



Cartagena de Indias D.T. y C., veintiocho (28) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-006-2016-00191-00
Demandante	OSCAR LEONARDO ÁLVAREZ MENESES
Demandado	SENA
Tema	Contrato realidad – instructor del SENA – se demuestran los elementos del contrato realidad
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 004¹ del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del 26 de abril de 2018 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se resolvió conceder parcialmente las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA²

3.1.1. Pretensiones³.

PRIMERO: Que se declare la nulidad del Acto Administrativo No. 2-2016-000708 de fecha 11 de mayo de 2016, por medio del cual el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA denegó el reconocimiento y pago de unos derechos salariales derivados de la prestación personal de los servicios del señor(a) OSCAR LEONARDO ÁLVAREZ MENESES.

SEGUNDO: Que se condene al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA - a pagar al señor(a) OSCAR LEONARDO ÁLVAREZ MENESES, a título de restablecimiento del derecho, el valor equivalente a las siguientes

¹En aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 del CSJ que autorizó a los Tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.

² Folio 1-9 cdno 1 subsanación a folios 113-124

³ Fols. 1-2 Cdno 1.

13-001-33-33-006-2016-00191-00

prestaciones sociales: gastos de representación, subsidio de alimentación, prima técnica, salarial, auxilio de transporte, prima de localización, prima de navidad, prima de servicio junio, prima de servicio diciembre, prima de vacaciones. sueldo de vacaciones, bonificación por servicios, viáticos permanentes, horas extras diurnas, horas extras nocturnas, recargo nocturno, dominicales y festivos, bonificación por compensación, prima de coordinación, cesantías definitivas correspondientes a todo el tiempo laborado, intereses de cesantías devengadas por los empleados (instructores) vinculados a dicha entidad durante los períodos comprendidos entre enero de 2001 hasta diciembre de 2014, liquidadas conforme al valor pactado en los contratos suscritos.

TERCERO: Que se condene a la entidad demandada a pagar al señor(a) OSCAR LEONARDO ÁLVAREZ MENESES, los porcentajes de cotización correspondientes a pensión y salud que debió trasladar a los Fondos correspondientes durante el periodo acreditado que prestó sus servicios.

CUARTO: Que se declare que el tiempo laborado por el señor(a) OSCAR LEONARDO ÁLVAREZ MENESES, bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, se debe computar para efectos pensionales.

SEXTO: Ordénese también que la condena de que trata la pretensión anterior se ajuste en su valor tomando como base el índice de Precios al Consumidor o al por Mayor, como indica el Artículo 187 del C.P.A.C.A.

SÉPTIMO: Igualmente ordénese a la demandada el pago de los intereses comerciales y/o moratorios aplicables a las mencionadas sumas tal como lo indica el Artículo 195 No. 4 del C.P.A.C.A.

OCTAVO: Que se condene en costas de conformidad con el artículo 188 C.P.A.C.A Y a su vez se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos establecidos en los artículos 189 S. S. del C.P.A.C.A.

3.1.2. Hechos⁴.

⁴ Fols. 3-5 Cdno 1

13-001-33-33-006-2016-00191-00

La parte demandante desarrolló los argumentos fácticos, que se ha de sintetizar así:

El señor OSCAR LEONARDO ÁLVAREZ MENESES, fue vinculado con el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA por lo que prestó sus servicios personales, a través de contratos de prestación de servicios, desde enero de 2001 hasta diciembre de 2014; durante ese tiempo, realizó las actividades propias de un instructor en los programas de Gestión de Centro, Almacenista y Auxiliar en Contratación, actividad que desarrollo durante todo el tiempo que prestó sus servicios a la entidad.

El SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA, disfrazó la vinculación del actor a través de la figura de contratos de prestación de servicios puesto que este cumplía 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. De igual forma, el señor OSCAR LEONARDO ÁLVAREZ MENESES, tuvo que desplazarse para diferentes municipios, sin que se le reconocieran viáticos por su labor. Durante el tiempo en que el señor OSCAR LEONARDO ÁLVAREZ MENESES, prestó sus servicios al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE (SENA) no podía ausentarse ni dejar de asistir injustificadamente al lugar de trabajo y en los horarios señalados, por lo que le era necesario pedir permisos.

Mediante escrito radicado en fecha 22 de Abril de 2016, radicado No. 1-2016-002876, se presentó reclamación administrativa para obtener el reconocimiento viáticos, horas extras diurnas y nocturnas, cesantías, intereses de cesantías, primas de servicio de junio, prima de servicio de diciembre, prima de vacaciones, primas de navidad, prima técnica, vacaciones, aportes de pensión y salud, diferencias salariales dejadas de pagar, devolución de retención en la fuente, devolución de la estampilla de la Universidad de Cartagena, indemnización por despido sin justa causa, y sanción moratoria, entre otras; sin embargo, el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE (SENA), a través de comunicación No. 2-2016-000708 de fecha 11 de mayo de 2016, negando lo pretendido con el argumento de que la vinculación entre el SENA Y el señor OSCAR LEONARDO ÁLVAREZ MENESES, estaba permitida por la Ley 80 de 1993 en armonía con la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 del 2015.

3.1.3. Normas violadas y concepto de violación:

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes:

- Artículos 1,2,6,11, 12,13,16,20,25,29,37,38,53,90,93,95,122,123,124,125,365 y 366 de la Constitución Política.
- Artículos 10,27,74,127 y 143 Código Sustantivo del Trabajo.
- Artículo 61 del Decreto 1469 de 1978.

Expuso que el acto demandado, viola la Constitución Política al inducir a la administración pública a la celebración de contratos de prestación de servicios con personas que desarrollan las mismas actividades que en la práctica es una relación de carácter laboral, incumpliendo a su vez con los preceptos legales al no cumplir con el procedimiento para vincular a los contratistas de la entidad en las mismas condiciones que el personal de planta.

Sostuvo, que el SENA incurrió en omisión al no cumplir con los procedimientos legales para vincular a los contratistas docentes, en las mismas condiciones que los docentes de planta de esa entidad; sin tener en cuenta que, en el caso del actor, éste cumplía órdenes de sus superiores, que esta subordinado a las solicitudes de la subdirectora del centro al cual pertenecía y que las actividades docentes realizadas por él se ejecutaban en cumplimiento de instrucciones oficiales y ordenes de las directivas de la institución a la cual servía.

