



Cartagena de Indias D.T. y C, veintiocho (28) de febrero de dos mil veinte (2020)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-002-2015-00526-02
Demandante	VALIA ESTHER GÓMEZ RODRIGUEZ
Demandado	SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA REGIONAL BOLÍVAR
Magistrado Ponente	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
Tema	CONTRATO REALIDAD

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación contra la sentencia de fecha cinco (05) de abril de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Segundo (02) Administrativo del Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. DEMANDA.

2.1.1. PRETENSIONES

Se pretende la nulidad de la comunicación n° 2-2015-004096 de fecha 30 de julio de 2015, por medio de la cual se niegan las prestaciones sociales de la señora Valia Esther Gómez Rodríguez y a título de restablecimiento del derecho se ordene al SENA, reconocer y pagar a la actora las prestaciones sociales dejadas de percibir por los periodos contratados y demás acreencias.

2.1.2. HECHOS.

Relata el actor en síntesis lo siguiente:

La actora fue vinculada con el SENA y prestando sus servicios personales a través de contratos de prestación de servicios a dicha entidad desde el 02 de mayo de 1992 hasta la actualidad, prestándolos como instructora en el área de salud ocupacional.

Que el SENA disfrazo la vinculación a través de la figura de contratos de prestación de servicios con la actora y que durante a este cumplió un horario diario fijo y recibió órdenes e instrucciones sobre el modo, tiempo y lugar donde



debida desarrollar sus labores, se encontraba subordinado al jefe inmediato y percibió un salario como remuneración sin recibir ningún tipo de prestaciones sociales, legales o convencionales por sus servicios.

Que la prestación del servicio fue continua y que el SENA fracciono injustificadamente de la relación laboral, para evadir el pago de las prestaciones sociales.

2.1.3. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

El demandante señaló como normas violadas las siguientes:

Constitución Política, artículos 1, 2, 6, 11, 12, 13, 16, 20, 25, 29, 37, 38, 53, 90, 93, 95, 122, 123, 124, 125, 365 y 366

Legales, CST y Decreto 1469 de 1978.

Concepto de violación.

Expone que los actos acusados desconocen los derechos constitucionales del demandante ya que se induce a la administración pública a contratar por prestación de servicios a personas que desarrollan las mismas funciones y actividades que desempeñan trabajadores oficiales y empleados públicos con las mismas obligaciones laborales y deberes, dando origen a una relación que en la práctica tiene carácter laboral por la subordinación y dependencia con que se realiza.

2.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Expone la demandada que resulta indiscutible que la vinculación que tuvo la señora Valia Esther Gómez Rodríguez, con el SENA, fue a través de contratos de prestación de servicio, por el tiempo estrictamente necesario, contratos de servicios cuya tipología, definición y naturaleza se encuentra definido en el numeral 3 del art. 32 de la ley 80 de 1993.

Alega que no se configura, ni se demuestra, ni se pueden demostrar para el presente caso, la existencia de una relación laboral de la cual se puedan reconocer las prestaciones alegadas, propios de una relación laboral, para cuyo reconocimiento y pago sería necesario que se encuentran probadas los elementos que tipifican un contrato de trabajo.

Que resulta evidente que el actor no se desempeñó en igualdad de condiciones a un empleado público ni mucho menos hubiese ostentado el carácter de trabajador oficial y bien podía ser contratado por prestación de servicios ante la ausencia de personal de planta o la insuficiencia del personal existente.



Así mismo argumenta que en el caso de la ejecución de los contratos de prestación de servicios suscritos por el actor se den algunas circunstancias parecidas a las que existen respecto de los empleados públicos no pueden llevar a la conclusión de que encubre una relación laboral administrativa.

Y que se puede evidenciar que durante el tiempo que suscribió contratos de prestación de servicios con el SENA, suscribía contratos de prestación de servicios con otras entidades, por lo tanto, es claro que el demandante tenía plena autonomía y nunca estuvo bajo ninguna subordinación.

