



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO  
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y  
SANTA CATALINA**

**SIGCMA**

San Andrés Isla, Junio (18) de Junio de dos mil veintiuno (2121).

Sentencia No. 0039

<b>Medio de Control</b>	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
<b>Radicado</b>	88-001-33-33-001-2018-00086-01
<b>Demandante</b>	Rose Marie Pomare M´claughlin
<b>Demandado</b>	Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA
<b>Magistrado Ponente</b>	Jesús Guillermo Guerrero Gonzalez

**I. OBJETO DE LA DECISIÓN**

Procede la Sala a resolver apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia No. 00140-19 de fecha 16 de diciembre de 2019, proferida por el Juzgado Único Contencioso Administrativo de este circuito judicial, dentro del proceso iniciado por la señora Rose Marie Pomare Mc´Laughin en contra del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, que resolvió:

***“PRIMERO: NIÉGANSE las pretensiones de la demanda.***

***SEGUNDO: CONDÉNASE en costas a la parte demandante. De igual manera se le condena a agencias en derecho la cuales se fijam en 4% de lo pedido.***

***TERCERO: Contra la presente decisión procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 del CPACA.***

***CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, por secretaria, liquídense los gastos del proceso, y en caso de remanentes, devuélvanse al interesado. Desanotese en los libros correspondientes y archívese el expediente.”***

**II. ANTECEDENTES**

**- LA DEMANDA**

La señora Rose Marie Pomare Mc´Laughin por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo

Contencioso Administrativo, solicitó se efectúen las siguientes declaraciones y condenas, así:

**- PRETENSIONES**

1. *“ Que se declare que existió una relación laboral entre la señora Rose Marie Pomare Mc'Laughin y el SENA Regional San Andrés, por haberse configurado un contrato realidad, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades con respecto de todos y cada uno de los contratos de prestación de servicios que suscribió mi poderdante con el SENA Regional San Andrés durante los años 2008 a 2015, toda vez que concurrieron los tres elementos constitutivos del mismo, esto es la prestación personal, la subordinación y la remuneración, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 del código sustantivo de trabajo.*
  
2. *Que se declare la nulidad del oficio No. 001140 de 21 de marzo de 2018, mediante el cual el Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA, regional San Andrés negó el reconocimiento de la existencia del contrato de trabajo y el pago de todas las prestaciones sociales derivadas del mismo con ocasión de las vinculaciones laborales que suscribió mi mandante con la demanda durante ocho años entre los años 2008 a 2015.*
  
3. *Como consecuencia de la anterior declaratoria y a título de restablecimiento del derecho, se condene y ordene al SENA Regional San Andrés, efectuar el pago de las prestaciones sociales a cargo del empleador, haciendo aclaración que para su liquidación debe tenerse en cuenta todos los factores salariales que la ley establece para dichos efectos y asimismo, deben ser liquidados sobre la suma que devengaba mensualmente, por las siguientes prestaciones sociales y demás conceptos:*
  - a. *El auxilio de cesantías;*
  - b. *Los intereses sobre las cesantías;*
  - c. *Sanción moratoria por cada día de retardo por el pago de cesantías.*
  - d. *Prima de servicios;*
  - e. *Prima de navidad*
  - f. *Vacaciones*
  - g. *Prima de vacaciones*

- h. Bonificación por servicios prestados en los términos del Decreto 415 de 1979;*
  - i. Subsidio de alimentación en un 20% del salario mínimo legal mensual vigente.*
4. *Igualmente a título de restablecimiento del derecho, se condene y ordene al SENA Regional San Andrés, efectuar el pago de las cotizaciones en seguridad social que debió efectuar el SENA en calidad de empleador a favor de las entidades que se encontraba afiliada mi mandante en especial las cotizaciones en pensión, así como la devolución de los mayores valores que pagó de los porcentajes establecidos en la ley según le correspondían como trabajadora.*
5. *Que se ordene en cumplimiento de la sentencia que ponga fin al este proceso dentro del término establecido en los artículos 192 al 195 del código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*
6. *Que se ordene la actualización e indexación de las sumas a que se condene a SENA pagar conforme al índice de precios al consumidor-IPC, según lo dispuesto en el artículo 187 ibidem.*
7. *Que se condene en costas a la entidad demandada.”*

**- HECHOS**

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los hechos que a continuación se sintetizan así:

Manifiesta la demandante que prestó sus servicios como instructora tutora para el aprendizaje de inglés apoyando en ambiente virtual de aprendizaje del centro de formación turística, gente de mar y servicios del SENA Regional San Andrés durante el lapso comprendido entre los años 2008 a 2015, en forma personal.