Añadió que, por lo anterior el demandante tenía las características propias de un docente, puesto que no podía proceder de manera autónoma a desplegar sus actividades, sino que necesariamente debía estar sujeto a un plan de capacitación, instrucciones, jornada de trabajo, programación de clase, entrega de notas y en general, a unas actividades prefijadas a un plan de formación y programación pormenorizados, acorde con el plan de gestión académica establecido por el centro al cual pertenecía. Circunstancias estas que comprueban la subordinación a la que estaba sujeto en el cumplimiento del servicio

Afirmó que el SENA, utilizó equivocadamente la figura contractual para encubrir la naturaleza real de la labor desempeñada, por lo que se configura

13-001-33-33-006-2016-00191-00

un contrato realidad, en tanto el demandante prestó sus servicios como docente e instructor en la entidad, de manera subordinada, en las mismas condiciones que un empleado público al interior de la institución.

3.2. CONTESTACIÓN.

3.2.1. SENA⁵:

La entidad accionada dio contestación a la demanda, manifestando que el accionante estuvo vinculado al SENA por medio de la Regional Bolívar, mediante Contrato de Prestación de Servicios, como instructor por horas de formación, a través de contratos interrumpidos, temporales, cuya duración fue siempre por tiempo limitado e indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Expuso que no era cierto que el demandante había celebrado contratos de prestación de servicios de forma continua desde enero de 2001 hasta diciembre de 2014 en la Regional Bolívar porque de acuerdo a la certificación expedida por los subdirectores se tiene que dichos contratos no fueron continuos, sino que se dieron de forma interrumpida, con una duración por tiempo limitado e indispensable para ejecutar el objeto contractual por el cual fue contratada. Adicionalmente alegó que, el demandante suscribía contratos de prestación de Servicios con otras Entidades de orden privada y públicas, de forma simultánea con el Sena.

Manifestó que el demandante mediante los contratos de prestación de servicios realizó las actividades con autonomía técnica, administrativa y financiera y sin subordinación; nunca se dieron órdenes, simplemente se supervisó y controló el resultado de la labor realizada. Reiteró que el actor no percibía salario, sino honorarios, los cuales se le reconocían siempre y cuando cumpliera con el objeto del contrato. Resaltó que, no podía asegurarse automáticamente que la existencia de la subordinación, en la medida que dentro del desarrollo y ejecución del objeto contractual, es imperativo que las partes coordinen actividades ya que la entidad estatal contratante no está obligada a recibir lo que a voluntad el contratista presente como cumplimiento de lo pactado.

⁵ Fols. 85-112 Cdno 1.

En su defensa sostiene que, el SENA realiza un estudio de las características del empleo público, de la vinculación de los trabajadores oficiales y por contrato de trabajo, frente a la vinculación por medio de contrato de prestación de servicios; frente esta última situación, expuso que, se encuentra autorizada por la ley, cuando en la planta de personal de la entidad no exista el cargo o los existentes no sean suficientes (y estén provistos) o, para vincular personal con conocimientos especializados.

En el caso concreto del actor, sostuvo que este tuvo vinculación con el SENA, pero a través de contratos de prestación de servicios, por el tiempo estrictamente necesario, por lo que no se configuró, ni se demostró la existencia de una relación laboral de la cual se puedan reconocer las prestaciones alegadas u otras como cesantías, bonificaciones, etc., propios de una relación laboral; pues para ello, debían demostrarse los elementos que tipifican un contrato de trabajo como es: a. La actividad personal de la demandante; b. La continuada subordinación y dependencia; y, c. Sueldo o salario.

Como excepciones presentó: (i) Prescripción; (ii) Inexistencia de la obligación; (iii) cobro de lo no debido; (iv) buena fe; y (v) genérica.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁶

Por medio de providencia del 23 de abril de 2018, la Juez Sexta Administrativo del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, concediendo parcialmente las pretensiones de la demanda, así:

“PRIMERO: DECLÁRASE la nulidad parcial del acto administrativo No. 2-2016-000708 de 11 de mayo de 2016, expedido por el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, en cuanto denegó al actor, señor Oscar Leonardo Álvarez Meneses, su reclamación de reconocimiento de existencia de una relación laboral durante los siguientes períodos en que prestó sus servicios ejecutando labores de formación o instrucción: contrato No. 35 de 08 de febrero de 2008 (desde el 8 de febrero de 2008 hasta el 31 de julio de 2008 más la adición de 2 meses, que se extendería hasta el 30 de septiembre de 2008); contrato No. 179 de 11 de junio de 2009 (5.3 meses, sin exceder el 31 de diciembre de

⁶ Fols. 313-321 Cdno 2.



13-001-33-33-006-2016-00191-00

2009 y contrato No. 274 de 06 de octubre de 2009 (2.9 meses, sin exceder el 31 de diciembre de 2009). Lo anterior, de acuerdo con lo dicho en la parte motiva.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se ordena al Servicio Nacional de Aprendizaje - Sena, que en relación con los períodos de los contratos Nos. 35 del 08 de febrero de 2008 (desde el 8 de febrero de 2008 hasta el 31 de julio de 2008 más la adición de 2 meses, que se extendería hasta el 30 de septiembre de 2008); 179 del 11 de junio de 2009 (5.3 meses, sin exceder el 31 de diciembre de 2009) y 274 de 06 de octubre de 2009 (2.9 meses, sin exceder el 31 de diciembre de 2009), tome el ingreso base de cotización (IBC) pensional del demandante (honorarios pactados en las órdenes de servicios), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotice al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, sólo en el porcentaje que le correspondía como empleadora, por lo que el actor deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiere hecho o existiere diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador, en armonía con lo dicho en la parte motiva y lo dispuesto en la sentencia de unificación sobre el tema citada.

TERCERO: El Servicio Nacional de Aprendizaje - Sena hará la actualización sobre las sumas adeudadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 187 (inciso final) del CPACA (...)

CUARTO: El Servicio Nacional de Aprendizaje - Sena deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del plazo indicado en el artículo 192 del CPACA.

QUINTO. Declárase que el tiempo laborado por el señor Oscar Leonardo Álvarez Meneses al servicio del Servicio Nacional de Aprendizaje - Sena en ejecución de los contratos Nos. 35 de 08 de febrero de 2008 (desde el 8 de febrero de 2008 hasta el 31 de julio de 2008 más la adición de 2 meses, que se extendería hasta el 30 de septiembre de 2008); 179 de 11 de junio de 2009 (5.3 meses, sin exceder el 31 de diciembre de 2009) y 274 de 06 de octubre de 2009 (2.9 meses, sin exceder el 31 de diciembre de 2009), se debe computar para efectos pensionales.

SEXTO: Niéguese las demás pretensiones de la demanda, en especial el restablecimiento correspondiente a los demás emolumentos reclamados por el actor, al haber operado la prescripción trienal, como se indicó en la parte motiva de este fallo, excepción que se declara probada con el alcance antes fijado.

SÉPTIMO: Sin condena en costas.

