

Cartagena de Indias D.T y C., treinta (30) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-004-2013-00406-01
Demandante	ÁLVARO BORRE TORRES
Demandado	SENA – REGIONAL BOLÍVAR
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	Contrato realidad – demuestra los elementos de la relación laboral

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del 24 de mayo de 2016, adicionada el 23 de agosto de 2016, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por ÁLVARO BORRE TORRES, por conducto de apoderado judicial.

2.2.- Demandado

La acción está dirigida en contra del SENA- REGIONAL BOLÍVAR.

2.1. La demanda¹.

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, ÁLVARO BORRE TORRES, instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra del SENA – REGIONAL BOLÍVAR, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

¹ Folios 1-14

2.2. Pretensiones

“1. Que se declare la nulidad del acto administrativo:

- *Acto Administrativo No. 2-2013-002494 del 18 de junio de 2013, mediante el cual se resuelve rechazar la reclamación administrativa presentada por interpuesta abogado el día 30 de mayo de 2013 y en consecuencia se denegaron las pretensiones formuladas.*

2. Como consecuencia de lo (sic) anterior nulidad, y a título de restablecimiento del derecho e indemnización por no pago:

- *Se declare la existencia del contrato realidad entre ÁLVARO JOSE BORRE ARRIETA y Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA REGIONAL BOLÍVAR, durante el tiempo que ejerció como instructor de ese establecimiento público del orden nacional.*
- *Que se condene en virtud de lo anterior declaración al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA- REGIONAL BOLÍVAR, a reconocer y pagar a mi poderdante, las sumas dejadas de recibir por concepto de las prestaciones sociales pertinentes (Cesantías, intereses a la cesantías, prima, vacaciones), los porcentajes de cotizaciones al sistema de seguridad social integral y caja de compensación familiar, al igual de todo aquello que se desprenda de al relación laboral que existió.*
- *Que se condene al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA REGIONAL BOLÍVAR, reconocer intereses moratorios sobre los valores correspondientes al total de prestaciones reconocidas, desde el momento en que debían reconocerse hasta la fecha del pago efectivo. “*

Los anteriores pedimentos se sustentan en los siguientes

2.3 Hechos

Señala el accionante que, laboró en el SENA, en el cargo de instructor en el área de producción agropecuaria, labor que realizó en diferentes partes de la geografía del Departamento de Bolívar, a través de los contratos o ordenes de servicio o trabajo identificados con los números 267 de 2008; 245 de 2009; 547 de 2010; 309 de 2011 y 236 de 2012.

Explica que estaba obligado a realizar labores tendientes al manejo, producción, mejoramiento y todas aquellas actuaciones relativas a la producción agropecuaria; nunca tuvo autonomía para ejercer sus funciones a cabalidad, pues siempre seguía un derrotero académico y practico otorgado por el SENA

Que siempre estuvo supeditado a las directrices que le ordenaba el servicio nacional de Aprendizaje, cumplía el horario que se establecía por la demandada, además que dicha entidad proporcionaba los elementos de trabajo para el ejercicio de sus funciones. Además, que percibía un salario

como contraprestación del servicio, y la labor la realizaba de manera personal, configurándose así los elementos de una relación de trabajo.

Que el 30 de mayo de 2013, elevó petición solicitando que se reconocieran y pagaran las prestaciones sociales pertinentes (cesantías, prima de vacaciones, intereses a las cesantías, los porcentajes de cotizaciones al sistema de seguridad social integral de compensación familiar, al igual que todo aquello que se desprenda de la relación laboral que realmente existió.

Finalmente el SENA, mediante el acto administrativo No. 2-2013-002494 de 18 de junio de 2013, resolvió rechazar la reclamación administrativa presentada, en consecuencia, denegó las pretensiones formuladas.

2.4. Normas violadas y concepto de la violación

Constitución Política	artículos 2, 6, 13, 25, 53, 122, 123 y 125
Decreto 3135 de 1968	
Decreto 1848 de 1968	
Decreto 1042 de 1978	
Ley 80 de 1993	artículo 32 numeral 3

2.4.1 Concepto de la violación

Explica que se transgredieron las disposiciones constitucionales citadas, por cuanto se desconocieron las obligaciones en ella contenidas respecto de dar protección especial al trabajo, como derecho fundamental de los administrados, todos los ciudadanos, tiene derecho a exigir del Estado que se les trate en igual de condiciones y más aún en virtud de las actividades que prestan respecto de sus iguales.

Que el demandante prestó sus servicios al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, a través de órdenes de trabajo o contratos de prestación de servicios, ocultando con ellos por parte del establecimiento del orden nacional una verdadera relación laboral, contrariando así la normatividad y la jurisprudencia del máximo Tribunal de la Jurisdicción Constitucional y Contenciosa Administrativo.