Refiere que se vinculó con el SENA y ejecutó en forma personal por 8 años, los siguientes contratos de prestación de servicios fueron sucesivos de la siguiente manera:

<b>Contrato de prestación de servicio</b>	<b>Duración</b>	<b>Objeto</b>	<b>Remuneración mensual</b>
No. 76 de 25 de enero de 2008	11 meses	Prestación de servicios como instructor para el aprendizaje de ingles apoyando en ambiente virtual.	\$ 1.464.120
No. 241 de 3 de febrero de 2009	11 meses	Prestación de servicios como instructor para el aprendizaje de ingles apoyando en ambiente virtual.	\$ 1.573.929
No. 343 de 25 enero de 2010	10 meses	Prestación de servicios como instructor para el aprendizaje de ingles apoyando en ambiente virtual.	\$ 1.606.000
No. 93 de 7 de febrero de 2011	4 meses y 15 días	Prestación de servicios como instructor para el aprendizaje de ingles apoyando en ambiente virtual.	\$ 1.750.000
No. 1293 de 8 septiembre de 2011	3 meses y 9 días	Prestación de servicios como instructor para el aprendizaje de ingles apoyando en ambiente virtual.	\$ 1.750.000
No. 274 de 7 de marzo de 2012	4 meses	Prestación de servicios como instructor para el aprendizaje de ingles apoyando en ambiente virtual.	\$ 2.000.000
No. 784 de 23 julio de 2012.	4 meses y 21 días	Prestación de servicios como instructor para el aprendizaje de ingles apoyando en ambiente virtual.	\$ 1.500.000
No. 201 de 19 de marzo de 2013	8 meses y 15 días	Prestación de servicios como instructor para el aprendizaje de ingles apoyando en ambiente virtual.	\$ 1.545.000
No. 227 de 22 de enero de 2014	6 meses	Prestación de servicios como instructor para el aprendizaje de ingles apoyando en ambiente virtual.	\$ 1.591.000
No. 326 de 3 de marzo de 2015	8 meses	Prestación de servicios como instructor para el	\$ 1.655.000

		aprendizaje de ingles apoyando en ambiente virtual.	
--	--	---	--

Señala que durante todo el tiempo laborado al servicio del SENA cumplió con un horario de trabajo de lunes a viernes y en su situación particular, en un turno de ocho horas diarias de 6:00 am a 2:00 pm en las instalaciones que dispuso el SENA Regional San Andrés.

Afirma que no tuvo autonomía de la ejecución de los contratos de prestación de servicio, por cuanto le impartían órdenes y funciones en cuanto al modo, tiempo y lugar en que debían ejecutarlas, teniendo que ajustarse a la pedagogía de la Institución, lo que demuestra un sometimiento y dependencia laboral, lo que configura un contrato realidad.

Expone que de las cláusulas contractuales se puede evidenciar que durante el tiempo que laboró siempre realizó sus funciones bajo una continuada subordinación y dependencia de los jefes inmediatos (supervisores, facilitadores, e integrador Master que el SENA designaba para vigilar y velar por el cumplimiento desde el horario de trabajo hasta las actividades que debía realizar en desarrollo de su cargo como tutora virtual), teniendo que cumplir las órdenes que impartía los tutores de aprendizaje de inglés en el desarrollo de su trabajo, e incluso tener que acatar órdenes dadas directamente por la directora del SENA, lo que demuestra que trabajó en la forma, tiempo, modo, lugar y horario impuesto por los directivos, actos que configuran un sometimiento y dependencia laboral en las condiciones que realizó su labor constituyéndose la existencia de una relación jurídica que se presenta entre empleadores y trabajadores.

Argumenta que durante el desempeño del cargo de instructora-tutora para aprendizaje de inglés, mí poderdante siempre realizó funciones permanentes y propias del SENA, puesto que se trató de programas de formación académica, cuyo objeto social del SENA es precisamente ello, adicionalmente, dicha labor se debía y exigía que se cumpliera en las instalaciones que disponía la Institución, en un horario impuesto y con las herramientas de propiedad del ente, no existiendo nunca autonomía mucho menos independencia para ejecutar la labor contratada, desdibujándose así la figura de contrato de prestación de servicios y por ende, constituyéndose en una auténtica relación de trabajo.