2.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Segundo (02) Administrativo del Circuito de Cartagena en sentencia proferida el día 13 de junio de 2018, concedió las pretensiones de la demanda y expuso entre otras cosas como argumento que analizados los presupuestos sustanciales de procedencia de la acción, el juez efectúa un análisis sobre lo que se refiere a la naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios profesionales, así mismo se analiza la naturaleza jurídica del vínculo laboral y sus elementos constitutivos, a partir de dicha disquisición el señor juez llega a la conclusión de que existe una diferencia fundamental entre estos tipos de vinculación, la cual se sustrae al elemento consustancial de las relaciones laborales referido a la dependencia o subordinación, además se parte la presunción jurisprudencia que opera en favor de los docentes y a los instructores del SENA, en cuanto a que su labor siempre será subordinada, todo lo anterior con arreglo a la jurisprudencia vigente del Honorable Consejo de estado y en especial de la reciente sentencia de Unificación Jurisprudencia nº SUJ-005-16 de fecha 25 de agosto de 2016.

2.4. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

Inconformes con la decisión, las partes por intermedio de sus apoderados especiales, apelaron la decisión de primer grado con fundamento en lo siguiente:

2.4.1. SENA: alega que no es dable equiparara una presunción jurisprudencial *iurus tantum* creada para los docentes públicos sea extendida a los instructores SENA, teniendo en cuenta que son dos categorías distintas y que cuya regulación, dirección, control y vigilancia, están reguladas por normatividad y entidades diferentes.

Que yerra el a quo al considerar que el instructor SENA es una labor regulada por el Ministerio de Educación, para establecer que dicha labor es subordinada; sino que, por el contrario, la entidad SENA fue creada mediante el Decreto 118 de 1957 como organismo descentralizado, con personería jurídica, patrimonio propio e independiente y autonomía administrativa,



clasificado como establecimiento público del orden nacional, adscrito al ministerio de Trabajo.

Así mismo expone que el instructor SENA de acuerdo a la normatividad vigente puede desarrollar sus actividades de coordinación académica con el SENA, las cuales en el presente asunto se materializa mediante la suscripción de contratos de prestación de servicios sin que dicha actividad sea catalogada como subordinada.

Por lo anterior solicita se revoque la sentencia y se nieguen las pretensiones.

2.4.2. Demandante: expone que el juez interpreto erradamente la sentencia de unificación del Honorable Consejo de Estado, puesto que las interrupciones de cada contrato ocurrieron simplemente por vacaciones, en razón a que los instructores del SENA tenían vacaciones en el mes de diciembre y enero, por lo que para esas fechas no abrían por que estar contratados con el SENA, porque se encontraba cerrado.

Infiere que los instructores del SENA se siguen por el calendario académico de clases a nivel nacional; las otras interrupciones que se presentaron dentro del tiempo que estuvo vinculado el demandante era por falta de planeación dentro del SENA.

Así mismo que el a quo se equivoca en señalar un término de prescripción de tres años, siendo que Consejo de estado, fijo su posición al respecto y señalo que debe ser de 5 años siguientes a la fecha de terminación del último contrato y que la actora presto sus servicios a la entidad desde el día 02 de mayo de 1991 hasta el 14 de diciembre de 2015, de manera continuada.

TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA.

El recurso de apelación fue repartido el 19 de julio de 2017, por la Oficina de Servicios de Cartagena, correspondiéndole al Despacho del Magistrado que funge como ponente de esta sentencia, a quien la Secretaría del Tribunal le pasó el expediente el día 27 de octubre de 2017.

Mediante auto de 07 de noviembre de 2017, se admitió para su trámite el recurso de apelación interpuesto por las partes; y ordenó notificar personalmente al Agente del Ministerio Público.

En providencia calendada 22 de enero de 2018, se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos.

2.5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Solo el SENA, presento sus alegatos de conclusión. (fls. 321-322)



2.6. MINISTERIO PÚBLICO.

El agente del Ministerio Público no emitió concepto.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA-

Cuestión previa.

La parte demandante mediante escrito radicado en la secretaria de esta corporación solicito el decreto y practica de pruebas en segunda instancia.

Al respecto, la Sala considera que según el artículo 212 del CPACA, la solicitud de pruebas en segunda instancia, solo procede cuando: (i) las partes las pidan de común acuerdo; (ii) habiendo sido decretadas en la primera instancia se dejaron de practicar por razones no imputables a quien las pidió, y siempre que el objeto sea practicarlas, o cumplir con los requisitos que falten para su perfeccionamiento; (iii) versen sobre hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad para pedir las pruebas en primera instancia, siempre que se pretenda demostrar o desvirtuar hechos; (iv) se trate de pruebas que no se pudieron solicitar en la primera instancia por fuerza mayor, o caso fortuito, o por obra de la parte contraria; y (v) con ellas se trate de desvirtuar las pruebas de que tratan los numerales 3 y 4 del artículo 212 ibidem, las cuales se deberán solicitar dentro del término de ejecutoria del auto que auto que admite el recurso.