Igualmente expresa que del material probatorio que se pretende hacer valer dentro de la respectiva etapa procesal, se logra claramente deducir el cumplimiento de los requisitos esenciales para la configuración de un contrato realidad a la luz del artículo 53 de la Constitución, esto, es la prestación personal del servicio, sin que pudiera en ningún momento ceder total o

parcialmente sus funciones a una tercera persona, sin previa autorización,; la remuneración respectiva, esto es la contraprestación por los servicios que este prestaba como instructor.

Con relación a la subordinación y dependencia, este elemento se encuentra presente entre el señor ÁLVARO BORRE ARRIETA y el SENA , por cuanto debía solicitar permiso para asentarse de lugar de trabajo, cumplir una jornada laboral, dada la cantidad de horas y la imposibilidad de hacerlo en horas diferentes a las diurnas y atender las directrices asignadas por la demandada, asistiendo a reuniones mensuales convocada por los jefes inmediatos, a quien rendía informes de trabajo conforme a los programas que se asignaban e imponían por el SENA.

2.5 Contestación

El SENA² se opone a la prosperidad de las pretensiones, solicitando se denieguen las suplicas de la demanda y se condene en costas y perjuicios a la parte demandante.

- **Acerca de los hechos**

Respecto de los hechos, admite parcialmente como ciertos, bajo el argumento que entre el demandante y el SENA nunca existió una relación de naturaleza laboral, si no eminentemente contractual.

- **Excepciones**

Como excepción propuso la demandada la siguiente:

Inexistencia de la obligación y del demandado Servicio Nacional de Aprendizaje SENA

Resalta que la vinculación del demandante con el SENA, fue a través de Contratos de Prestación de Servicios y no mediante un contrato de Trabajo; que un contrato de prestación de servicio no supone las mismas condiciones, ni requisitos de un contrato laboral, puesto que en el caso de un contrato de prestación de servicios, la obligación es de hacer algo, mas no de cumplir un horario, no de tener una subordinación permanente, este tipo de contratos no genera relación laboral, no prestaciones sociales y se celebra por un término preestablecido.

² Folios 68-82

Prescripción

Señala que cualquier petición sobre prestaciones sociales y otro emolumentos que supere los 3 años, ha operado el fenómeno de la prescripción, por lo que solicita se sirva declarar probaba esta excepción.

Buena fé

Que el SENA al suscribir las ordenes y contratos de prestación de servicios con el actor, lo hizo bajo el entendió que éste la ejecutoriaría de buena fe y por consiguiente se obliga al cumplimiento de lo pactado en sus cláusulas por lo que no es dable entonces, predicar la existencia de un vinculo de carácter laboral, cuando el mismo demandante manifestó su voluntad de prestar sus servicios mediante unos contratos regidos por la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios, además que en el plenario no obra probanza alguna que permita inferir que los mismo no fueron ejecutados en la forma allí pactada.

Cobro de lo no debido

Indicando que, el demandante solicita el pago de prestaciones sociales y acreencias laborales, como si estuviera desempeñando un cargo para que no fue contratado, y que jamás desempeñó, por lo tanto, no existe causa jurídica para dicha reclamación, pues desempeñó el objeto por el cual fue contratado que corresponde a las de impartir formación en programas de artesanías.

- **Razones de la Defensa**

Expresa que las ordenes de prestación de servicios que regularon su relación, se confirieron para un objeto preciso y por un número de horas determinadas, sin que existiera subordinación o relación de dependencia, pues, u celebración se dio en razón del predominio de los conocimiento del demandante y de la carencia de personal de planta dentro de la entidad, aplicando en su selección las estrictas normas de la Ley 80 de 1993.

Afirma que dentro de las obligaciones de ese tipo de contratos estatales, era obvio que el contratista cumpliera aquellos encargos que le hizo la institución, para impartir las actividades de formación a un específico grupo de discentes, para cuya realización también resultaba necesario que adelantara una serie de actividades dentro de un horario establecido, para constatar la debida observancia de las cláusulas acordadas, debías ser supervisadas las actividades desarrolladas.

Que no se configuró una relación laboral sino una prestación de servicios, caracterizada por la independencia y autonomía del contratista, de la cual no emergen derechos prestacionales de índole alguna.

III. – SENTENCIA IMPUGNADA³

Por medio de sentencia del 24 de mayo de 2016, adicionada mediante providencia 23 de agosto de 2016⁴, la Juez Cuarta Administrativo del circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, y decidió acceder a las pretensiones de la demanda.

La Juez *A quo*, consideró que el señor ÁLVARO BORRE ARRIETA, tiene derecho al pago de las prestaciones sociales reclamadas, por cuanto acreditó en el proceso la existencia de los tres elementos propios de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación.