## **SIGCMA**

Insiste que a pesar de que en la cadena sucesiva de los contratos de prestación de servicio que se vienen de relacionar aparecen algunos breves intervalos, que obedecieron a las fechas de iniciación de los cursos, dado que las convocatorias a los cursos de formación académica que periódicamente el SENA ofrece en sus centros de aprendizaje para la apertura de los mismos, correspondiendo por lo general como fecha de inicio y terminación de cada contrato, el inicio del año lectivo y finalización del mismo, lo que puede entrecerse o asimilarse a las vacaciones o las pausas que el centro les concedía a los docentes de planta; es decir, que los servidores los prestó sin solución de continuidad, teniendo en cuenta el calendario académico previsto por las resoluciones que expide anualmente el Director General del SENA para los centros de formación académica.

Enrostra que es importante resaltar que la necesidad del servicio por la cual se contrató a mí mandante aún persiste a la fecha, indistintamente que haya venido cambiando de personal o de contratista, quiere decir que el objeto de los contratos suscritos por la demandante nunca han sido de manera ocasional o temporal, ( el cual es fundamento para celebrarse contrato de prestación de servicios), lo cual no implica que la duración o el periodo laborado por la demandante es porque ya no hubo la necesidad del servicio, sino solo cambio de personal que sin más decidieron no seguir contratándola.

Comunica que en cumplimiento y desarrollo de su labor siguió y acató órdenes verbales, escritas y mediante correos electrónicos por parte de los supervisores, facilitadores, integradores masters del SENA.

Ilustra que el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA Regional San Andrés efectuó retención en la fuente sobre los ingresos que percibió por cada contrato que suscribió con la entidad, como es de conocimiento.

Sostiene que mediante escrito de 15 de marzo de 2018 con radicado No. 514 ante el SENA Regional San Andrés, presentó reclamación administrativa para el reconocimiento de la existencia de una relación laboral y el pago de las prestaciones derivadas de la misma, escrito con el cual se interrumpió el término de prescripción trienal de las acreencias laborales.

Soporta que por medio del oficio No. 001140 de 21 de marzo de 2018, el SENA negó la anterior solicitud, notificada la decisión el día 22 de marzo de la misma anualidad.

Finalmente expone que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se presenta esta demanda dentro del término de ley, no operando la caducidad de la acción como tampoco la prescripción de las acreencias laborales.

#### **- NORMAS VIOLADAS**

La parte demandante señala como normas violadas las siguientes:

Constitución: artículos 1,13,25,38,39,40,48,53 y 125.

Código sustantivo de trabajo 22,23 y 24

Ley 80 de 1993; artículos 3 y 32.

Decreto 1950 de 1973 artículo 7.

Decreto 24000 de 1968 artículo 2

Decreto 2503 de 1998 artículo 2

Ley 790 de 2002 artículo 17.

Ley 734 de 2002; numeral 29 del artículo 48.

#### **- CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

La actora inicia su argumentación citando apartes de sentencias proferida por la Corte Constitucional dentro de la cual se precisan los alcances de la diferencia entre el contrato laboral y el contrato de prestación de servicio, además de realizar anotaciones respecto al principio de la prevalencia de la realidad sobre las formalidades.

Más adelante expuso que el Consejo de Estado ha señalado, que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestre la subordinación o dependencia respecto del empleador. En tal caso, surgirá el derecho al pago de una indemnización en favor del contratista por las prestaciones sociales dejadas de pagar en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo. Así pues, desvirtuado el contrato de prestación de servicios y demostrada la existencia de un contrato laboral, surge a favor del afectado el derecho a recibir una indemnización por las prestaciones sociales dejadas de percibir.

Agrega que la entidad incurrió en una falsa motivación al expedir el acto administrativo que se impugna. Ello por cuanto partió de una premisa equivocada que no se adecúa a la realidad, pues se desconoció la naturaleza real de la relación que ligó a las partes, lo que determinó que la decisión adoptada no se ciñera a la legalidad.

Finalmente, reitera la existencia de una relación de carácter laboral entre la demandante Rose Marie Pomare M'clauglin y el Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA.

#### **- CONTESTACIÓN**

La entidad demandada guardó silencio.

#### **- SENTENCIA RECURRIDA**

El Juzgado Único Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante sentencia No. 00140 del 16 de diciembre de 2019, negó las pretensiones de la demanda bajo las siguientes consideraciones:

Expuso que dadas las condiciones del servicio docente y quien demuestre que ha sido vinculado para desarrollar la actividad de esa naturaleza tiene a su favor la presunción de subordinación, pues ha sostenido el Consejo de Estado que la naturaleza del servicio se lo impone en síntesis, la subordinación laboral se encuentra implícita en el desempeño de la actividad docente.

Argumentado el A-quo que respecto de los contratos de prestación de servicios, se advierte que la demandante no se obligaba a prestar sus servicios como instructor en forma directa y personal en actividades que desarrollaba el SENA regional San Andrés Islas a través del Centro de Formación Turística, gente de Mar y servicios, puesto que no hubo una presentación personal del servicio<sup>1</sup>.