Al efecto, se evidencia que la solicitud de pruebas del actor no cumple los requisitos antes descritos, de manera que la Sala constata que esta solicitud pretende revivir la etapa procesal en la que era oportuno para solicitarla.

En este sentido la prueba solicitada se negará, por incumplir los requisitos previstos en el artículo 212 del CPACA.

CONTROL DE LEGALIDAD.

Transcurrido en legal forma el trámite de segunda instancia, se establece que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, por lo que se ocupa la Sala de desatar el recurso de apelación impetrado por las partes, contra la sentencia proferida el 05 de abril de 2017, por el Juzgado Segundo (02) Administrativo del Circuito de Cartagena.

COMPETENCIA.

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 153 del CPACA, esta Sala es competente para conocer de los recursos de apelación contra sentencias proferidas por los juzgados administrativos, en segunda instancia.

MARCO JURÍDICO DEL RECURSO DE APELACIÓN.

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017





Previo a resolver el objeto de la controversia, resulta necesario precisar los límites a los cuales se ve compelido el *ad quem* en lo que respecta a la apelación. Para tal efecto, conviene señalar que el *a quo* en la sentencia desata una controversia inicial delimitada por la demanda, la contestación a la misma y las pruebas recaudadas en el trámite procesal. Dicho debate concluye con una providencia que tiene la virtud de poner fin a la diferencia, y que se fundamenta en razones de hecho y de derecho derivadas de lo probado en el plenario y de la aplicación concreta del ordenamiento jurídico al caso debatido.

Así las cosas, a través del recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una decisión judicial determinada; por lo que le corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, a efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se cuestionan ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en los artículos 320 y 328 del C.G.P., que consagra:

"Art. 320. Fines de la apelación. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.

Artículo 328. Competencia del superior. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse **solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.**

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

...

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella..."

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia, su marco de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se adopta en primera instancia, por lo cual, los demás aspectos diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que operan tanto el principio de congruencia de la sentencia, como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia ha sostenido que "las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime



lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el *ad quem*: "*tantum devolutum ququantum appellatum*"¹.

PROBLEMA JURÍDICO.

Corresponde a este órgano jurisdiccional revisor circunscribirse únicamente al análisis en los términos del recurso de apelación interpuesto por las partes; porque la Litis se centra, en determinar si existió una relación legal y reglamentaria cubierta bajo el manto del contrato de prestación de servicios y al reconocimiento y pago de las acreencias laborales dejadas de percibir.

TESIS.

La Sala revocará la sentencia de primera instancia, debido a que no se encuentra demostrada la existencia de una relación laboral, sino meramente contractual.

JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.

El Honorable Consejo de Estado se ha pronunciado en un sin número de veces respecto a la figura del contrato de prestación de servicios, el cual se trae a colación un extracto de la siguiente:

"Jurisprudencia Relacionada con el Contrato de Prestación de Servicios La Corte Constitucional, en sentencia C-154 de 1.997, con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara, estableció las diferencias entre el contrato de carácter laboral y aquel de prestación de servicios, así:

"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."

Lo anterior significa, que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, artículo 53 de la Constitución Política.

La relación de trabajo se encuentra constituida por tres elementos, a saber, la subordinación, prestación personal del servicio y remuneración por el trabajo cumplido.

¹ El principio contenido en el aforismo latino *Tantum Devolutum Quantum Appellatum*, indica que, en la apelación, la competencia del superior solo alcanza a la resolución impugnada y a su tramitación.



Es pertinente destacar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, no implica conferir la condición de empleado público, pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado:

"Como ya lo ha expresado la Corporación, para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la Ley. La circunstancia de trabajar para el Estado, no confiere la condición de empleado público."

