

Cartagena de Indias D. T. y C., diecisiete (17) de julio de dos mil veinte (2020)

<b>Medio de control</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>Radicado</b>	<b>13-001-33-33-008-2016-00141-01</b>
<b>Demandante</b>	<b>BEATRIZ GONZÁLEZ ZABALETA</b>
<b>Demandado</b>	<b>SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA REGIONAL BOLÍVAR</b>
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS</b>
<b>Tema</b>	<b>CONTRATO REALIDAD INSTRUCTORES SENA</b>

## I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación contra la sentencia de fecha treinta y uno (31) de julio de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Octavo (08) Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

## II.- ANTECEDENTES

### 2.1. DEMANDA.

#### 2.1.1. PRETENSIONES

Se pretende la nulidad del acto administrativo n° 2-2016-001745 de fecha 11 de abril de 2016, por medio de la cual el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, denegó el reconocimiento y pago de unos derechos salariales derivados de la prestación personal de los servicios de la señora Beatriz González Zabaleta.

Que se condene al SENA a pagar a la actora, a título de restablecimiento del derecho, el valor equivalente a las prestaciones sociales, devengadas por los empleados vinculados a dicha entidad durante los periodos comprendidos entre el 01 de agosto de 2008 hasta diciembre del 2015, liquidadas conforme al valor pactado en los contratos.

#### 2.1.2. HECHOS.

Relata la actora en síntesis lo siguiente:

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



SC5780-1-9



La señora Beatriz González Zabaleta fue vinculada con el SENA y presentado sus servicios personales a través de contratos de prestación de servicios a dicha entidad desde el día 01 de agosto de 2008 hasta diciembre del 2015.

Durante el tiempo que estuvo vinculado presto sus servicios profesionales como instructora en el área de formación titulada y/o complementaria, actividad que desarrollo durante todo el tiempo que presento sus servicios a la entidad.

El SENA, disfrazó la vinculación con el actor a través de la figura de contratos de prestación de servicios, durante la prestación del servicio cumplió un horario diario y fijo, recibió órdenes e instrucciones sobre el modo, tiempo y lugar donde debía 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.

Durante el tiempo en que la demandante, laboro con el SENA, nunca le cancelaron viáticos y mucho menos gastos de transporte cuando tenía que desarrollar actividades fuera de la jurisdicción del distrito de Cartagena.

En el tiempo que la accionante, presto sus servicios al SENA, no podía ausentarse ni dejar de asistir injustificadamente al lugar de trabajo y en los honorarios señalados, debiendo previamente para poder ausentarse o dejar de asistir, obtener un permiso de su jefe inmediato, so pena de recibir llamado de atención o memorando.

Mientras duro la vinculación se dieron los elementos necesarios para la estructuración de un contrato de trabajo; que la prestación del servicio por parte de la señora González Zabaleta, para el SENA fue continua.

Que mediante escrito radicado el 6 de abril de 2016 radicado n° 1-2016-002397 se presentó reclamación administrativa para obtener el reconocimiento de las acreencias laborales y de más emolumentos.

El SENA mediante comunicación n° 2-2016-001745 del 11 de abril de 2016, resolvió la reclamación administrativa presentada por el demandante, negando lo pretendido.

### **2.1.3. FUNDAMENTOS DE DERECHO.**

la 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

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



SC5780-1-9



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 empleado 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.

Asimismo, manifiesta que el demandado incurrió en omisión al no cumplir con los procedimientos legales para vincular al contratista docente del SENA en las mismas condiciones de los docentes de planta de esa entidad y lo hizo a través de contratos de prestación de servicios y no a través de una relación legal y reglamentaria, como correspondía

Manifiesta que la accionante cumplía órdenes de sus superiores, que estaba subordinada a las solicitudes del subdirector del centro al cual pertenecía y que las actividades docentes realizadas por la demandante se ejecutaban en cumplimiento de instrucciones oficiales y ordenes de las directivas de la institución a la cual servía.