Por ello, consideró que así las cosas y de acuerdo a la jurisprudencia del H. Consejo de Estado y de la labor desempeñada por la demandante en el caso concreto entre los años 2008 a 2015 de los que por sí mismo, no se puede considerar como una actividad que estuviera sujeta a una subordinación y dependencia, pues era

---

<sup>1</sup> Folio 183 del Cuaderno de Apelación

precisamente la característica de la actividad, la cual marginaba de un sometimiento o “subornación continuada” en el desarrollo de la tarea contratada.

Además el operador judicial hace referencia a los contratos en cuanto a la educación virtual, sin que sea necesario que el cuerpo, tiempo y espacio se conjuguen para lograr establecer un encuentro de diálogo o experiencia de aprendizaje, sin que se de un encuentro cara a cara entre el alumno y el profesor, por lo anterior consideró que no es posible establecer una relación interpersonal de carácter pedagógico.

Exponiendo la instancia que la formación virtual es entonces, una modalidad de la educación a distancia, siendo este un sistema de formación independiente mediado por diversas tecnologías, con la finalidad de promover el aprendizaje sin limitaciones de ubicación o restricciones físicas tanto para el alumno como para el tutor.

Asi mismo consideró que de hecho recibir instrucciones sobre la correcta prestación del servicio, cumplir determinados horarios o rendir informes sobre la prestación del mismo no constituye elementos de una relación de subordinación continuada, si no que se enmarca en una relación de coordinación que debe existir entre los contratistas vinculados mediante contrato de prestación de servicios y la administración para la correcta ejecución de los recursos públicos en aras de prestar un mejor servicio.

Concluye manifestando, que el inciso 2º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no crea una presunción legal que permita considerar como laboral toda relación contractual estatal en la modalidad de prestación de servicio. Antes por el contrario, la disposición en cita de manera expresa estableció que en ningún caso se generaría una relación de trabajo, por lo que, si el contratista recurre a la jurisdicción, está en la obligación de desvirtuar la naturaleza del contrato estatal, como quiera que es él quien está llamado a demostrar los elementos esenciales o configurativos de una verdadera relación laboral.

#### **- RECURSO DE APELACIÓN**

La parte demandante fundamenta su inconformidad con la sentencia recurrida bajo los siguientes argumentos:

Manifiesta que yerra el A quo en concluir que no se configuraron los elementos propios necesarios de una relación laboral, pues contrario a lo afirmado en la

sentencia que se recurre, se insiste que conforme a las pruebas que obran en el plenario y acorde a la normativa y jurisprudencia aplicable y citada por el Juzgado, la demandante, mientras duró su vinculación con el SENA, estuvo en subordinación, prestó en forma personal el servicio para la cual fue contratada y obtuvo una remuneración como contraprestación de la labor que ejecutó, como pasa a verse:

En relación con el elemento de subordinación y dependencia, bien lo afirmó el A quo al indicar que éste es el requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo; subordinación que debe ser tipo jurídica que *“implica la posibilidad del contratante del servicio para disponer de la fuerza de trabajo conforme mejor le conviene a los intereses de la entidad, con la posibilidad de dar órdenes e instrucciones al empleado respecto de la demanda, forma, tiempo y calidad del servicio que se presta”*.

Acorde a lo anterior, en el caso de la señora Pomare, contrario a lo considerado por el A quo, está demostrado el elemento de la subordinación, teniendo en cuenta que las funciones que le fueron impartidas se le exigía e indicaba que las cumplieran en el tiempo, modo y lugar que el SENA establecía. Es así como se demuestra del objeto de los contratos en los cuales se estipuló que el instructor debía impartir formación profesional de manera personal; también se fijó el número de horas pactadas, y además, la remuneración por concepto de honorarios órdenes de prestación de servicios.

Manifestando que en el contrato No.76 suscrito el 25 de enero de 2008, señaló algunas partes que en la cláusula segunda que dice: *“Segundo: Obligaciones. Obligaciones Generales: (...) El Contratista se obliga a: (...) d) Presentar dentro de los cinco (5) primeros días del mes, un plan de trabajo mensual de las actividades de aprendizaje a realizar, e) Participar en los comités de evaluación y seguimiento, e) (sic) Presentar un reporte mensual del desarrollo el proceso de aprendizaje en el cual participa, (...) i) Anexar al informe: reporte de evaluación en la hora de trabajo arrojado por el Sistema Gestion de Centro (...)”*.