Sostuvo que, de los contratos aportados al proceso se podía inferir la prestación de personal del servicio por parte del actor al SENA; que, si bien no

13-001-33-33-006-2016-00191-00

existía prueba del pago, por la labor ejercida, lo cierto es que dicho elemento no había sido tema de discusión por las partes.

En cuanto a la subordinación expresó que, en los contratos Nos. 35 de 08 de febrero de 2008 y 274 de 06 de octubre de 2009, se encontraba probada la subordinación como quiera que la labor ejercida por el demandado ante era la de instructor, la cual es de naturaleza docente. Argumentó, que la misión del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, estaba directamente relacionada a los procesos de formación de los trabajadores colombianos, y que los contratos antes mencionados, a pesar de que no contener detalles específicos sobre las obligaciones que ejecutaba el actor, sí indicaban, en su objeto, que la labor realizada correspondía a la de un docente, tal y como se expuso en el artículo 4º de la Ley 119 de 1994, de manera que, al advertirse tal identidad entre el objeto del contrato y las labores propias de la entidad, era indiscutible que la función ejecutada por el demandante en estos contratos, correspondía a la naturaleza de la entidad de formación. En el mismo sentido, concluyó que, del estudio de las cláusulas de dichos contratos, podía inferirse que el interesado no contaba con autonomía e independencia para realizar las labores encomendadas, pues cumplía su actividad de conformidad con el cronograma académico y se encontraba sometido a un horario establecido por el SENA para dictar su cátedra por horas, recibía una remuneración y prestaba personalmente el servicio para el cual fue vinculado, elementos propios de la relación laboral, no de un contrato de prestación de servicios.

En lo que respecta a los demás contratos aportados, se dijo que los mismos no muestran por sí solos el elemento subordinación, pues correspondían al ejercicio de otras labores, frente a las cuales no se podía inferir actuaciones que permitieran concluir algo diferente a las labores de coordinación que deben existir entre contratista y contratante.

Sobre la prescripción expuso, que la misma había operado teniendo en cuenta que si la reclamación debía presentarse dentro de los tres (3) años siguientes a la terminación del vínculo contractual y, en el caso concreto, la reclamación se presentó el 22 de abril de 2016, siendo que el vínculo laboral reconocido terminó el 31 de diciembre del año 2009.

3.4. RECURSO DE APELACIÓN⁷

⁷ Fols. 325-330 Cdo 2 y 3.

La demandada presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, aduciendo que, en el contrato 179 de 2009 (sic), no podía presumirse el elemento subordinación, como quiera que la labor que ejercía el actor no estaba enmarcada dentro de las actividades docentes, sino a prestar un apoyo externo para implementar del Programa de Jóvenes Rurales, lo cual no tiene ninguna relación con los otros dos contratos donde el actor se desempeñó como instructor. En ese orden de ideas, como quiera que el actor se desempeñó como asesor externo para la implementación de un programa de formación que necesitaba de sus conocimientos especializados, debe concluirse que tales actividades son propias de los contratos de prestación de servicio, donde el contratista actuaba con total autonomía y no desempeñaba y ni realizó actividad encaminada a realizar o prestar formación en calidad de instructor.

Frente a los contratos 35 de 2008 y 274 de 2009, sostuvo que, contrario a lo considerado por el *a quo* la vinculación del señor OSCAR LEONARDO ÁLVAREZ MENESES fue contractual y no laboral, ya que los contratos suscritos por el accionante se evidenciaba que su contratación era por corto tiempo y por razones de necesidad del servicio, lo que demostraba que los servicios prestados por el actor fueron temporales y bajo la figura de prestación de servicio con fundamento en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Máxime aún si se tiene en cuenta que de los contratos y las certificaciones allegadas al plenario, se advierte fehacientemente que la vinculación del accionante con la entidad era meramente contractual. El accionante no tenía un horario de trabajo impuesto por la entidad ya que el demandante lo coordinaba con la población que le impartía la capacitación en cursos complementarios, de conformidad con la disponibilidad, comodidad y de la necesidad se asignaba al instructor.

Agregó que, de los testimonios recepcionados y analizado de forma conjunta con los contratos de prestación de servicios suscritos por el accionante se advertía fehacientemente que la subordinación alegada no se configura, ya que la entidad probó o demostró que el actor desempeñaba sus funciones de forma temporal y por el tiempo necesario. Por tanto, yerra el *a quo* al considerar que se configura la subordinación en el presente asunto, cuando está plenamente acreditado que el actor desarrollaba sus actividades con total independencia y autonomía técnica, máxime aún si se tiene en cuenta

13-001-33-33-006-2016-00191-00

que dentro del plenario no existen llamados de atención, memorandos e imposiciones que indiquen que el actor debía cumplir sus obligaciones contractuales de forma dependiente.

En ese sentido, del testimonio recepcionado se advierte que no se encuentra acreditada tal subordinación, ya que de la declaración se establece de manera clara y contundente que el demandante no recibió órdenes teniendo en cuenta que la supervisión sobre las actividades desarrolladas por SENA con relación al actor consistía en una verificación de los compromisos de acuerdo con lo que estaba establecido o pactado en el contrato de prestación de servicios, es decir, que existió entre el demandante y el demandado una relación contractual donde las actividades del contratista al desarrollar su labor era coordinada con la entidad y de esa coordinación no se puede inferir que el actor actuaba de forma subordinada o dependiente.

Adicionalmente, alegó que el Consejo de Estado, frente a los contratos de prestación de servicios, estableció que es viable que se pacten cláusulas sobre el cumplimiento de un horario, el recibido de instrucciones, el deber de reportar resultados, así como el lugar de prestar el servicio y dependencia a un ente determinado, señalando la máxima corporación de lo contencioso que dichas estipulaciones son necesarias para la coordinación de la prestación del servicio respectivo y que tales cláusulas no indican y ni de ellas se puede inferir y ni significar el elemento subordinación o dependencia, así como tampoco que la suscripción de forma consecutiva de contratos de prestación de servicios, tampoco evidencian por si sola la existencia de una relación laboral.

Además, que el actor suscribió múltiples contratos de prestación de servicios, los cuales tenían un objeto diferente el uno del otro, lo que indica que su contratación fue por el tiempo necesario para desarrollar cada uno de los objetos diferentes pactos en los contratos.

Por consiguiente, solicita que se revoque la sentencia de primera instancia.

3.5. ACTUACIÓN PROCESAL.

El proceso en referencia fue repartido ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 10 de septiembre de 2018⁸, por lo que se procedió a dictar auto admisorio

⁸ Fol. 1 Cdno 3

13-001-33-33-006-2016-00191-00

del recurso el 29 de enero de 2019⁹; y, se corrió traslado para alegar de conclusión el 10 de junio de 2019¹⁰.