Al respecto, la Sala Plena del Consejo de Estado, en decisión adoptada el 18 de noviembre de 2003, Radicación IJ-0039, Consejero Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, Actora: Maria Zulay Ramírez Orozco, manifestó:

"ó. Es inaceptable el criterio según el cual la labor que se cumple en casos como aquel a que se contrae la litis, consistente en la prestación de servicios bajo la forma contractual, está subordinada al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público por no haber diferencia entre los efectos que se derivan del vínculo contractual con la actividad desplegada por empleados públicos, dado que laboran en la misma entidad, desarrollan la misma actividad, cumplen ordenes, horario y servicio que se presta de manera permanente, personal y subordinada.

Y lo es, en primer término, porque por mandato legal, tal convención no tiene otro propósito que el desarrollo de labores "relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad"; lo que significa que la circunstancia de lugar en que se apoya la pretendida identidad de la relación jurídica derivada del contrato (sitio donde se prestó el servicio) con la situación legal y reglamentaria, carece de fundamento válido. Son las necesidades de la administración las que imponen la celebración de contratos de prestación de servicios con personas naturales cuando se presente una de dos razones: a.) que la actividad no pueda llevarse a cabo con personal de planta; b.) que requiera de conocimientos especializados la labor (art. 32 L. 80/93).

Es inaceptable, además, porque si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad.

Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita, Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta.

En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales."

En dicho fallo se concluyó lo siguiente:

1. El vínculo contractual que subyace en los contratos de prestación de servicios no es contrario a la ley.
2. No existe identidad de la relación jurídica derivada del contrato (sitio donde se prestó el servicio) con la situación legal y reglamentaria, ya que, entre otras razones, el hecho de trabajar al servicio del Estado no puede en ningún caso



conferir el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario.

3. No existe violación del derecho de igualdad por el hecho de la suscripción de los contratos de prestación de servicios, puesto que la situación del empleado público, se estructura por la concurrencia de elementos sin los cuales dicha relación no tiene vida jurídica (artículo 122 de la Constitución Política), es distinta de la que se origina en razón de un contrato de prestación de servicios. Esta última no genera una relación laboral ni prestacional.

4. La situación del empleado público es diferente a la que da lugar al contrato de trabajo, que con la Administración sólo tiene ocurrencia cuando se trata de la construcción y mantenimiento de obras públicas.

5. Se hizo énfasis en la relación de coordinación entre contratante y contratista para el caso específico.

Sin embargo y pese a lo anterior, si el interesado vinculado bajo la forma de contrato de prestación de servicios, logra desvirtuar su existencia al demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador, prestación personal del servicio y remuneración, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo. (artículo 53 C.P.).

Tal posición ha sido adoptada por la Sala en los siguientes términos:

"De acuerdo con lo anterior, en un plano teórico y general, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional. (...)

De acuerdo con las pruebas que obran en el proceso, la demandante estuvo vinculada mediante contratos de prestación de servicios u órdenes de servicios durante los periodos que se encuentran señalados en el acápite de hechos probados.

La Sala reconocerá la existencia de una relación laboral por la existencia de una relación de subordinación entre la entidad contratante y la contratista, según se desprende de las cláusulas que a continuación se transcriben, además del ejercicio por parte de ésta de labores propias de un funcionario público: (...)

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

Ahora bien, es necesario aclarar que la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista, implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, sin que signifique necesariamente la configuración de un elemento de subordinación.²

² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN "B" CONSEJERA
PONENTE: DRA. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ Bogotá D.C., dieciocho (18) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)





En un pronunciamiento más reciente el Honorable Consejo de Estado³ en su Sección Segunda encargada de solucionar las litis que se originan en materia laboral ha manifestado respecto del contrato realidad lo siguiente:

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

Se concluye de lo citado que para que se esté en una situación donde se quiere disfrazar un contrato laboral con el de prestación de servicios se deben estructurar los elementos de la relación laboral – prestación personal del servicio, subordinación o dependencia y un salario como retribución del servicio -, pero sobre todo la subordinación, elemento esencial que determina la configuración del contrato laboral.

PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS DERIVADOS DEL CONTRATO REALIDAD⁴.

En lo que tiene que ver con la prescripción de los derechos derivados del contrato realidad la alta superioridad en lo contencioso unificó el criterio respecto del tema disponiendo lo siguiente:

“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

REF: EXPEDIENTE No. 68001-23-33-000-2013-00161-01 No. INTERNO: 0739-2014 ACTOR: ELKIN HERNÁNDEZ ABREO AUTORIDADES NACIONALES.

³ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B. Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ.- Bogotá, D.C., cuatro (04) de febrero dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 05001-23-31-000-2010-02195-01(1149-15) Actor: HERNÁN DE JESÚS GUTIERREZ URIBE. Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- EJERCITO NACIONAL.

⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER Bogotá, D. C., veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16 Actor: LUCINDA MARÍA CORDERO CAUSIL Demandado: MUNICIPIO DE CIÉNAGA DE ORO (CÓRDOBA)

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017





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."

Se extrae de la cita jurisprudencia de unificación que los derechos a la seguridad social son imprescriptibles que pese a que se configure para las acreencias labores no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional.

Delo acreditado en el proceso

Procede la Sala de decisión estudiar si se configura el contrato realidad, en el presente caso.

Del material obrante en la carpeta contentiva del proceso se extrae, certificación suscrita por el Jefe de Grupo de Recursos Humanos del SENA regional Bolívar y el Coordinador académico del centro comercio y servicios, en donde se expone que la señora Valia Gómez Rodríguez, pesto sus servicios al SENA, mediante contrato de prestación de servicios, desde el día 02 de mayo de 1991, hasta el día 20 de diciembre de 1996, como instructora de Auxiliar de Enfermería y como orientadora de acciones de formación profesional en el área de enfermería en el periodo comprendido entre 1995 y 2010. (fl. 20 -21)

Certificación de los contratos de prestación de servicios profesionales celebrados entre el SENA y su apadrinada judicial, desde el mes de febrero de 1996 al mes de marzo de 2015 y 2007 al 2009. (fls. 22-31)

Ordenes de trabajo o servicio, cuenta de cobro y comprobante de pago, donde se expresó como características del trabajo o servicio: "prestar servicio como docente y otros con cargo a contratación de docentes (fls. 32-50)"

Ordenes de servicio y contratos de prestación del servicio, suscrito entre el





SENA y la señora Valia Esther Gómez Rodríguez, el cual tenía como objeto prestar los servicios profesionales personales de carácter temporal como instructor, en los horarios y lugares que el SENA indique, responder por los bienes y elementos puestos a su disposición, entregar los informes que exija el coordinador académico, cumplir con los logros , objetivos asignados por el líder de la especialidad o coordinador académico, participar en comités entre otras. (fls. 51-108)

Caso concreto.

La Sala entra estudiar el acervo probatorio obrante en el proceso y la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado procede a determinar si se dan los presupuestos de un contrato realidad.

Valia Esther Gómez Rodríguez solicitó a ante el SENA, mediante escrito de 30 de junio de 2015 (visible a folio 13-15), el reconocimiento y pago de emolumentos salariales alegando la existencia de una relación laboral, entre el 02 de mayo de 1992 hasta la actualidad, término por el que solicita el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales.

Observa la Sala que la vinculación de la actora con la entidad demandada fue de varios periodos comprendidos desde 1996 hasta 2015 con interrupciones, como consta en las certificaciones (Fls. 20-31)

Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido personal y que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.

El art 22 del C.S.T. establece respecto a las características del contrato de trabajo lo siguiente:

"ARTICULO 22. DEFINICIÓN.

- 1. Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.*
- 2. Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, {empleador}, y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario.*

ARTICULO 23. ELEMENTOS ESENCIALES.



1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren 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."

Aplicando los presupuestos legales antes citados procede la Sala a estudiar los tres elementos esenciales constitutivos del contrato laboral.

La actividad personal del trabajador.

Está probado en el proceso que la señora Valia Esther Gómez Rodríguez, prestaba sus servicios en el SENA, como instructora de inyectología, salud ocupacional, salud industrial y servicios profesionales en áreas de la salud, de acuerdo a lo estipulado en el artículo primero "del objeto" de los contratos de prestación de servicios.

Así mismo en el folio 20-21 del expediente se encuentra certificación expedida por el SENA donde informa que señora Gómez Rodríguez, prestaba sus servicios como instructora de auxiliar de enfermería y orientaciones de formación profesional en el área de enfermería.

Por lo anterior está probado el primer elemento del contrato laboral.

Un salario como retribución del servicio.