Del mismo modo, en el contrato No.326 de 2 de marzo de 2015, en la cláusula cuarta se observa lo siguiente: *“Obligaciones de las partes: A) obligaciones del (la) contratista: El (la) Contratista, (...) se obligan para con el SENA a:Obligaciones específicas: 1) Dar respuesta en un tiempo no mayor a 24 horas a los correos enviados ya sea por los directivos de la Entidad, del grupo de bilingüismo y por los aprendices que le sean asignados. (...) 6) Cumplir con las funciones asociadas a*

las labores del instructor. 7) Apoyar las gestión del programa para el posicionamiento Regional y Nacional. 8) Participar activamente en el cumplimiento de las metas de la Regional de acuerdo con los lineamientos brindados por el supervisor de contratos. 9) Asistir a todas las reuniones que sean programadas por la institución. (...) 11) Participar en grupos de trabajo cuando del Coordinador Académico así lo requiera. 12) Asistir y participar en las capacitaciones, en los procesos de actualización y formación requeridos en las fechas y sitios que determina el SENA.  
(...)"

Sostiene que la demandante no podía ejecutar o realizar las funciones para la cual fue contratada de manera autónoma, pues tenía que realizar las actividades dentro de un horario establecido por el SENA, presentar un plan de trabajo mensual de las actividades de aprendizaje a realizar, bajo los parámetros y condiciones que la entidad fijada, así como estaba en la obligación de asistir a reuniones que la institución programaba y participar en grupos de trabajo cuando el Coordinador Acaémico lo exigía, como tambie asistir en las capacitaciones, procesos de actualización y formación en la fecha y lugar que determinaba el SENA.

Por lo anterior, mal podría estimarse y aceptar la tesis de que la tutora tuvo autonomía en sus funciones que ejecutó y que dichas funciones no perteneciera al giro ordinario; por el contrario, son funciones permanentes y propias del SENA, puesto que se trató de programas de formación académica, lo cual es objeto social del SENA.

**- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

Guardó silencio dentro de la oportunidad procesal.

**- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Parte demandante guardó silencio.

Parte demandada guardó silencio.

**- ACTUACIÓN PROCESAL**

En trámite de la audiencia de alegaciones y juzgamiento se profirió sentencia No. 00140-19 del dieciséis (16) de diciembre de 2019, en la cual se negaron las pretensiones de la demanda.<sup>2</sup>

La parte demandada presentó oportunamente recurso de apelación en contra del fallo.<sup>3</sup> Mediante auto de No. 0090-20 de fecha trece (13) de febrero de 2020, se concedió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora.<sup>4</sup>

El Tribunal Contencioso Administrativo, mediante auto de Sala No. 061 del ocho (08) de julio de 2020, aceptó el impedimento elevado por el H.M. Doctor José María Mow Herrera<sup>5</sup>.

Posteriormente, mediante auto No. 088 del cuatro (04) de agosto de 2020, se admitió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante, y se dispuso correr traslado a las partes con el fin de presentar sus alegatos<sup>6</sup>.

Durante el término de traslado, sólo la parte demandada alegó de conclusión.  
El Ministerio Público guardó silencio.

**III. CONSIDERACIONES**

**- COMPETENCIA**

Corresponde a la Sala, decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia No. 00140-19 de fecha 16 de diciembre de 2019, proferida por el Juzgado Único Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en virtud de lo establecido en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011.

**- PROBLEMA JURÍDICO**

La Sala debe resolver si en el caso concreto se configuran los elementos de subordinación y dependencia que se alegan, propios de una relación laboral y, en

---

<sup>2</sup> Folios 174 - 184 del cuade00000000000000mo de apelación.

<sup>3</sup> Fls. 188 - 195 Cuaderno de Apelación.

<sup>4</sup> Folio. 197 Cuaderno de Apelación.

<sup>5</sup> Folio 206 de Cuaderno de Apelación.

<sup>6</sup> Folio 210 de Cuaderno de Apelación.

consecuencia, corresponde el reconocimiento y pago de prestaciones sociales conforme a lo pretendido por la actora.

Para dar solución al problema jurídico planteado, la Sala revisará los siguientes temas: (i) los contratos de prestación de servicios, (ii) el principio de primacía de la realidad sobre las formas y (iii) los elementos constitutivos de la relación laboral.

#### Acto Administrativo Demandado

El acto administrativo demandado corresponde al oficio No. 001140 de fecha 21 de marzo de 2018, expedido por el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA Regional San Andrés, Islas, mediante el cual negó el reconocimiento de la existencia de un contrato de trabajo y el pago de acreencias laborales solicitadas en la demanda.