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.6.1. Parte demandante¹¹: Presentó sus alegatos solicitando que se confirmara la sentencia de primera instancia.

3.6.2. Parte demandada¹²: Presentó escrito de alegatos reiterando los argumentos del recurso de alzada.

3.6.3. Ministerio Público: No presentó concepto.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

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

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA. De igual forma se aclara que dicha competencia se circunscribe únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, conforme los artículos 320 y 328 del C.G.P.

5.2. Problema jurídico

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que se debe determinar:

¿Si entre el señor OSCAR LEONARDO ÁLVAREZ MENESES y el SENA REGIONAL BOLÍVAR, surgió una relación de carácter laboral, en virtud

⁹ Folio. 3 Cdno 3

¹⁰ Folio. 7 Cdno 3.

¹¹ Folio 10-34 cdno 3

¹² Folio. 35-38 cdno 3

13-001-33-33-006-2016-00191-00

de los contratos de prestación de servicios Nos. 35 de 2008, 179 de 2009 y 274 de 2009 celebrados entre estos?

¿Se encuentra probado el elemento subordinación en los contratos anteriores?

5.3. Tesis de la Sala

La Sala REVOCARÁ el fallo de primera instancia, al considerar que en el presente asunto no se configuraron la totalidad de los elementos de una relación laboral, estos son, la prestación personal del servicio, la subordinación y la respectiva remuneración, toda vez que no existe prueba que acredite la continuada prestación personal del servicio, así como la subordinación y dependencia que alega el demandante, que existió en desarrollo del contrato de prestación de servicios como instructor del SENA, por cuanto no se evidencia el cumplimiento de órdenes, instrucciones, directrices, lineamientos impartidos por el contratante- hoy demandado acerca de la manera o forma y temporalidad en que el actor debía ejecutar su labor.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL¹³

5.4.1. El contrato de prestación de servicios y la teoría de la relación laboral.

La contratación por prestación de servicios con el Estado ha sido desarrollada por nuestra legislación a través del D. L. 222 de 1983, la Ley 80 de 1993 y por la Ley 190 de 1995.

La Ley 80 en su artículo 32, dispone que son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo pueden celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. Así las cosas, la ley establece que, en ningún caso estos contratos generarán relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

¹³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "B", Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, Bogotá, D.C., once (11) de mayo de dos mil veinte (2020)., Radicación número: 20001-23-31-000-2011-00341-01(2001-13) Actor: RICARDO JOSÉ CORRALES, Demandado: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA.

El artículo 7 del Decreto 1950 de 1973 prevé que *“en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, **en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto (...)** la función pública que implique el ejercicio de la autoridad administrativa no podrá ser objeto de contrato ni delegarse en el personal vinculado mediante esta modalidad”* (resaltado fuera de texto).

Por otra parte, como ya se ha dicho para evitar el uso indebido del contrato de prestación de servicios, la Ley 790 de 2002, por medio de la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al presidente de la República, prevé que, a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, las entidades no podrán celebrar contratos de prestación de servicios con personas naturales, con la finalidad de reemplazar cargos que se supriman dentro del programa de renovación de la administración pública” (subrayado fuera de texto).

Por su parte, la Ley 734 de 2002, por la cual se expide el Código Único Disciplinario, establece en el artículo 48, numeral 29 como falta gravísima:

“29. Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales”.

Como puede observarse, el ordenamiento jurídico ha previsto no sólo la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios para llevar a cabo funciones propias previstas en la ley o en los reglamentos para un empleo público, sino que también sanciona al servidor que realice dicha contratación por fuera de los fines contemplados en el estatuto de contratación estatal.

5.4.2. De la solución de las controversias judiciales con ocasión de los contratos de prestación de servicios

El principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, tiene plena operancia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de

13-001-33-33-006-2016-00191-00

esa modalidad, el efecto del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con el fin de hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado.

De acuerdo a lo expuesto, y conforme también lo ha señalado en múltiples ocasiones esta jurisdicción, para que se considere la existencia de una verdadera relación laboral es necesario que se demuestren los elementos esenciales de la misma que son: (i) la prestación personal del servicio; (ii) que por dicha labor se reciba una remuneración o pago y; (iii) que exista subordinación o dependencia respecto de la entidad.

En sentencia de fecha 18 de noviembre de 2003¹⁴, la Sala Plena del Consejo de Estado abordó el tema de los contratos de prestación de servicios y en aquella oportunidad, negaron las pretensiones de la demanda porque se acreditó en el plenario que en la ejecución de las órdenes suscritas por la parte actora se encontraba presente el elemento “coordinación”. No obstante, esta pauta jurisprudencial no resulta aplicable en los eventos en los cuales se acuda al elemento “subordinación”, aspecto trascendente que como se anotó, requiere ser acreditado plenamente en la tarea de descubrir la relación laboral, en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades.

Para hacer más fácil la identificación de si se está ante una verdadera relación laboral, conviene citar el pronunciamiento hecho por la Corte Constitucional mediante sentencia C-154 de 1997 en el cual plasmó las diferencias del contrato de prestación de servicios y el contrato de trabajo.

En ese sentido, sostuvo la Corte en la precitada jurisprudencia, que para que se configure el contrato de trabajo se requiere de la existencia de la prestación personal del servicio, una continuada subordinación laboral y una remuneración como contraprestación al servicio realizado. En cambio, frente al contrato de prestación de servicio, la actividad desplegada independiente puede provenir de una persona jurídica donde no exista el elemento de subordinación laboral o dependencia en la potestad de impartir órdenes para la ejecución de la labor contratada.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala Plena, radicación IJ 0039-01, C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda, Demandante: María Zulay Ramírez Orozco.

Así las cosas, concluye esa Corporación que la diferencia principal del contrato de trabajo y el contrato de prestación de servicios se basa en el elemento fundamental de la subordinación, consistente en la actitud por parte de la Administración de impartir órdenes a quien presta el servicio, además de la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio. Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte demandante 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 jurisprudencia¹⁵ para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral.

Aunado a lo anterior, el Consejo de Estado¹⁶ argumenta que, además de las exigencias legales anteriormente hechas, también debe tenerse en cuenta que la carga de la prueba se encuentra principalmente en cabeza de la parte actora, es decir, que es el demandante quien debe demostrar que la permanencia de las actividades desplegadas es inherente a la entidad demandada, y que con ello exista similitud y equidad con los demás empleados de planta respecto de las actuaciones que desempeñe el actor.

Ahora bien, al analizar la subordinación, debe mirarse si se está en presencia de ella realmente o si por el contrario se da la coordinación necesaria que debe existir para el cumplimiento del contrato suscrito, caso en el cual no puede considerarse la existencia de una relación laboral¹⁷.

