensiones relacionadas con el pago de cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios de junio y diciembre, prima de navidad, prima de vacaciones, prima quinquenal y demás prestaciones sociales, por haber operado la prescripción trienal.

Las sumas que resulten del reconocimiento de los aportes para pensión, deberán ser actualizadas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE y con indexación al valor teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de

precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período, como se indicó en la parte motiva de la presente providencia.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Por último, en lo referente a la condena en costas, se considera que la misma procede al ser vencida una parte en el proceso y cuando hubiese asumido una conducta que a juicio del juzgador, la haga acreedora a esa sanción, tal y como lo dispone el artículo 188 del CPACA en concordancia con el artículo 365 del CGP. No obstante, no se evidenció que la entidad demandada en el curso del proceso haya actuado con temeridad, dolo o mala fe, razón por la cual no se impondrá condena.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Dos (52) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO.- Declarar la nulidad del Oficio No. 2-2015-053272 del 23 de septiembre de 2015, expedido por Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA, mediante el cual se negó al actor el reconocimiento de la existencia de una relación laboral.

SEGUNDO.- Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, condenar al Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA tomar (durante el tiempo comprendido entre el 27 de diciembre de 2003 y el 16 de diciembre de 2011, salvo sus interrupciones) el ingreso base de cotización (IBC) pensional del demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por

lo que el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora, tal como se indicó en la parte motiva.

TERCERO.- Las sumas que resulten del reconocimiento de los aportes para pensión, deberán ser actualizadas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE y con indexación al valor teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad, y así sucesivamente.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

CUARTO.- Se niegan las pretensiones relacionadas con el pago de cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios de junio y diciembre, prima de navidad, prima de vacaciones, prima quinquenal y demás prestaciones sociales, por haber operado la prescripción trienal.

QUINTO.- Declárase que el tiempo laborado por el señor Edgar Enrique Tovaría Tovaría al Servicio Nacional de aprendizaje –SENA como instructor bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, desde el 27 de diciembre de 2003 hasta el 16 de diciembre de 2011, salvo sus interrupciones, se debe computar para efectos pensionales.

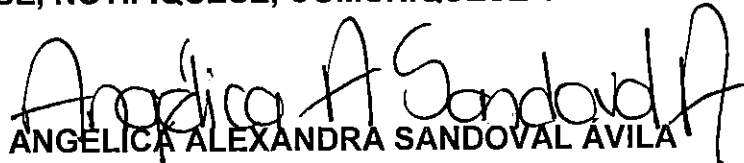
SEXTO.- Dése cumplimiento a la presente providencia con observancia de los términos establecidos para ello por los Artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SÉPTIMO.- Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVO.- Sin lugar a condena en costas.

NOVENO.- Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría expídase a costa de la parte Demandante copia auténtica con constancia de notificación, de ejecutoria y de que presta mérito ejecutivo del fallo de primera instancia. Así mismo, expídasele copia auténtica del fallo para que comunique al Ministerio Público y a la Entidad Accionada. Una vez se entreguen las copias requeridas, por secretaría, déjese las anotaciones de rigor en el expediente. Igualmente, devuélvase a la Parte Actora, si lo hubiera, el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso (Acuerdo 115 de 2001 y 2165 de 2003) y archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ANGELICA ALEXANDRA SANDOVAL AVILA
Juez

C.A.

JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA- Hoy 22 de noviembre de 2017 se notifica la providencia anterior por anotación en el ESTADO No. <u>82</u>.  _____ ERVIN ROMERO OSUNA Secretario