Explicó que dada la naturaleza de la labor para la cual fue contratado, debía ejecutarla personalmente el demandante, a efectos de cumplir con las funciones encomendadas, no existiendo duda que las actividades realizadas por el actor, recibió una remuneración, pues se aportaron los respectivos comprobantes de egresos, que dan cuenta del pago por la ejecución del contrato y con relación a la subordinación existieron circunstancias que determinan la existencia del elemento, como lo es la naturaleza de la labor desempeñada y las funciones realizadas por el contratista en desarrollo del objeto contractual.

Que la función del SENA se contrae en ofrecer y ejecutar programas para la formación profesional integral, para la incorporación y el desarrollo de las personas en actividades productivas que contribuyan al desarrollo social, económico y tecnológico del país, por lo tanto, el instructor del SENA es un servidor que desempeña labores propias de la docencia, entendidos estas, para el caso específico, de la misión de la entidad, como aquellas que promueven la capacitación de las personas para ser ofrecidas al mercado laboral.

Concluyendo que, revisado el recuento normativo y jurisprudencial, de cara a los supuestos fácticos de la demanda y al acervo probatorio, entre el señor ÁLVARO JOSE BORRE ARRIETA y el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, existió una verdadera relación laboral, no existiendo prescripción, porque la

³ Folios 228-245

⁴ Folios 262-263

reclamación ante la entidad la realizó el 30 de mayo de 2013, es decir, 11 meses, después de su terminación definitiva contractual, pues el último contrato término el 30 de junio de 2012.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN⁵

Indica la recurrente que la prueba testimonial no son en efecto contundentes, toda vez que el testigo no manifestó de manera clara y concisa su conocimiento directo sobre el contrato de prestación de servicio, suscrito entre el demandante y el SENA, así como tampoco demostró el conocimiento expreso sobre las obligaciones realizadas en aras de dar cumplimiento al contrato; no fue precisa además, la intervención del testigo en cuanto a señalar la supuesta subordinación, amen que no fue directo al señalar la jornada laboral que el contratista supuestamente cumplía.

Advierte que las jornadas anuales, mensuales y semanales señaladas por la parte demandante, están por debajo de la jornada laboral prevista en la legislación vigente para quienes tiene una relación legal y reglamentaria con el SENA, situación que evidencia una total diferencia con los servidores públicos que por ley están obligados a prestar sus servicios en jornadas fijas y que no son de libre disposición por ellos.

Insiste que por el hecho de cumplir horarios y ciertas actividades orientadas con la entidad, no puede asegurarse automáticamente que haya subordinación, en la medida que dentro del desarrollo y ejecución del objeto contratado, en cualquier contrato estatal de prestación de servicios, es imperativo que las partes coordinen actividades ya que la entidad estatal contratante no está obligada a recibir lo que a voluntad el contratista presente como cumplimiento de lo pactado.

No comparte la sentencia, cuando la Aquo considera que la labor realizada por el señor ÁLVARO BORRE ARRIETA, no era independiente y autónoma, consolidándose una relación de subordinación, por cuanto ésta situación no fue dada dentro de la prestación del servicio por actor, ya que se puede determinar con exactitud que el demandante se encontraba sometido a lo estatuido por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993; no se tomó en cuenta que la actividades desplegada por los mencionados funcionarios se derivan del cumplimiento de las cláusulas que acordaron las partes, y hace referencia a la supervisión de los contratos de prestación de servicios como obligación inherente a la contratación estatal.

⁵ Folios 265-271 cdno. 2

Finaliza manifestando que la vinculación del señor BORRE ARRIETA con el SENA, es de carácter contractual administrativa (contratos de prestación de servicios – contratistas), que no generan relación laboral, ni prestaciones sociales, por tanto, no puede alegarse que los servicios prestados a la entidad demandada, lo haya efectuado bajo la dependencia de la misma.

V.- TRÁMITE PROCESAL

Por auto calendarado 7 de octubre de 2016⁶ se concedió el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada; con providencia del 19 de diciembre de 2016⁷, se dispuso la admisión de la impugnación en este Tribunal; y, con providencia del 5 de mayo de 2017⁸, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Alegatos de la parte demandante⁹

Con escrito del 22 de mayo de 2017, el demandante alegó de conclusión, advierte esta Corporación que dicho memorial fue aportado de manera extemporánea al proceso, atendiendo a que el término para el mismo corrió del 9 al 19 de mayo de 2017, puesto que la notificación del auto de alegatos, se realizó a las partes el 8 de mayo de 2017¹⁰.

6.2. Alegatos de la parte demandada¹¹

La apoderada de la parte demandada dentro del término legal, presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuesto en el recurso de apelación, insistiendo entre el demandante y el SENA existió una relación contractual regida por la Ley 80 de 1993.

6.3 Ministerio Público:

⁶ Folios 276-277 cuaderno 2º

⁷ Folio 4 C. 2ª instancia

⁸ Fol. 8 C. 2ª instancia

⁹ Folios 12-14 C. 2ª Instancia

¹⁰ Folios 9 – 11 C 2ª Instancia

¹¹ Folios 21-30

El Procurador 130 Judicial II se declaró impedido, con fundamento en la causal 4º del artículo 130 del CPACA y se declaró fundado por auto de 28 de julio de 2017¹²

VII.- CONSIDERACIONES

7.1. Control de legalidad

Tramitada la segunda instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes.