5.5. CASO CONCRETO

5.5.1. Hechos relevantes probados:

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de fecha 29 de septiembre de 2005, radicación Nro. 68001-23-15-000-1998-01445-01, referencia Nro. 02990-05, actor: Mónica María Herrera Vega, demandado: Municipio de Floridablanca, C.P. Tarsicio Cáceres Toro.

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de fecha 04 de febrero de 2016. Radicado No. 05001-23-31-000-2010-02195-05 (1149-15). C.P.

¹⁷ Posición fijada en la decisión de la Sala Plena de esta Corporación del 18 de noviembre de 2003, Radicado IJ0039, actora: María Zulay Ramírez Orozco.

13-001-33-33-006-2016-00191-00

En este acápite se relacionan las pruebas que atañen a los contratos frente a los cuales se impugnó la sentencia de primera instancia:

- Reclamación administrativa elevada por el señor OSCAR LEONARDO ÁLVAREZ MENESES, ante el SENA, de fecha 22 de abril de 2016, pro medio del cual solicitaba el reconocimiento de prestaciones sociales (fl. 13-14).
- Oficio No. 2-2016-000708 del 11 de mayo de 2016, por medio del cual el SENA respondió la solicitud del actor, de manera negativa (fl. 16-19)
- Certificado del 5 de mayo de 2016, en el que la Subdirectora del Centro Náutico, Fluvial y Portuario del Sena Regional Norte hace constar que el actor prestó sus servicios al SENA por medio del **Contrato 35 de febrero de 2008**, el cual tuvo una duración de 5 meses 23 días meses. También se aporta el contrato (fl. 21-24).
- Adición del contrato anterior, por un plazo de 2 meses (fl. 30).
- Certificado del 5 de mayo de 2016, en el que la Subdirectora del Centro para la Industria Petroquímica del Sena Regional Norte hace constar que el actor prestó sus servicios al SENA por medio del Contratos **274 del 6 de octubre de 2009**, entre otros; que el mismo tuvo una duración de 2 meses y 27 días, por un valor mensual de \$2.322.000. se aportó también el contrato (fl. 31 y 93-96)
- **Contrato No. 179 del 11 de julio de 2009**, por 5.3 meses y valor mensual de \$2.687.000 (fl. 200-203)
- Pagos realizados entre los años 2007-2011 al señor OSCAR LEONARDO ÁLVAREZ (fl. 207-208 Y 236-250).
- Testimonio del señor ANDRÉS ABELINO PEREIRA GUZMÁN (Min: 10:08): el declarante manifestó que se desempeña como instructor del SENA, en el Centro Internacional Náutico, Fluvial y Portuario. Que conoce al demandante desde el 2006, cuando entró como practicante al centro fluvial del SENA, que en el 2007 este pasó a ser almacenista y en el 2008 tuvo un vínculo con el centro náutico como instructor de emprendimiento. En el año 2009 fue contratado en el Centro Industrial y Petroquímico del SENA. Expuso que, la labor que desempeñó el señor Álvarez Meneses como practicante fue de

13-001-33-33-006-2016-00191-00

aprendizaje en el oficio que estudió. Como almacenista su función era la de recibir equipos y materiales, tenerlos en custodia y entregarlos a las oficinas o instructores que lo necesitaran, en esta labor cumplía horario que le asignaban que era de 7 a 5 pm y en casos tenía que trabajar los sábados por cuestiones de necesidad del servicio. Expuso que el demandante, en calidad de instructor, también cumplía horarios puesto que tenía una responsabilidad en el proceso de formación, puesto que los alumnos tienen un horario y ese mismo horario deben cumplirlo los instructores. Se le preguntó por qué sabía eso que declaraba y respondió que él también trabajaba allá, y el señor Oscar Leonardo le entregaba materiales como almacenista, por lo tanto había una relación laboral, que el actor debía estar en el SENA dentro del horario porque era el responsable del almacén y en cualquier momento podían solicitar implemento o llegar las compras de implementos. Que, como instructor el demandante cumplía el mismo horario que cumplía él (el declarante), de 7 a 5 pm. Manifestó que se veía con el demandante en las reuniones. Que en el 2009 el señor Álvarez pasó a trabajar al Centro Industrial y Petroquímico del SENA. Se le preguntó si el demandante podía delegar sus funciones en otra persona; el declarante respondió que no, puesto que la labor de almacenista y de instructor era personal. Se le preguntó si el actor debía cumplir los reglamentos del SENA, y respondió que sí debía cumplirlos, también manifestó que el accionante debía presentar informes a sus superiores, calificar y llevar un control de asistencia de sus alumnos, debía asistir a las reuniones que convocaran los jefes. Se le preguntó si había alguna diferencia entre los instructores contratados y los de planta; frente a ello respondió que no había ninguna diferencia, que el actor cumplía las mismas funciones de un instructor. Se le preguntó por qué sabía de esos hechos que manifestaba; dijo que ese era el diario "trajín" del SENA, pues él como instructor tiene esas obligaciones. Expuso que las actividades de instructor el actor las impartía por fuera del centro del SENA. Que no escuchó comentarios de novedades de sanción o investigaciones en contra del demandante. Afirmó que le constaba que el señor Oscar trabajó fuera de Centro, pero en la ciudad de Cartagena, no le consta que lo hayan mandado nunca a los municipios.

- Testimonio del señor DALMIRO MAZA ANAYA (Min: 32:32): Manifiesta que trabajó para el SENA como almacenista, y allí conoció a Oscar Leonardo, con quien tuvo un vínculo directo puesto que este trabajaba en contratación y compras. En ese orden de ideas, expuso que el señor Oscar le mandaba los pedidos que el SENA compraba y él (el declarante) hacía la recepción, lo

13-001-33-33-006-2016-00191-00

ingresaba en sistema y le pasaba la relación al actor para que los pagaran. Expuso que esta labor la ejerció entre el año 2009 hasta el 2014. Manifestó que el SENA tiene vacaciones colectivas, por lo tanto los contratistas salían junto con el personal de planta a fin de año, y regresaban el año siguiente a renovar sus contratos.

El relato de este declarante se circunscribió a la labor que el demandante ejerció en el área de contratación y compras.

5.5.2. Análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

En el sub-examine la Juez de primera instancia accedió a las pretensiones de la demanda al considerar que en caso bajo estudio se habían acreditado la existencia de los elementos constitutivos del contrato realidad frente a los contratos Nos. 35 de 2008, 179 de 2009 y 274 de 2009. El SENA por su parte, impugnó la anterior decisión manifestando que la labor de instructor no puede equipararse a la de docente, que la misma debe ser acreditada en el proceso; adicionalmente, expuso que las labores de evaluar a los estudiantes, someterse a determinado horario y pasar informe de su gestión a sus superiores correspondían a gestiones de coordinación del contrato.