#### **- TESIS**

La Sala sostendrá la tesis que se encuentran estructurados los elementos necesarios para la declaratoria de existencia de una relación laboral, razón por la cual se revocará en este aspecto la sentencia recurrida.

#### **- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

##### Del contrato de prestación de servicios

La Ley 80 de 1993 en su artículo 32 dispone sobre el contrato de prestación de servicios lo siguiente:

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

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

Conforme a la norma citada, para la suscripción de este tipo de contrato con persona natural, es menester (i) que no exista en la entidad personal de planta que pueda realizar la actividad o (ii) se requiera de conocimientos especializados con que la

entidad no cuente. Igualmente señala la norma que su duración será por el término estrictamente indispensable, es decir, que la actividad a desarrollar tiene un límite temporal y no pertenece a las funciones propias de la entidad.

Respecto al contrato de prestación de servicios la H. Corte Constitucional ha sostenido lo siguiente:

“El contrato de prestación de servicios se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

- a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.
- b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato.
- c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y es indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido.

Por último, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo<sup>7</sup>.

Conforme a lo anterior, es factible desvirtuar el contrato de prestación de servicios suscrito por la administración cuando se demuestre la configuración de los elementos constitutivos de una relación laboral (subordinación, prestación personal del servicio y la remuneración por el servicio prestado), 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, de conformidad con el artículo 53 de la Constitución Política.

#### Del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas

Respecto a la aplicabilidad de este principio, el Consejo de Estado ha sostenido lo siguiente:

---

<sup>7</sup> Corte Constitucional sentencia C-154 de 1997

“Se ha señalado que 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 esa modalidad el efecto normativo y garantizador 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 lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla

Adicionalmente, el artículo 25 constitucional, establece que el trabajo es un derecho fundamental que goza "...en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado.". De ahí que se decida proteger a las personas que bajo la figura de un contrato de prestación de servicios cumplan funciones y desarrollen actividades en las mismas condiciones que los trabajadores vinculados al sector público o privado, para que reciban todas las garantías de carácter prestacional, independientemente de las formalidades adoptadas por las partes contratantes”.

De ahí la necesidad de proteger el derecho fundamental al trabajo, que en algunas ocasiones se ve vulnerado por el actuar arbitrario de la administración al pretender burlar los derechos laborales y prestacionales que le asisten a los trabajadores, cuando se suscriben contratos de prestación de servicios que una vez analizados por el juez se constata la existencia de una verdadera relación laboral.

#### De los elementos constitutivos de una relación laboral

Ahora bien, para poder decretar la existencia de un contrato de trabajo realidad, es menester que la parte actora pruebe los elementos esenciales de la relación laboral. Es necesario que se pruebe: (i) que la actividad en la entidad haya sido realizada de manera personal, (ii) que se haya recibido una remuneración o pago por la actividad desarrollada y (iii) la existencia una relación de subordinación o dependencia con respecto al empleador-entidad.

De los elementos antes señalados, se tiene que la subordinación es elemento principal, respecto del cual se debe desplegar un gran ejercicio probatorio para poder acreditar la existencia del contrato realidad. Como lo ha manifestado la jurisprudencia, la subordinación es 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 laboral.

Por otra parte, conforme a la jurisprudencia, además de la acreditación de las exigencias legales, es decir los elementos esenciales de la relación laboral,

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 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<sup>8</sup>.

El Consejo de Estado efectuó análisis jurisprudencial de los contratos de prestación de servicios en la situación particular de los docentes. A ese respecto discurrió de la siguiente manera:<sup>9</sup>

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

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

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

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

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

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

---

<sup>9</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Radicación número: 20001-23-31-000-2011-00503-01(3517-13).

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

El artículo 45 del Decreto 2277 de 1979 o Estatuto Docente señala que a los docentes les está prohibido abandonar o suspender sus labores injustificadamente o sin autorización previa, entre sus deberes se encuentran:

- "a) Cumplir la Constitución y las leyes de Colombia;*
- b) Inculcar en los educandos el amor por los valores históricos de la Nación y el respeto a los símbolos patrios;*
- c) Desempeñar con solicitud y eficiencia las funciones de su cargo;*
- d) Cumplir las órdenes inherentes a sus cargos que les impartan sus superiores jerárquicos;*
- e) Cumplir un trato cortés a sus compañeros y a sus subordinados y compartir tareas con espíritu de solidaridad y unidad de propósito;*
- f) Cumplir la jornada laboral y dedicar la totalidad del tiempo reglamentario a las funciones propias de su cargo;*
- g) Velar por la conservación de útiles, equipos, muebles y bienes que le sean confiados;*
- h) Observar una conducta pública acorde con el decoro y la dignidad del cargo;*
- i) Las demás que para el personal docente, determinen las leyes y los reglamentos ejecutivos."*

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

Sin embargo, debe recordarse que esta Sección ha concluido<sup>1</sup> que el horario normal de trabajo de los maestros es el que corresponde a la jornada de los planteles educativos de enseñanza donde laboran "a fin de cumplir con el pensum señalado a este nivel de educación, independientemente de su intensidad horaria".