7.2. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

7.3 Acto administrativo demandado.

En el presente asunto, es el acto administrativo contenido en el oficio No. 2-2013-002494 de 18 de junio de 2013, mediante el cual se resuelve rechazar la reclamación administrativa presentada el 30 de mayo de 2013.

7.4 Problema jurídico.

La parte recurrente sostiene que no está demostrado los tres requisitos indispensables para la existencia de un vínculo laboral, los cuales son la subordinación, remuneración y prestación personal del servicio, por lo que el señor ÁLVARO BORRE ARRIETA no tiene derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, durante el cual lo que existió fue contratos de prestación de servicios, con fundamento en la Ley 80 de 1993.

El problema jurídico se planteará, así:

Establecer si entre el señor ÁLVARO BORRE ARRIETA y el SENA, surgió una relación de carácter laboral, en virtud de los contratos de prestación de servicios celebrados entre estos.

7.5. Tesis

¹² Folio 17-18 Ibidem

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia, en razón a que el demandante demuestra la existencia de la relación laboral, de forma que procede la declaratoria de nulidad del acto demandado, con fundamento en que el actor logra acreditar la existencia de una verdadera relación laboral, es decir, que se engrandece el principio de la realidad sobre las formas, de la cual se genera el reconocimiento y pago de las prestaciones reclamadas.

Con el objeto de dar solución a los problemas jurídicos propuesto, es necesario que la Sala analice, lo siguiente: (i) los contratos de prestación de servicios de educadores en establecimiento públicos; (ii); docente o catedráticos ocasionales o por horas; (iii) el caso concreto y (iv) conclusión.

7.6. Marco normativo y Jurisprudencial

7.6.1. Contrato de prestación de servicio en docentes

Nuestro máximo Tribunal Contencioso con relación a los Contratos de Prestación de Servicio y los educadores que laboran en establecimientos públicos, ha dicho¹³:

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

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

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

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

¹³ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCION A Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCÓN, 1 de septiembre de 2014. Radicación número: 20001-23-31-000-2011-00503-01(3517-13)

formal autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional, en los términos que determine el reglamento ejecutivo."

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

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

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

El artículo 45 del Decreto 2277 de 1979 o Estatuto Docente señala que a los docentes les está prohibido abandonar o suspender sus labores injustificadamente o sin autorización previa, (...)

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

Reza así la citada disposición:

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

Ahora bien, por su parte la Corte Constitucional, con relación a los docentes que

prestan el servicio, por contratos de prestación de servicio, ha expresado¹⁴:

“...Desde el punto de vista de la actividad material que ejecutan los docentes-temporales, no parece existir diferencia respecto de la que realizan los docentes-empleados públicos. Si no se encuentra una diferencia, entre estos dos supuestos, edificada sobre un criterio de comparación que sea razonable, perdería plausibilidad el régimen jurídico asimétrico que, en las condiciones ya referidas, la ley contempla y el cual, en los aspectos principales (remuneración, prestaciones, derechos y obligaciones), es más favorable para los docentes-empleados públicos...”

*...
Hasta tal grado no existen diferencias entre los dos supuestos estudiados - actividad de los docentes temporales y actividad de los docentes-empleados públicos -, que la única particularidad que exhiben los últimos respecto de los primeros es la de recibir un trato de favor emanado del régimen legal, cuya aplicación exclusiva, en estas condiciones, queda sin explicación distinta de la concesión de un privilegio. Lo que a menudo constituye la otra cara de la discriminación, cuando ella es mirada desde la óptica de los excluidos....”*

7.6.2. Docentes o Catedráticos ocasionales o por Horas

Ahora bien, como en el caso en estudio se trata de un docente por horas, esta Corporación, se referirá sobre el tema y para una mejor ilustración, se anota lo que el Consejo de Estado ha señalado en un caso similar al que nos ocupa:

“Esta Corporación¹⁵ ha señalado que los profesores de cátedra también tienen una relación laboral subordinada por cuanto cumplen una prestación personal del servicio. Igual que los profesores de tiempo completo, de medio tiempo o los llamados ocasionales, ellos devengan una remuneración por el trabajo desempeñado y están sujetos a una subordinación, como se les exige a los otros, con horarios, reuniones, evaluaciones, etc. contemplados en el reglamento. Dada la similar situación de hecho que identifica la misma relación de trabajo subordinado de estos servidores públicos debe corresponderles el mismo tratamiento en cuanto a prestaciones sociales, que deben pagárseles proporcionalmente al trabajo desempeñado, pues otro tratamiento desconocería el principio de igualdad y de justicia y sería evidentemente discriminatorio.