- Prestación personal del servicio

De las pruebas aportadas al plenario puede concluirse que el señor OSCAR LEONARDO ÁLVAREZ MENESES estuvo vinculado al SENA a través de los contratos Nos. 35 de 2008, 179 de 2009 y 274 de 2009, según se demostró con los documentos allegados al expediente de conformidad con lo descrito en el acápite anterior.

Así mismo, de la lectura de los mencionados contratos, se observa que la obligación principal del contratista era prestar los servicios profesionales de carácter temporal como instructor impartiendo formación profesional integral en los diferentes programas y curso de formación titulada – complementaria que ofertaba la accionada.

En consecuencia, resulta evidente en el plenario que, para el efectivo cumplimiento del objeto contractual, el señor OSCAR LEONARDO ÁLVAREZ MENESES debía prestar el servicio de manera personal, razón por la cual se da

13-001-33-33-006-2016-00191-00

por demostrado que se cumplió con este requisito necesario para configurar la relación laboral.

- Remuneración:

La prueba de este elemento de la relación laboral, es el valor estipulado en las órdenes de servicios y en los contratos suscritos entre el demandante y el SENA. En el presente medio de control, se acreditó con el certificado expedido por la accionada que da cuenta de los valores cancelados por los contratos de prestación de servicios suscrito por el accionante con la entidad, el historial de pago de los contratos y los Registros Presupuestales que fueron aportados con el expediente administrativo en medio magnético (207-208 y 236-250). Por lo tanto, se encuentra demostrado la remuneración como segundo elemento de la relación laboral.

- La subordinación:

Con el fin de verificar el tercer elemento esencial para la configuración del vínculo laboral, se hace necesario precisar que, la subordinación requiere para su configuración, que esta se ejecute de manera continua e ininterrumpida durante el desarrollo del contrato, es decir, que exista una sujeción o dependencia constante de quien presta el servicio respecto de su contratante¹⁸.

En el recurso de alzada, la parte demandada argumentó que no podía aplicarse la presunción de subordinación a los contratos mencionados, puesto que no en todos ellos el actor había fungido como instructor. Que existía una indebida valoración de la prueba porque se había dejado de lado el hecho de que el demandante fue contratado para cumplir unas labores específicas y de corto tiempo en virtud de la necesidad del servicio, frente a las cuales no existió subordinación sino coordinación.

De acuerdo con los contratos aportados al plenario, se tiene que, el señor ÁLVAREZ MENESES ejerció las siguientes labores:

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "B" Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, once (11) de abril de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 68001-23-31-000-2009-00395-01 (3152-15)

No. 274 del 6 de octubre de 2009²²	Prestar los servicios profesionales de carácter temporal como <u>instructor</u> impartiendo formación profesional integral en los programas de Formación Complementaria - Virtual, así como brindar apoyo cuando la Entidad lo requiera, en la elaboración y/o actualización de diseños curriculares, la asesoría en la formulación de planes de negocio, la evaluación y auditoria de normas de competencia laboral, en el diagnóstico, asesoría y seguimiento de las empresas creadas por los centros de formación, en la prestación de servicios tecnológicos, en ejercicio 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 y si aprendizaje por proyectos. CLAUSULA SEGUNDA: Para el desarrollo del objeto establecido en la cláusula primera de este contrato. El contratista se compromete a, entre otras cosas, impartir formación profesional en el programa de emprendimiento, que adelantara en el Centro para la Industria Petroquímica del SENA Regional Bolívar en los municipios a que haya lugar y se compromete a entregar en las fechas que el SENA estipule, los reportes estadísticos y registros inherentes al proceso de formación estipulados por el SENA, de conformidad con los horarios de formación del Centro para la industria Petroquímica	\$2.322.000 mensuales	6/10/2009 sin exceder el 31 de diciembre de 2008	2 meses 27 días	No se determina.
--	---	------------------------------	---	------------------------	-------------------------

De lo anterior se tiene que el señor OSCAR LEONARDO ÁLVAREZ MENESES laboró como instructor del SENA en los contratos Nos. 35 de 2008 y 274 de 2009, impartiendo formación profesional integral en los programas de Formación de esa entidad. Que, igualmente, prestó sus servicios a través del contrato No. 179 de 2009, con la finalidad de prestar apoyo en el desarrollo del componente empresarial, para el montaje de operación empresarial en los proyectos de técnicos de Empresas transformadoras y comercializadoras de alimentos concentrados en el marco del programa Jóvenes Rurales Emprendedores; dentro de esta actividad tenía la obligación de impartir formación profesional en el programa de emprendimiento (entre otras cosas).

Frente a la anterior situación, la Juez de primera instancia sostuvo que en estos contratos se encontraba probada la subordinación como quiera que la labor ejercida por el demandante era la de instructor, la cual es de naturaleza docente. En ese sentido expuso que, la misión del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, estaba directamente relacionada a los procesos de formación de los trabajadores colombianos, y que los contratos antes mencionados, a pesar de que no contener detalles específicos sobre las

²² Folio 31 y 93-96

13-001-33-33-006-2016-00191-00

obligaciones que ejecutaba el actor, sí indicaban, en su objeto, que la labor realizada correspondía a la de un docente, tal y como se expuso en el artículo 4° de la Ley 119/94, el artículo 2 del Decreto 2277/79, el artículo 104 de la Ley 115/94, las labores propias de la entidad, era indiscutible que la función ejecutada por el demandante en estos contratos, correspondía a la naturaleza de la entidad de formación. En el mismo sentido, concluyó que, del estudio de las cláusulas de dichos contratos, podía inferirse que el interesado no contaba con autonomía e independencia para realizar las labores encomendadas, pues cumplía su actividad de conformidad con el cronograma académico y se encontraba sometido a un horario establecido por el SENA para dictar su cátedra por horas, recibía una remuneración y prestaba personalmente el servicio para el cual fue vinculado, elementos propios de la relación laboral, no de un contrato de prestación de servicios.

Ahora bien, destaca esta Corporación que el Consejo de Estado, a través de diversos fallos de tutela²³ ha manifestado lo siguiente:

“Además, resulta pertinente precisar que mediante la referida sentencia de unificación que se alega desatendida, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Sección Segunda del Consejo de Estado se refirió, entre otros aspectos, a la condición de subordinada de la labor docente y, en su parte motiva, expuso lo siguiente:

[...] La vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicios, no desvirtúa el carácter personal de su labor ni mucho menos es ajena al elemento subordinación existente con el servicio público de educación, en razón a que al igual que los docentes – empleados públicos (i) se someten permanentemente a las directrices, inspección y vigilancia de las diferentes autoridades educativas, por lo que carecen de autonomía en el ejercicio de sus funciones, (ii) cumplen órdenes por parte de sus superiores jerárquicos y (iii) desarrollan sus funciones durante una jornada laboral de acuerdo con el calendario académico de los establecimientos educativos estatales en los que trabajan, motivo por el cual en virtud de los principios de primacía de la realidad sobre las formalidades e igualdad, los docentes-contratistas merecen una protección especial por parte del Estado [...].