En lo referente al salario, el Honorable Consejo de Estado⁵ definió el salario como "En cuanto al salario se ha entendido de manera general que es todo lo que se paga directamente por la retribución o contraprestación del trabajo realizado." el salario es la consecuencia directa del derecho fundamental al trabajo y principio mínimo fundamental de ese derecho, al tenor del artículo 53 de la constitución política, que consagra como tal, entre otros, la

⁵ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: Dr. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Bogotá D.C., veintiuno (21) de octubre de dos mil once (2011). Radicación número: 52001-23-31-000-2003-00451-01 (1016-09). Actor: SERAFÍN ROMO BURBANO Y OTROS. Demandado: DEPARTAMENTO DE NARIÑO Y ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE NARIÑO





"remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la calidad y cantidad de trabajo."

Así las cosas, del material probatorio que milita en el expediente se puede evidenciar este elemento debido a que en todos los contratos de prestación de servicios realizado por el actor en su cláusula tercera y cuarta estipuló el valor del contrato y la forma de pago, las cuales eran pagables mensualmente; por lo que queda acreditado el segundo elemento de la relación laboral.

La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador

Antes de resolver el problema jurídico ya planteado en el acápite que antecede, la Sala aclara que el presente examen incluye un análisis sumario de los elementos denominados prestación de servicio personal y remuneración debido a que estos elementos son comunes tanto en el contrato de prestación de servicio como en la relación laboral. Existe reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado Sección Segunda, Sentencia 05001233100020050090201 (31472014), abr. 21/16 donde se considera que la ley vigente permite la celebración de contratos de prestación de servicios con personas naturales, tal como se desprende del artículo 32 de la ley 80 de 1993.

En el orden de ideas antes expuesto el único elemento que distingue el contrato de prestación de servicios del contrato laboral, es el elemento subordinación que pasamos a estudiar a continuación. En relación con la subordinación, como último elemento de la relación laboral y el más importante debido a que en este radica la diferencia entre un contrato de prestación de servicios y uno laboral y así lo dispuesto la jurisprudencia⁶ contenciosa.

En el orden de ideas antes expuesto el único elemento que distingue el contrato de prestación de servicios del contrato laboral, es el elemento subordinación que pasamos a estudiar a continuación.

En el caso sub examine, se plantea la existencia de una relación laboral disfrazada bajo la figura del contrato de prestación de servicios, lo cual no se encuentra demostrado, por las siguientes razones:

La parte demandante para acreditar el elemento subordinación alega que el contratista prestó el servicio personal y que recibía órdenes a través de la ordenes de su jefe inmediato, cumpliendo con horario laboral y desarrollando actividades misionales permanentes.

⁶ Consejo de Estado Sección Segunda, Sentencia 05001233100020050090201 (31472014), Abr. 21/16





A la anterior afirmación, la Sala argumenta que, de lo dispuesto en el artículo 32 de la ley 80 del 1993, se desprende que las entidades estatales podrán celebrar contratos de prestación de servicios con personas naturales, cuando dichas actividades no se puedan realizar con personal de planta, ya sea porque el personal de planta no tenga los conocimientos especiales que el servicio requiere o por que el personal de planta sea insuficiente.

En el caso sub judice del contenido de los contratos de prestación de servicios, se desprende que, se celebraron porque la entidad carecía de personal suficiente, no tenía la especialización de las actividades requerida, ni la infraestructura necesaria, por lo que resultaba a la ley, contratar a una persona para que cumpliera el objeto contractual.

Indica la parte actora que el servicio a que se refieren los contratos de prestación en comento fue prestado en el periodo comprendido entre 02 de mayo de 1992 hasta la actualidad. Si bien es cierto se denota una prestación duradera de servicios, Al respecto la Sala anota que el contrato de prestación de servicios, no es que se deba prestar por un tiempo corto, sino por el tiempo estrictamente indispensable, de tal manera que no es la duración del contrato lo que configura la relación laboral sino que la ley prohíbe que los contratos de prestación de servicios se celebren por mayor tiempo del necesario, para evitar así que ciertas relaciones laborales se celebren bajo el ropaje de prestación de servicios, pero, se reitera, este hecho tampoco faculta para manifestar que cuando el contrato de prestación de servicios se celebra por periodos largos estemos en presencia de una relación laboral.