¹⁴ Sentencia C-555 de 1994.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia 5 de octubre de 2006, Consejero Ponente doctor Jesús María Lemos Bustamante, número interno 2578-2003, actor Hugo Ramón Martínez Arteaga.

Igualmente la Corte Constitucional¹⁶ señaló que al igual que los catedráticos, cumplen las mismas funciones que un profesor de planta, además deben acreditar para efectos de su vinculación similares requisitos de formación y experiencia, y tienen las mismas obligaciones que los docentes empleados públicos; la diferencia con aquellos estriba en su forma de vinculación, a través de resolución, y en la temporalidad de la misma, lo cual no justifica que se le restrinjan sus derechos como trabajador. Textualmente señaló:

Si su vinculación es transitoria, el reconocimiento de las prestaciones sociales será proporcional al término de la misma, pero no se podrá negar, pues ello además de contrariar el principio de igualdad que consagra la Constitución, atenta contra lo dispuesto en el artículo 25 de la Carta, en el sentido de que "...toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.", las cuales no se dan en un régimen que establece similares obligaciones para unos y otros profesores, pero restringe los derechos y prerrogativas de los ocasionales, vulnerando la dignidad de dichos docentes, que se ven privados del derecho al descanso remunerado, a las primas de servicios y de maternidad, a la cesantía, que precisamente pretende proteger al trabajador en los lapsos en que éste se encuentre desempleado, entre otros, además de ser excluido de los programas de capacitación y mejoramiento profesional.

(...)

No se encuentra fundamento constitucional que justifique la negación expresa que hace la disposición demandada, del derecho que tienen los profesores ocasionales, en tanto trabajadores al servicio del Estado, al reconocimiento, obviamente proporcional, de las prestaciones sociales que consagra la legislación laboral, mucho menos, cuando ellas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la C.N. constituyen beneficios mínimos irrenunciables:

La regulación anterior aplicable a los Instructores del SENA, establece que dicha entidad tiene como función permanente impartir formación laboral y profesional certificando a los estudiantes que cursan los programas y cursos que imparte; define la educación como todos aquellos procesos especializados tendientes a la obtención de certificados, títulos o grados; e indica que el cargo de Instructor coordina y ejecuta actividades académicas.

Conforme con la normativa citada, la función prestada por el SENA a través de los Instructores se orienta a una formación integral, profesional y laboral certificando a sus estudiantes, o sea, que por estas características y su naturaleza se clasifica dentro de un sistema de educación no formal. No puede ser otra su categoría pues no hace parte de los niveles propios de educación formal establecidos en el artículo

¹⁶ Sentencia C-006 de 1996, Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz

11 de la Ley 115 de 1994 (preescolar, educación básica y educación media) ni se cataloga dentro de la definición de educación informal, regulándose en lo concerniente por las normas generales del Servicio Público de Educación."
(Subrayas fuera de texto)

Para reforzar estos planteamientos, se procederá a analizar la existencia de cada uno de los elementos que permiten presumir la existencia de una relación de naturaleza laboral, es decir, la prestación personal de un servicio de manera subordinada y a cambio de una remuneración.

7.7. Caso concreto

7.7.1. Hechos probados

De las pruebas aportadas y presentadas de manera oportuna, se tienen como hechos probados los siguientes:

- Certificación expedida por la Subdirectora del centro Agroempresarial y Minero del SENA, que da cuenta que el demandante prestó sus servicios mediante contrato de prestación de servicios No. 00547 de 2010 por el término de 1 mes y 8 días (folio 36)
- Certificación expedida por el subdirector de servicios del centro de Agro empresarial y Minero – Sena, que da cuenta que el demandante prestó sus servicios mediante contrato de prestación de servicios No. 00245 de 2009 por el término de 5 meses y 10 días (folio 41)
- Certificación expedida por la Coordinadora del Grupo de Apoyo Administrativo mixto – SENA, que da cuenta que el demandante prestó sus servicios mediante contrato de prestación de servicios No. 000267 de 2008 por el término de 3 meses (folio 46)

Igualmente se acreditó que el demandante ÁLVARO JOSÉ BORRE ARRIETA suscribió con el SENA contratos de prestaciones de servicios, los cuales se relacionan a continuación:

No. OPS	Periodo	Valor	Remuneración	Folios
No. 000267 de 25 de julio de 2008 y su adición.	3 meses	\$7.188.000.00	Planillas de pago (comprobantes de egresos)	(47 a 51 y 89 a 93) (94 a 98)
No. 000245 de 13 de julio	5 meses y 10	\$13.545.000.00	Planillas de pago e informe	(42 a 45 y 100 a 104)

de 2009	días		del contratista y certificado permanencia	(105 a 122)
No. 000547 de 10 de noviembre de 2010	1 mes y 8 días	\$2.761.333.00	Planillas de pago e informe del contratista y certificado de permanencia	(37 a 40 y 124 a 126) (127 a 132)
No. 000309 de 17 de marzo de 2011	3 meses y 13 días	\$7.709.207.00	Planillas de pago e informe del contratista y constancia de permanencia	(32 a 35 y 134 a 138) (139 a 153)
No. 000236 de 8 de febrero de 2012, adicionado con fecha 25 de julio de 2008	5 meses	\$13.000.000.00	Planillas de pago e informe del contratista y constancia de permanencia	29 a 31 y 155 a 157 160 a 192