²³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Bogotá, D.C., once (11) de diciembre de dos mil veinte (2020). Radicación número: 11001-03-15-000-2020-04010-01 (AC)

Sobre este tema, ver las siguientes sentencias: **CONSEJO DE ESTADO**, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN CUARTA. Bogotá, D.C., treinta (30) de enero de dos mil veinte (2020) Radicación número: 11001-03-15-000-2019-04995-00(AC). **CONSEJO DE ESTADO**, SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A. Bogotá D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 47001-23-33-000-2014-00123-01 (3257-16)



13-001-33-33-006-2016-00191-00

Sin embargo, en el aludido fallo se unificó la jurisprudencia respecto de las controversias relacionadas con el **contrato realidad** pero **en lo concerniente a la prescripción de los derechos derivados de tal eventualidad.**

Significa todo lo anterior que, en esa oportunidad, la decisión se profirió al estudiar y decidir el caso de una maestra de tiempo completo, al servicio del municipio de Ciénaga de Oro, **con dependencia y subordinación** frente a la entidad territorial para la cual trabajaba, **labor docente distinta a la que desempeñan los instructores del SENA.**

1. En ese orden de ideas, la Sala advierte que, si bien es cierto que en la sentencia de unificación cuya desatención alega la accionante, se dispone que la vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicio no desvirtúa el carácter personal de su labor, ni es ajena al elemento de subordinación, la realidad es que **tales consideraciones obedecen a una situación fáctica distinta a la que en esta oportunidad se estudia.**

Además, no puede pasarse por alto que en el interior del proceso ordinario se acreditó que la accionante, señora Teresita de Jesús Rozo López, tenía contrato de prestación de servicios tanto con el SENA como con otras entidades, lo que desvirtuaba la configuración de los elementos del contrato de trabajo, especialmente, la subordinación.

De otra parte, **la labor docente referida en la sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado no es la misma que cumplen los instructores del SENA** y que se encuentra prevista en el Decreto Ley 2277 de 1979 y en el artículo 104 de la Ley 115 de 1994. Al respecto en dicha providencia se expuso lo siguiente:

[...] En lo que se refiere a la vinculación de docentes a través de contratos de prestación de servicios, sea lo primero advertir que el artículo 2 del Decreto ley 2277 de 1979 define como docente a quien ejerce la profesión de educador, es decir, "...el ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales y no oficiales de educación en los distintos niveles de que trata este Decreto. Igualmente incluye esta definición a los docentes que ejercen funciones de dirección y coordinación de los planteles educativos, de supervisión e inspección escolar, de programación y capacitación educativa, de consejería y orientación de educando, de educación especial, de alfabetización de adultos y demás actividades de educación formal autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional en los términos que determine el reglamento ejecutivo".

Asimismo, les impone la citada normativa una serie de obligaciones y prohibiciones, entre las que se destacan: i) "Cumplir las órdenes inherentes a sus cargos que les impartan sus superiores jerárquicos", (ii) "Cumplir la jornada laboral y dedicar la totalidad del tiempo reglamentario a las funciones propias de su cargo" y (iii) no "...abandonar o suspender sus labores injustificadamente o sin autorización previa".

*La mencionada definición de la labor docente fue reafirmada por el artículo 104 de la Ley 115 de 1994 (Ley General de Educación) al prever que “El educador es el orientador en los establecimientos educativos, de un proceso de formación, enseñanza y aprendizaje de los educandos...”, norma en la que además se consideró al servicio educativo como público y de responsabilidad de la Nación y de las entidades territoriales, debidamente reglamentado por el gobierno nacional, por intermedio del Ministerio de Educación Nacional en coordinación con las secretarías de educación departamentales, municipales y distritales, bajo el denominado plan de desarrollo educativo de revisión decenal.
(...).*

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

El anterior planteamiento pone de presente que el Tribunal Administrativo de Bolívar no incurrió en el defecto de desconocimiento del precedente al dictar la sentencia de 12 de junio de 2020,

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Sala procede a rectificar su posición en esta providencia, toda vez que con anterioridad se venía equiparando la función docente a la de los instructores del SENA, por cuanto estos últimos prestaban sus servicios a dicha institución de formación profesional en condiciones similares a las de los docentes, por tanto se presumía la subordinación; sin embargo, a tendiendo el criterio antes expresado por el Máximo Tribunal Contencioso Administrativo, se procederá a realizar el estudio de cada uno de los contratos en los que el actor ejerció la labor de instructor, a efectos de verificar si, en asocio con las demás pruebas aportadas al proceso, puede deducirse el elemento subordinación que se exige para la declaratoria del contrato realidad.

En ese orden de ideas, se tiene que, el primer contrato a través del cual el señor OSCAR LEONARDO ÁLVAREZ se desempeñó como instructor, fue el No

13-001-33-33-006-2016-00191-00

35 de febrero de 2008 y su adicional²⁴. En el mismo prestó servicio por un total de 444 horas, correspondiente a 6 cursos de 74 horas.

En relación con las otras pruebas traídas al plenario, se cuenta únicamente con el testimonio del señor ANDRÉS ABELINO PEREIRA GUZMÁN²⁵ quien se desempeña como instructor de planta del SENA, en el Centro Internacional Náutico, Fluvial y Portuario. Respecto del caso en comento dijo que, conoce al demandante desde el 2006, cuando entró como practicante al centro fluvial del SENA, que en el 2007 este pasó a ser almacenista y en el 2008 tuvo un vínculo con el Centro Náutico como instructor de emprendimiento. En el año 2009 fue contratado en el Centro Industrial y Petroquímico del SENA. Expuso que el demandante, en calidad de instructor, cumplía horarios como quiera que tenía una responsabilidad en el proceso de formación, puesto que los alumnos tienen un horario y ese mismo horario deben cumplirlo los instructores. Se le preguntó por qué sabía eso que declaraba y respondió que él también trabajaba allá. Que, como instructor el demandante cumplía el mismo horario que cumplía él (el declarante), de 7 a 5 pm. Que en el 2009 el señor Álvarez pasó a trabajar al Centro Industrial y Petroquímico del SENA (por lo tanto sobre ello no declaró). Se le preguntó si el demandante podía delegar sus funciones en otra persona; el declarante respondió que no, puesto que la labor de instructor era personal. Se le preguntó si el actor debía cumplir los reglamentos del SENA, y respondió que sí debía cumplirlos, también manifestó que el accionante debía presentar informes a sus superiores, evaluar y llevar un control de asistencia de sus alumnos, debía asistir a las reuniones que convocaran los jefes y que en dichas reuniones se veían. Se le preguntó si había alguna diferencia entre los instructores contratados y los de planta; frente a ello respondió que no había ninguna diferencia, que el actor cumplía las mismas funciones de un instructor de planta. Se le preguntó por qué sabía de esos hechos que manifestaba; dijo que ese era el diario "trajín" del SENA, pues él como instructor tiene esas obligaciones. Expuso que las actividades de instructor el actor las impartía por fuera del centro del SENA. Que no escuchó comentarios de novedades de sanción o investigaciones en contra del demandante. Afirmó que le constaba que el señor Oscar trabajó fuera de Centro, pero en la ciudad de Cartagena, no le consta que lo hayan mandado nunca a los municipios.