Que el demandante tenía las características propias de un docente, que es claro que la actora no podía proceder de manera autónoma a desplegar sus actividades, sino que necesariamente debía estar sujeto a un plan de capacitación, instrucciones, jornadas de trabajo, programación de clases, entrega de notas y en general, a unas actividades prefijadas a un plan de gestión académica establecido por el Centro al cual pertenecía, donde se comprueba la subordinación a que estaba sujeta en el cumplimiento del servicio.

Por último manifiesta que el SENA utilizó equivocadamente la figura contractual para encubrir la naturaleza real de la labor desempeñada, por lo que se configura en este caso el contrato realidad, en aplicación de los principios consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política, en tanto la demandante prestó sus servicios como docente e instructor en el SENA, de manera subordinada, en las mismas condiciones que los demás empleados públicos de sus mismas calidades al interior de la entidad.

## **2.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

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



SCS780-1-9

Expone la demandada que la entidad no ha violado las disposiciones aludidas por el demandante

### **2.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

El Juzgado Octavo (08) Administrativo del Circuito de Cartagena en sentencia proferida el día 13 de julio de 2017, negó las pretensiones de la demanda y expuso entre otras cosas como argumento que lego de valorar el acervo probatorio obrante del expediente, concluyo que no se encuentran acreditados las exigencias de ley para que se estructure la figura del contrato realidad, existiendo especialmente falencia en lo que toca a la subordinación.

Que, en efecto, de los contratos firmados y la certificación anexos al expediente, se advierte que no existió una vinculación de manera continuada de la señora Beatriz González Zabaleta, con el SENA. Los testigos cuya declaración se recibió, no aportan claridad o certeza sobre que la actora se encontraba bajo subordinación del SENA y tampoco existe en el plenario otra prueba que demuestre que la demandante recibía ordenes o que cumplía un horario de trabajo, en suma, que prestaba sus servicios bajo subordinación laboral de la entidad demandada.

Concluyendo, que no encuentra el Despacho cumplidos los elementos facticos y jurídicos para declarar la existencia de una relación laboral entre la demandante y el SENA, no obstante que, conforme a lo establecido en el art. 167 del CGP, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ella persigue.

### **FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN**

Inconforme con la decisión, la parte demandante por intermedio de su apoderado especial, apeló la decisión de primer grado con fundamento en lo siguiente:

Dentro del expediente quedó plenamente demostrado que se dio una clara y permanente subordinación de la actora hacia el SENA, develada en las clausulas que imponen la prestación exclusiva del servicio.

Que los testimonios rendidos son contundentes para demostrar la subordinación, teniendo en cuenta que el SENA siempre dirigió la actividad laboral de la señora Beatriz González Zabaleta, a través de la expedición de ordenes e instrucciones y la imposición de reglamentos.

El a-quo no valoro la prueba documental (fl.36 ss) arrimada al expediente donde definen los parámetros que orientan el desempeño de los instructores del SENA en los programas orientación ocupacional, donde se le impone todo un reglamento para llevar acabo la labor de instructora.

#### **TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA.**

El recurso de apelación fue repartido el 18 de septiembre de 2017, por la Oficina de Servicios de Cartagena, conforme consta en el acta individual de reparto, correspondiéndole al Despacho del Magistrado que funge como ponente de esta sentencia, a quien la Secretaría del Tribunal le pasó el expediente el día 07 de diciembre de 2017.

Mediante auto de 19 de enero de 2018, se admitió para su trámite el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante; y ordenó notificar personalmente al Agente del Ministerio Público.

En providencia calendada 16 de febrero de 2018, se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos.

#### **2.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.**

Solo el SENA, presento sus alegatos de conclusión. (fls. 209-211)

#### **2.5. MINISTERIO PÚBLICO.**

El agente del Ministerio Público no emitió concepto.

### **III. CONSIDERACIONES DE LA SALA-**

#### **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 la parte demandante, contra la sentencia proferida el 31 de julio de 2017, por el Juzgado Octavo (08) 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**



SC5780-1-9

De acuerdo con los planteamientos expuestos en el recurso de apelación y de conformidad con la jurisprudencia y los artículos 320 y 328 del C.G.P. se procederá a resolver el recurso de apelación.