7.7.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial expuesto

Para resolver el problema jurídico planteado, es preciso tener en cuenta los presupuestos que regulan el contrato realidad y con fundamento en el antecedente jurisprudencial se entrara a analizar los elementos que demuestran la relación laboral, así:

La Prestación Personal Del Servicio

Analizando la relación jurídica que mantuvo el demandante con la parte demandada, la cual tuvo su origen en diversos contratos de prestación de servicios, tal como puede apreciarse en el cuadro anterior, donde la actividad u objeto de los contratos por parte de la contratista era la de asesor, tutor en el programa de jóvenes rurales, para entrenar y desarrollar los módulos de minas anti persona, gestión empresarial y proyectos agrícolas, dividido en horas de trabajo. Igualmente prestó los servicios profesionales de

carácter temporal como instructor impartiendo formación en el área de de producción pecuaria, en el Departamento de Bolívar.

El Contrato anterior coincide con la certificación que expidió la subdirectora del centro Agroempresarial y Minero del SENA¹⁷, donde el objeto de contrato es la prestación de servicios profesionales como instructor, impartiendo formación complementaria en el área de producción Pecuaria, desarrolladas en el Departamento de Bolívar.

De lo anterior, se desprende que las labores desempeñadas por el actor, lo eran en forma personal y directa y las labores desempeñadas por el demandante era como instructor¹⁸, como asesor tutor de programas rurales¹⁹, formador de jóvenes rurales emprendedores en granjas autosostenibles²⁰, es decir, está probado que el actor prestó en forma personal, que no daba lugar a la liberalidad horaria; pues cumplía con una intensidad horaria y una permanencia en el lugar, aspecto que corrobora las certificaciones o constancia de permanencia que reposan en el expediente.

De esta forma, el primer elemento, emerge al rompe del contenido de los contratos señalados para que se pueda presumir la existencia de una relación laboral, es decir, la prestación del servicio en forma personal, se puede tener como probado.

Paso seguido, la Corporación entra a analizar la existencia del elemento remuneración.

La Remuneración

La lectura de las órdenes de prestación de servicios que militan en el expediente, permitió observar que en todas ellas se fijó una cláusula en la que se señala el valor de las sumas de dinero que se pagarían como resultado de la prestación del servicio pactado en cada una de estas manifestaciones de voluntad, lo que permite inferir sin ambages que el servicio fue adquirido por el SENA a título oneroso; acreditado dicho pago con los comprobantes de egresos y órdenes de pago que se acompañan con los contratos de prestación de servicios.

Así las cosas; está acreditado que al demandante le cancelaron los honorarios o sumas de dinero por los servicios prestados, luego entonces, los pagos que se efectuaron al demandante se tienen entonces como

¹⁷ Folio 36

¹⁸ Folio 37

¹⁹ Folio 89

²⁰ Folio 155

remuneración y por ende procede tener por demostrado el segundo elemento necesario para que obre la presunción de existencia de un vínculo laboral.

Pasa el Sala, a analizar la existencia del elemento subordinación.

La Subordinación

Como antes se acotó, las funciones o actividades desplegadas por el señor ÁLVARO JOSE BORRE ARRIETA, consistían en ser instructor en el área pecuaria, tutor en distintos programas dirigidos a jóvenes ubicados en la zona rural del departamento de Bolívar, específicamente en el objeto de los Contratos de Prestación de Servicio suscritos por el demandante con el SENA se indicó:

- Contrato de Prestación de Servicio No. 267 de 2008 – 600 horas de formación (folios 89-92)

“Primera: Objeto: EL CONTRATISTA se compromete a prestar los servicios como Asesor tutor en el programa de Jóvenes Rurales para entrenar y desarrollar los módulos de Minas Antipersonas (30 horas) y Gestión Empresarial y Proyectos (170 horas) desglosado de la siguiente manera: 20 horas de Mentalidad Empresarial, 20 horas de Fundamentos de Administración, 30 horas de Mercadeo, 40 horas de Contabilidad y Costos y 60 horas de Formulación de Proyectos, en el curso de: Cría de Gallinas Ponedoras con énfasis en Producción de Huevos Criollos (200 horas) en el municipio de San Martín de Loba (El Baral), para un total de 400 horas. Asesorar y acompañar la formulación de desarrollo del proceso, de conformidad con el plan específico de contratación y la oferta presentada por el contratista los cuales hacen parte integral del contrato.”