Argumenta también la parte actora que el servicio lo prestó dentro del horario establecido por la entidad contratante, en los sitios dispuestos por la misma y bajo la coordinación esta; primero el cumplimiento del horario no está demostrado y segundo tampoco se evidencia los lugares donde presto el servicio como instructora, del escaso material probatorio solo se aprecian las ordenes de prestación de servicios y los contratos.

En ese sentido se advierte que, entre los medios de prueba allegados al proceso, no obra información alguna que permita advertir el deber de la demandante de acogerse a dicho horario o las consecuencias legales o contractuales negativas en caso de su incumplimiento U ordenes dirigidas a la señora Gómez Rodríguez, tendientes al estricto cumplimiento del horario del SENA.

No obstante, a lo anterior tampoco convierte al contrato de prestación de servicios en una relación laboral debido a que resulta razonable que el contrato de prestación de servicios se ejecutó en los lugares y en las horas en que la entidad contratante tenga la necesidad del servicio. Igualmente puede



decirse en relación con la coordinación o supervisión del servicio porque toda la entidad que contratan un servicio deben vigilar que el objeto del contrato se cumpla en las condiciones estipuladas en las cláusulas respectivas.

Lo que se encuentra acreditado en el proceso es que existía una supervisión de parte de la entidad y además exigía un informe de lo realizado durante la prestación del servicio; pero este informe es apenas un medio para que la entidad contratante pudiera supervisar la manera como se prestó el servicio, más no constituye un elemento de subordinación que califique el servicio como de naturaleza laboral, porque al profesional, a la que alude esta sentencia, la entidad demandada no le daba órdenes relacionadas con sus conocimientos técnicos o profesionales. No se encuentra acreditado en el proceso que la entidad contratante haya dado órdenes de este tipo al contratista, que son las que en definitiva convertirían a la relación en subordinada.

Debe advertirse que, actividades como rendir informes mensuales de la ejecución del contrato, pasar planillas o hacer la planeación académica, no pueden considerarse, por sí mismas, como elementos de subordinación laboral, pues hacen parte de la ejecución y de las relaciones de coordinación propias del contrato de prestación de servicios.

Como corolario de todo lo expuesto puede afirmarse que de los contratos de prestación de servicios allegados al proceso se desprende que el contratista y la parte actora de manera libre y espontánea pactaron lo relativo al contrato de prestación de servicios, como forma de pago, objeto, entre otras cláusulas, y que prima la autonomía del contratista.

En ese orden de ideas, esta Sala ha de concluir que no existe una prueba de la que fehacientemente se pueda inferir que la demandante no tenía la posibilidad de actuar con independencia, es decir, que la señora Gómez Rodríguez laboraba de forma subordinada porque debía cumplir la intensidad horaria al igual que los demás funcionarios de planta, como tampoco obran pruebas de que recibía órdenes o instrucciones por parte de los funcionarios del SENA.

Al no desvirtuarse⁷ el contrato de prestación de servicios, no es procedente la declaración del "Contrato Realidad", no puede tener la misma connotación

⁷ Consejo de Estado. Sección II. 17/08/2011. Exp. 1079-09. MP. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en la cual manifestó:

"La viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad, depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte demandante. Se debe desvirtuar la naturaleza contractual de la relación establecida y la presencia de la relación laboral real. Especialmente, se debe probar la subordinación, elemento que desentraña fundamentalmente la existencia de una relación laboral



del empleado vinculado mediante una relación legal y reglamentaria, ni generar un trato similar al que tiene un empleado público de planta.

Por lo anterior debido a que la parte actora no pudo demostrar el elemento esencial del contrato laboral⁸, teniendo la obligación de hacerlo de acuerdo con estipulado por Honorable Consejo de Estado⁹ en su Jurisprudencia la cual ha desarrollado el principio de autorresponsabilidad de la prueba conforme a la interpretación analógica del artículo 167 del C.G.P. aplicado por remisión expresa del artículo 306 de la ley 1437 de 2011, advierte que la carga probatoria que está obligado a cumplir quien tiene interés en salir victorioso en sus pretensiones o sus excepciones. Así lo ha señalado de manera uniforme la jurisprudencia.