### **PROBLEMA JURÍDICO.**

Corresponde a este órgano jurisdiccional revisor circunscribirse únicamente al análisis en los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante; 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 confirmará 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.*

*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:*

*“6. 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:*

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



SC5780-1-9





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*

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



SCS780-1-9



*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.<sup>1</sup>*

En un pronunciamiento más reciente el Honorable Consejo de Estado<sup>2</sup> 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.

<sup>1</sup> 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 catorce (2014) REF: EXPEDIENTE No. 68001-23-33-000-2013-00161-01 No. INTERNO: 0739-2014 ACTOR: ELKIN HERNÁNDEZ ABREO AUTORIDADES NACIONALES.

<sup>2</sup> 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.

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



SC5780-1-9



### **PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS DERIVADOS DEL CONTRATO REALIDAD<sup>3</sup>.**

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 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, por lo que se extraen las pruebas pertinentes, conducentes y útiles, para el análisis pertinente.

Del material obrante en la carpeta contentiva del proceso se evidencia certificación expedida por el subdirector Centro de Comercio y Servicios del SENA Regional Bolívar, donde consta que la señora Beatriz González Zabaleta, suscribió con el SENA los siguientes contratos: (22-24), con el objeto de prestar los servicios profesionales personales como instructor impartiendo

<sup>3</sup> 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)



formación profesional integral en los programas de formación titulada en el área de atención primera infancia.

N°	Contrato n°	Fecha de inicio	Termino de ejecución	Valor
1	116	18 de marzo de 2009	3 meses	6.799.5360
2	307	147 de julio de 2009	5 meses	10.926.094
3	52	25 de enero de 2010	10 meses	19.937.280
4	63	03 de marzo de 2011	4 meses	10.341.200
5	286	22 de julio de 2011	4 meses	10.341.200
6	50	03 de febrero de 2012	4 meses	11.700.000
7	1136	13 de agosto de 2013	4 meses y 3 días	12.635.216
8	547	22 de enero de 2014	10 meses y 21 días	33.963.940
9	223	30 de enero de 2015	120 meses y 12 días	34.002.030
10	326	01 de agosto de 2008	5 meses	9.660.000

Contrato n° 0326 de 2008, con el objeto de prestar el servicio de orientador para que apoye las acciones que se realizan con la población en situación de desplazamiento a través del plan de acción integral, en la etapa de orientación ocupacional y demás en el servicio público de empleo. (fl. 25)

Que la actora atiende como proveedor de servicios educativos en el marco de los convenios 1747 y 3331 ICBF-SENA-COLSUBSIDIO, para la formación técnica en atención integral a la primera infancia de madres comunitarias, según estructura curricular SENA versión 1 y 2 en las competencias de: pedagogía, protección e interacción idónea en el municipio de Cartagena, durante los periodos de septiembre a diciembre de 2012 y febrero a junio de 2013, tal y como se desprende de la certificación expedida por el Jefe Departamento Educación Continua de la Caja Colombiana de Subsidio Familiar. (fl. 26)

Testimonios de los señores Teófilo Ramos Llorente y Betty María Meza López, tomadas por el Juzgado de primera instancia en la que se puede concluir que la señora González Zabaleta, trabajaba orientando formación profesional por competencia laboral en el área de atención de la primera infancia, que no se podía ausentar, ni ceder el contrato, rendía informe mensual y cumplía horarios (160 horas mensuales) que le imponía el coordinador.

### Caso concreto.

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



SCS780-1-9

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.

La señora Beatriz González Zabaleta a ante el SENA, mediante escrito de 06 de abril de 2016 (visible a folio 13-15), el reconocimiento y pago de emolumentos salariales alegando la existencia de una relación laboral, entre el 01 de agosto de 2008 hasta diciembre de 2015, 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 2008 a 2015 con interrupciones, como consta en las certificaciones.