- Contrato de Prestación de Servicio No. 245 de 2009 -5 meses y 10 días (folios 100-102)

“Primera: Objeto: Prestar los servicios temporales como asesor tutor para desarrollar el componente técnico y empresarial para el montaje de por lo menos una unidad productiva por cada uno de los proyectos desarrollados por el contratista en el marco del programa Jóvenes Rurales Emprendedores 2009, implementados por el Centro en los Municipios y Corregimientos del Departamento de Bolívar, por el número de horas establecidas en el plan específico de contratación.”

- Contrato de Prestación de Servicio No. 547 de 2010 -1 mes y 8 días. (folios 124-132)

*“Primera: Objeto: Prestar los servicios profesionales carácter temporal como **instructor** impartiendo formación Complementaria en el área de PRODUCCIÓN PECUARIA, que se desarrollará en el Departamento de Bolívar, así como brindar*

apoyo cuando EL SENA lo requiera, en la elaboración y/o actualización de diseños curriculares, la asesoría en la formación de planes de negocios, la evaluación y auditoria de normas de competencia laboral, asesoría y seguimiento de las empresas creadas por los centros de formación, en la prestación servicios tecnológicos, en ejercicios de investigación aplicada y en las demás actividades requeridas por la entidad para dar cumplimiento a la **misión institucional** en el marco de formación por competencias y el aprendizaje de proyectos. PARÁGRAFO EL SENA podrá requerir en cualquier momento al CONTRATISTA previa programación de formación profesional o desarrollar actividades en áreas o especialidades diferentes a las mencionados en el objeto del contrato, siempre y cuando estén acorde con su formación académica, conocimiento, experiencia o perfil profesional “ (negritas fuera de texto)

- Contrato de Prestación de Servicio No. 309 de 2011 – 3 meses y 13 días (folios 134-137)

“Primera: Objeto específico :Prestar los servicios personales de carácter temporal como **instructor** en el PROGRAMA JÓVENES RURALES EMPRENDEDORES AÑO 2011, para desarrollar acciones de Formación profesional en las ÁREAS AFINES A LA PRODUCCIÓN PECUARIA, en los municipios de MORALES y SAN JUAN en el Departamento de Bolívar que imparte el Centro Agroempresarial y Minero del SENA. El instructor debe ser parte integral de las unidades de emprendimiento. Su labor debe estar integrada a los procesos de formación, participando en la definición y planeación de los proyectos productivos, en el acompañamiento a la puesta en marcha de la unidad productiva, identificación de perfiles emprendedores, asesoría en la formulación de planes de negocios y puesta en marcha para la población de jóvenes rurales emprendedores, así como brindar apoyo cuando EL SENA lo requiera en la elaboración y/o actualización de diseños curriculares en el desarrollo curricular...”

- Contrato de Prestación de Servicio No. 236 de 2012 – 5 meses (folios 155-157)

“Primera: Objeto “Prestar los servicios personales de manera temporal, para desarrollar competencias en el programa de formación Jóvenes Rurales Emprendedores en el área EMPRENDEDOR EN GRANJA INTEGRAL AUTOSOSTENIBLE, en los diferentes municipios del Departamento de Bolívar de acuerdo al anexo que hace parte integral del presente contrato y a las necesidades de formación del centro”.

Ahora bien, a efectos de analizar las pruebas de manera conjunta esta Sala, analiza la prueba documental aportada con la demanda y la remitida por la demandada, donde se da cuenta que el actor laboraba al servicio del SENA, como instructor en distintos programas de formación; luego entonces, para esta Corporación, no existe duda, en cuanto que, existieron varias

órdenes que pretendían vincular de manera irregular, la prestación de los servicios del accionante, en su calidad de instructor, formador, tutor, dado que claramente estos trabajos son propios e inherentes a la labor permanente relacionada con el servicio público de educación a cargo del SENA, pues la función prestada por la demandada a través de los Instructores “se orienta a una formación integral, profesional y laboral certificando a sus estudiantes, o sea, que por estas características y su naturaleza se clasifica dentro de un sistema de educación no formal”; resaltándose que dicho ente de aprendizaje utilizó el contrato de prestación de servicios, para que se prestaran los servicios propios de la labor misional.

Para esta Colegiatura, claramente en los mencionados períodos de contratación, el accionante prestó sus servicios de tipo personal, recibiendo como contraprestación el correspondiente pago, siendo el objeto de los mismos, prestar los servicios como instructor para desarrollar competencias en los programas de formación destinados a los jóvenes rurales del departamento de Bolívar.