Conforme con lo antes señalado, se considera por parte de este operador judicial¹⁰ que no existe prueba que acredite la continuada subordinación y dependencia que alega la demandante, que existió en desarrollo del contrato de prestación de servicios, por cuanto que, no se evidencia el cumplimiento de órdenes, instrucciones, directrices, lineamientos impartidos por el contratante- hoy demandado- acerca de la manera o forma en que el actor debía ejecutar su labor.

A manera de conclusión puede decirse que lo que tipifica una relación como laboral o como contractual, no es por si solo el hecho de que exista un cumplimiento de un horario, o que el servicio se preste en oficinas del contratante o que se preste de manera personal o que se preste bajo la supervisión del contratante. La jurisprudencia colombiana ha sido clara al afirmar que es el juez quien en cada caso concreto y dado las circunstancias en la que se celebró el contrato y a la manera que se prestó el servicio, quien debe calificar si la relación es laboral o contractual. Para ello el juez debe tener

encubierta, lo que obliga al análisis en conjunto probatorio que acompaña el expediente en aras de establecer las condiciones reales de prestación del servicio en éste caso."

⁸ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez. Bogotá D.C., 23 de agosto de 2018. Radicación: 080012333000201200401-01. Número interno: 4363-2014. Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Demandante: Carlos Gregorio Mejía de Alba. Demandado: Departamento Administrativo de Seguridad (DAS). Ley 1437 de 2011. Sentencia O-143-2018.

⁹ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION B. Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ.- Bogotá, D.C., cuatro (04) de febrero dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 05001-23-31-000-2010-02195-01(1149-15) Actor: HERNÁN DE JESÚS GUTIERREZ URIBE. Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- EJERCITO NACIONAL.

¹⁰ Sentencia SU040/18

"De lo anterior se puede concluir que la teoría de la primacía de la realidad sobre las formas se aplica en aquellos casos en los cuales el Estado encubre relaciones laborales en contratos de prestación de servicios, actuación que implica "desconocer por un lado, los principios que rigen el funcionamiento de la función pública, y por otro lado, las prestaciones sociales que son propias a la actividad laboral". [47] En estos eventos, para que proceda la declaración de existencia del contrato realidad el juez constitucional deberá verificar el cumplimiento de los requisitos dispuestos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.





en cuenta principalmente, si la manera como se presta el servicio fue acordada libremente por las partes o por el contrario fue impuesta por el contratante. Igualmente debe distinguir la Corporación, el concepto de supervisión y vigilancia del concepto de subordinación o dependencia debido a que supervisar y vigilar no necesariamente implica subordinación y dependencia, sobre todo cuando el contratista tiene libertad para disponer sobre la manera como presta el servicio en cuanto a conocimientos técnicos y profesionales se refiere.

Por todo lo anteriormente expuesto la Sala de decisión concluye en el caso *sub examine*, no se encuentra demostrada la existencia de una relación laboral, sino meramente contractual y por tanto revocará la decisión de primera instancia, para que en su lugar negar las pretensiones de la demanda.

Costas.

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede la Sala de Decisión a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de liquidación y ejecución previstos en el Código General del Proceso, que en el numeral 1º del artículo 365 dispone que estarán a cargo de la parte "a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación", y de conformidad con el numeral 8 del mismo artículo, según el cual solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron.

En orden a lo anterior, esta Sala de Decisión, condenará a la parte demandante al pago de costas que efectivamente se hayan causado por ser esta a la que le fue desfavorable el recurso, ordenando al Juzgado su liquidación conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en las mismas las agencias en derecho aplicando el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión Oral N° 1, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la Ley,

IV. FALLA:

PRIMERO. NIEGASE la solicitud de pruebas en segunda instancia, por lo antes expuesto.

SEGUNDO. REVOCASE la sentencia del trece (13) de junio de dos mil dieciocho (2018) proferida por el Juzgado Noveno (09) Administrativo del Circuito de Cartagena, que concedió parcialmente las pretensiones de la demanda en el



proceso instaurado por la señora Valia Esther Gómez Rodríguez contra el SENA y en su lugar **NEGAR** las pretensiones, conforme a la parte motiva

TERCERO. CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandante de conformidad con la parte motiva de esta providencia

CUARTO. NOTIFÍQUESE la presente sentencia.

QUINTO. Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se hace constar que la anterior sentencia fue discutida y aprobada por la Sala de Decisión, en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.

(Ponente)

JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