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*

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



SC5780-1-9





*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.**

En lo que tiene que ver con este elemento, se refiere a que la labor que se contrata, se preste y/ o que la realice de manera persona, directa y en el lugar que el empleador señale, por parte de la persona que figure como contratado. "intuitu personae", es decir que solo es la persona contratada quien puede ejecutar la actividad.

Está probado en el proceso que la actora, prestaba sus servicios en el SENA, como instructor para impartir formación profesional integral en la modalidad de formación titulada y/o complementaria en las áreas o especialidades de atención a la primera infancia en el departamento de bolívar que ofrece el centro de comercio y servicios de la regional bolívar del SENA, así como brindar apoyo cuando el SENA lo requiera, en la elaboración y/o actualización de diseños curriculares, la asesoría en la formulación de planes de negocio, desarrollar el componente comercial empresarial y de mercadeo, para el montaje de unidades productivas, seguimiento de las empresas creadas por los centros de formación, en la prestación de 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 la formación por competencias, de acuerdo a lo estipulado en el artículo primero "del objeto" de los contratos de prestación de servicios.

Así mismo en el expediente se encuentra certificación expedida por el SENA donde informa que señora González Zabaleta, prestaba sus servicios como instructora impartiendo formación profesional integral en los programas de formación titulada en el área de atención a la primera infancia, y que el contrato no fue cedido.

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

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



SC5780-1-9



### **Un salario como retribución del servicio.**

En lo referente al salario, el Honorable Consejo de Estado<sup>4</sup> 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 "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 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 jurisprudencia<sup>5</sup> contenciosa.

<sup>4</sup> 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

<sup>5</sup> Consejo de Estado Sección Segunda, Sentencia 05001233100020050090201 (31472014), Abr. 21/16

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.

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 iudice del contenido de los contratos de prestación de servicios, se desprende que, se celebraron porque la entidad carecía de personal suficiente, ni con el perfil requerido, por lo que resultaba a la luz de 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 01 de agosto de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2015. 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 del escaso material probatorio obrante, no

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



SC5780-1-9

está demostrado el cumplimiento del horario, debido a que los contratos no evidencian dicha circunstancia, y de los testimonios rendidos en el proceso, son genéricos al referirse a la subordinación de la actora, no precisan, ni clarifican ningún hecho que pueda llevar a la certeza a esta operador que se está en presencia del elemento subordinación en esa relación contractual y segundo se evidencia por las certificaciones expedidas por Colsubsidio, Fundación Técnica Instituto Rochoy, Fundación Cristiana León de Judas y Centro Educativo San Luis Gonzaga (fls. 116-122), que esta presta sus servicios a través del SENA en diferentes lugares, sin que se evidencie un acatamiento para con la demandante.

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 un horario o las consecuencias legales o contractuales negativas en caso de su incumplimiento u ordenes dirigidas a la señora González, 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 contrata 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 González 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 desvirtuarse<sup>6</sup> el contrato de prestación de servicios, no es procedente la declaración del "Contrato Realidad", no puede tener la misma connotación 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 laboral<sup>7</sup>, teniendo la obligación de hacerlo de acuerdo con estipulado por Honorable Consejo de Estado<sup>8</sup> 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

---

<sup>6</sup> 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 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."

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> 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.

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



SC5780-1-9



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 judicial<sup>9</sup> 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 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 conocimiento 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 confirmará la decisión de primera instancia, que denegó las pretensiones de la demanda, por no haber

---

<sup>9</sup> 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."

acreditado todos los elementos del contrato laboral, por estar a justada a derecho.

### **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 está 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. confirmase** la sentencia del treinta y uno (31) de julio de dos mil diecisiete (2017) proferida por el Juzgado Octavo (08) Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda en el proceso instaurado por la señora Beatriz González Zabaleta contra el SENA, conforme a la parte motiva

**SEGUNDO. CONDENAR** en costas de segunda instancia a la parte demandante de conformidad con la parte motiva de esta providencia, liquídense neorimara instancia.

**TERCERO. NOTIFÍQUESE** la presente sentencia.

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



SC5780-1-9



**CUARTO.** 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**