Teniendo en cuenta lo expuesto, las labores docentes desempeñadas por el señor ÁLVARO BORRE ARRIETA, llevaron consigo la subordinación o dependencia, por lo que claramente en el presente caso, han de entenderse superados todos los elementos para configurar una verdadera relación de trabajo entre el SENA y el demandante, en los tiempos discriminados en el cuadro antes transcrito. Vemos entonces, que tratándose de la actividad docente los requisitos exigidos para determinar la existencia de una relación laboral provista mediante contrato de prestación de servicios, son más flexibles, teniendo en cuenta que de la función docente siempre se predica el elemento de subordinación o dependencia propio de una relación laboral, pues dicha actividad no es independiente sino que su ejercicio es de carácter personal y está sujeto al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público de educación.

Corolario de lo transcrito se destaca que el contrato de prestación de servicios no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales, razón por la cual es dable acudir a los principios constitucionales del artículo 53 de la Constitución que contempla la primacía de la realidad sobre las 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 a quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos, pero para efectos del restablecimiento del derecho las prestaciones sociales dejadas de percibir, debe ser liquidadas

tomando como base el valor del respectivo contratos de prestación de servicios.

Se concluye que la vinculación del demandante como instructor se produjo mediante contratos de prestación de servicios, las cuales tienen una naturaleza eminentemente contractual, pero en este caso concreto, fueron emitidas con el fin de que se prestara un servicio personal de instructor a favor del SENA. Para el caso concreto, se tiene que el demandante laboró mediante contrato de prestación de servicios, para cubrir una zona rural del Departamento de Bolívar, vemos que de esta manera se cumple con todos los requisitos de la relación laboral.

En ese orden de ideas, los argumentos del recurso de apelación no son convincentes, por cuanto quedó acreditado el último y más importante elemento de la relación laboral como es la subordinación, pues los instructores tal como lo señala la sentencia del Consejo de Estado, que por por estas características y su naturaleza se clasifica dentro de un sistema de educación no formal

7.7.3. Prescripción

De otro lado pero dentro del mismo contexto, esta Corporación, se pronunciará con relación a la prescripción, atendiendo que la A quo, consideró que este fenómeno no había operado, bajo el argumento que el señor ÁLVARO BORRE ARRIETA presentó la reclamación ante el SENA el 30 de mayo de 2013, es decir, 11 meses después de la terminación definitiva del contrato, pues el último se celebró el 30 de junio de 2012; además, con apoyo en una jurisprudencia del Consejo de Estado, explicó que la exigibilidad de los derechos se genera a partir de la sentencia, y solo a partir de su ejecutoria puede contarse el término de prescripción.

Esta Colegiatura, no comparte las consideraciones de la Juez de primera instancia con relación al fenómeno prescriptivo, toda vez que en sentencia de unificación el Consejo de Estado²¹, ha dicho que la contabilización del término prescriptivo, comienza a partir de la terminación de su vínculo contractual y se refiere especialmente en la ejecución de los contratos donde entre uno y otro existe un lapso de interrupción, indicando lo siguiente:

²¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER, 25 de agosto de 2016. Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)CE-SUJ2-005-16

*“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.”** (Negrillas fuera de texto)*

Así las cosas, con fundamento en la sentencia transcrita, esta Sala considera que el fenómeno prescriptivo operó para los contratos No. 000267 de 25 de julio de 2008 y su adición y el contrato No. 000245 de 13 de julio de 2009, puesto que el actor, presentó la reclamación administrativa el 30 de mayo de 2013, luego entonces, los efectos se fijan a partir del 30 de mayo de 2010, por aplicación de la prescripción trienal, haciéndose la salvedad que la prescripción no es dable frente a los aportes en pensión, en su condición de ser imprescriptible, solo será para efectos del reconocimiento de las prestaciones sociales y salariales en los años 2008 y 2009.

7.8. Conclusión

La respuesta al interrogante planteado en el problema jurídico es positivo, porque el demandante demuestra la existencia de la relación laboral, de forma que no prevalece la presunción de legalidad que amparaba al acto demandado, con fundamento en que el actor logró acreditar la existencia de una verdadera relación laboral, es decir, se enaltece el principio de la

realidad sobre las formas de la cual se genera el reconocimiento y pago de las prestaciones reclamadas.

En consecuencia, se modificará la sentencia en lo relativo a que operó de manera parcial la prescripción y en lo demás se confirmará la sentencia apelada.

VII.- COSTAS -

Conforme con lo estipulado en el art. 188 del CPACA, y los art. 365 y 366 del CGP., esta Corporación condenará en costas a la parte vencida.

VIII.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia del 24 de mayo de 2016 adicionada el 23 de agosto de 2016, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, que reconoció las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en las consideraciones de la sentencia.

SEGUNDO: En consecuencia, se declara la prescripción de los contratos No. 000267 de 25 de julio de 2008 y su adición y el contrato No. 000245 de 13 de julio de 2009, por lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

TERCERO: CONFIRMAR, en lo demás la sentencia recurrida.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a la parte vencida, conforme a lo establecido en los artículos 188 del CPACA y del 365 -366 del CGP.

QUINTO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de rigen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No. 035 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