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

Reza así la citada disposición:

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

---

<sup>1</sup> Sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A de 5 de agosto de 1993, Exp. 6199, M.P. Clara Forero de Castro.

Y la Corte Constitucional expresó, respecto de la actividad que ejecutan los docentes al servicio de la educación oficial vinculados por contrato de servicios que<sup>2</sup>:

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

...

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

### **Docentes o catedráticos ocasionales o por horas**

Esta Corporación<sup>10</sup> ha señalado que los profesores de cátedra también tienen una relación laboral subordinada por cuanto cumplen una prestación personal del servicio. Igual que los profesores de tiempo completo, de medio tiempo o los llamados ocasionales, ellos devengan una remuneración por el trabajo desempeñado y están sujetos a una subordinación, como se les exige a los otros, con horarios, reuniones, evaluaciones, etc. contemplados en el reglamento. Dada la similar situación de hecho que identifica la misma relación de trabajo subordinado de estos servidores públicos debe corresponderles el mismo tratamiento en cuanto a prestaciones sociales, que deben pagárseles proporcionalmente al trabajo desempeñado, pues otro tratamiento desconocería el principio de igualdad y de justicia y sería evidentemente discriminatorio.

Igualmente la Corte Constitucional<sup>11</sup> señaló que al igual que los catedráticos, cumplen las mismas funciones que un profesor de planta, además deben acreditar para efectos de su vinculación similares requisitos de formación y experiencia, y tienen las mismas obligaciones que los docentes empleados públicos; la diferencia con aquellos estriba en su forma de vinculación, a través de resolución, y en la temporalidad de la misma, lo cual no justifica que se le restrinjan sus derechos como trabajador. Textualmente señaló:

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

<sup>2</sup> Sentencia C-555 de 1994.

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia 5 de octubre de 2006, Consejero Ponente doctor Jesús María Lemos Bustamante, número interno 2578-2003, actor Hugo Ramón Martínez Arteaga.

<sup>11</sup> Sentencia C-006 de 1996, Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz

*pretende proteger al trabajador en los lapsos en que éste se encuentre desempleado, entre otros, además de ser excluido de los programas de capacitación y mejoramiento profesional.*

(...)

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

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

Conforme con la normativa citada, la función prestada por el SENA a través de los Instructores se orienta a una formación integral, profesional y laboral certificando a sus estudiantes, o sea, que por estas características y su naturaleza se clasifica dentro de un sistema de educación no formal. No puede ser otra su categoría pues no hace parte de los niveles propios de educación formal establecidos en el artículo 11 de la Ley 115 de 1994 (preescolar, educación básica y educación media) ni se cataloga dentro de la definición de educación informal, regulándose en lo concerniente por las normas generales del Servicio Público de Educación.”

Con fundamento en el marco normativo y jurisprudencial citado se procederá a verificar si se encuentran estructurados los elementos constitutivos de la relación laboral.

#### **- ANÁLISIS PROBATORIO**

Una vez analizadas las pruebas obrantes en el proceso, encuentra la Sala que se acreditaron los siguientes hechos:

Conforme a la certificación expedida por el Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA y los contratos allegados, la señora Rose Marie Pomare Mclaughlin, estuvo vinculada con el Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA a través de sendos contratos de prestación de servicios los cuales se relacionan así:

Orden de contrato No.	Objeto	Duración	Plazo de Ejecución
-----------------------	--------	----------	--------------------