²⁴ Folio 26-30

²⁵ (Min: 10:08)

13-001-33-33-006-2016-00191-00

Teniendo en cuenta lo anterior, se tiene que, el testigo sólo indica, de manera genérica, cómo son las labores de un instructor vinculado al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, como son evaluar y llevar un control de asistencia de sus alumnos y asistir a las reuniones que convocaran los jefes. Sin embargo, dichas afirmaciones no son suficientes para determinar que el actor se encontraba inmerso en una relación de subordinación, toda vez que no se probó que, el accionante, como instructor, debiera estar sujeto al cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo exigidos, que son naturales en una relación laboral.

Adicionalmente, en las declaraciones anteriores, si bien el testigo afirmó que las labores realizadas por el señor Oscar Leonardo eran las mismas de los instructores de planta, por cuanto evaluaba a los estudiantes, asistía a reuniones con los superiores funcionales y rendía informe mensual de su gestión; lo cierto es que estas actividades no desvirtúan el contrato de prestación de servicios, puesto que las mismas se pueden enmarcar dentro de las labores de coordinación que perfectamente se presentan en este tipo de ordenes de servicio.

Por otra parte, el declarante afirma que conocía que el actor cumplía horario, toda vez que los alumnos tienen unos horarios que se debían cumplir; también aseguró que el actor cumplía el mismo horario que él (el declarante), pero luego expuso la labor desempeñada por el demandante no era en el SENA, como sí lo hacía el declarante, sino que debía salir a dictar sus clases en otras localidades de la ciudad; razón por la cual, no se explica este Tribunal como el testigo podía tener certeza del horario específico que cumplía el actor si él no los veía a diario sino en las reuniones.

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 el señor ÁLVAREZ MENESES 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.

En lo que se refiere al contrato No. 179 del 11 de julio de 2009, se tiene que en el mismo no se especifica que el señor ÁLVAREZ MENESES cumpliera la labor

13-001-33-33-006-2016-00191-00

de instrucción, sin embargo, una de las funciones desempeñadas era la de formador, pero adicionalmente tenía otras obligaciones que no están relacionadas directamente con la docencia, como son:

“c) Entregar el plan de ejecución mensual y avances de los proyectos d) acompañar formalización de la forma asociativa que adopten para la explotación de la unidad productiva e) aportar la población beneficiaria de los proyectos f) Gestionar fuentes de recursos en especies o financieras para el desarrollo de los proyectos, entre otras, Gobernaciones, Alcaldías, Entidades públicas y privadas g) presentar un plan de estrategias de fortalecimiento que permitan sostenibilidad de los proyectos productivos ejecutados, h) Recepción de los materiales de formación para la realización de las practicas logrando el objeto de las misma en su totalidad i) presentar proyectos a la unidad de emprendimiento del Centro Náutico Acuicola y Pesquero j) asistir a la correspondiente Inducción del programa Jóvenes Rurales Emprendedores 2009”²⁶

Aunado a lo anterior, se tiene que ninguno de los dos testigos traídos al proceso, manifestaron conocer los por menores de este contrato; ello, teniendo en cuenta que el señor ANDRÉS ABELINO PEREIRA GUZMÁN solo tuvo relación laboral con el actor hasta el año 2008, puesto que en 2009 este ultimo fue trasladado al Centro para la Industria Petroquímica. Por otro lado, el señor DALMIRO MAZA ANAYA²⁷ se refirió a la labor realizada por el accionante desde el año 2009 al 2014, pero frente a su vinculación en el área de contratación y compras (contratos estos frente a los cuales no se declaró el contrato realidad en primera instancia).

En cuanto al contrato No. 274 del 6 de octubre de 2009²⁸, se tiene que el mismo era para prestar servicios como instructor, impartiendo formación profesional integral en los programas de formación Complementaria – Virtual; en el mismo no se dispuso una intensidad horaria para laborar, ni mucho menos, adicionalmente no existe mayor información en el proceso que indique las características de dicho convenio y la forma en la que éstas eran atendidas por el accionante.

Conforme con lo antes señalado, se considera por parte de este operador judicial que no existe prueba que acredite la continuada subordinación y dependencia que alega la demandante, que existió en desarrollo del contrato

²⁶ Folio 201

²⁷ Min: 32:32

²⁸ Folio 31 y 93-96

13-001-33-33-006-2016-00191-00

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, que se asista a reuniones o que se deba rendir informes, pues 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 último debe mencionarse que, el artículo 167 del CGP., establece que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que invocan, sin embargo en el caso de marras dicha carga no fue asumida por la parte actora, tal y como lo expone el Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 4 de febrero de 2016²⁹.

En ese orden de ideas, esta Corporación procederá a REVOCAR la sentencia de primera instancia, y en su lugar se denegarán las pretensiones de la demanda.

5.6. De la condena en costa.

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

²⁹ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCION B.- Bogotá, D.C., cuatro (04) de febrero dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 05001-23-31-000-2010-02195-01(1149-15)

13-001-33-33-006-2016-00191-00

ambas instancias, por cuanto la sentencia se dictada por el A-quo fue revocada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, conforme con lo expuesto en esta providencia.

SEGUNDO: En consecuencia, **NEGAR** las pretensiones de la demanda.

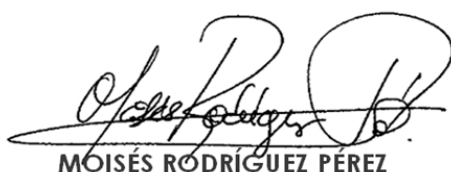
TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante, en ambas instancias, conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala virtual No. 020 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS
Salvamento de voto



JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