076 del 25 de enero de 2008 <sup>12</sup>	Prestación de servicios como instructor – tutor para el aprendizaje de inglés apoyado en ambiente virtual de aprendizaje.	Once meses (11)	
241 del 03 de febrero de 2009 <sup>13</sup>	Prestación de servicios como instructor – tutor para el aprendizaje de inglés apoyado en ambiente virtual de aprendizaje.	Once meses (11)	
343 del 25 de enero de 2010 <sup>14</sup>	Prestación de servicios como instructor – tutor para el aprendizaje de inglés apoyado en ambiente virtual de aprendizaje.	Diez meses y Quince días (10) (15)	
093 del 07 de febrero de 2011 <sup>15</sup>	Prestación de servicios como instructor – tutor para el aprendizaje de inglés apoyado en ambiente virtual de aprendizaje.	Cuatro meses y quince días /04) (15)	
1293 del 07 de septiembre de 2011 <sup>16</sup>	Prestación de servicios temporales como instructor tutor, por periodo fijo, para la ejecución de acciones de formación profesional, presenciales o virtuales, en el centro de formación turística gente de mar y servicios del SENA a Regional San Andrés, apoyar el desarrollo de las actividades de formación, formulación de proyectos y diseño de actividades de aprendizaje, en el (las) área(s), especialidad(es) y/o programa(s) definida(s) en el contrato.	Tres /03) mese y nueve (09) días	
0274 del 07 de marzo de 2012 <sup>17</sup> .	La prestación de servicios temporales como instructor, tutor por periodo fijo para la ejecución de acciones de formación profesional, virtuales en el centro de formación turística gente de mar y servicios del SENA Regional San Andrés, apoyar el desarrollo de las actividades de formación, formulación de proyectos y diseños de actividades de aprendizaje, en el programa de idiomas para todos los colombianos.	Cuatro meses (04)	
784 del 23 de julio de 2012 <sup>18</sup>	La prestación de servicios temporales como instructor, tutor por periodo fijo, para la ejecución de acciones de formación profesional, virtuales, en el centro de formación turística gente de mar y servicios del SENA Regional San Andrés, apoyar el desarrollo de las actividades de formación, formulacion de proyectos y diseños de actividades de aprendizajes, en el programa de idiomas para todos los colombianos.	Cuatro meses y veintiun días /04) (21)	
0201 del 19 de marzo de 2013 <sup>19</sup>	La prestación de servicios temporales como instructor, tutor por periodo fijo para la ejecución de acciones de formación profesional, virtuales en el centro de formación turística gente de mar y servicios del SENA Regional San Andrés, apoyar el desarrollo de las actividades de formación, formulación de proyectos y diseños de actividades de aprendizaje, en el programa de idiomas para todos los colombianos.	Inicio: 01 de marzo de 2013 Finaliza: 16 de diciembre de 2013.	Ocho (08) meses y quince (15) días

<sup>12</sup> Folio 20 y 21 del cuaderno principal.

<sup>13</sup> Folios 23 y 24 del cuaderno principal.

<sup>14</sup> Folios 26 y 27 del cuaderno principal.

<sup>15</sup> Folio 30 al 32 del cuaderno principal.

<sup>16</sup> Folio 36 al 41 del cuaderno principal.

<sup>17</sup> Folio 45 al 48 del cuaderno principal.

<sup>18</sup> Folio 51 al 54 del cuaderno principal.

<sup>19</sup> Folio 56 al 58 del cuaderno principal.

0227 del 22 de enero de 2014. <sup>20</sup>	Presentar los servicios personales de carácter temporal para impartir formación profesional en área de bilingüismo como instructor – tutor por periodo fijo, en el programa de “idiomas para todos los colombianos” en el centro de formación turística gente de mar y servicios del SENA Regional San Andrés.	Seis meses (06)	
326 del 03 de marzo de 2015 <sup>21</sup>	Presentar los servicios personales de carácter temporal para impartir formación profesional en el área del bilingüismo como instructor – tutor, por periodo fijo en el programa de “idiomas para todos los colombianos”, en el centro de formación turística gente de mar y servicios del SENA Regional San Andrés. (DE ACUERDO AL ANEXO 2).	Ocho meses (08)	

En ese orden de ideas, de el certificado allegado, visible a folios 70 al 75 del cuaderno principal, se observa que el objeto de los contratos consistía en:

- (i) Prestar servicios como instructor tutor para el aprendizaje de inglés apoyado en un ambiente virtual de aprendizaje del centro de formación turística gente de mar y servicios del SENA Regional San Andrés,

Conforme a la información relacionada previamente, se evidencia que la actora prestó servicios a la entidad demandada de manera interrumpida por periodos cortos en intervalos de tiempo que van desde el año 2008 hasta el año 2015, en los cuales el objeto de los contratos en general consistía en la enseñanza de idioma inglés en modalidad virtual.

#### Prueba testimonial

**JOANE ROSE BENT WELCOM**, identificada con cédula de ciudadanía No. 40.992.571, quien fue compañera de trabajo de la señora Rose Mary Pomare Mclaughlin en el SENA, manifestó lo siguiente:

“(…) PREGUNTADO: ¿usted tiene algún vínculo de consanguinidad o afinidad con la señora Rose Mary Pomare Mclaughlin? CONTESTÓ: No, señor PREGUNTADO: informé como y donde la conoció CONTESTÓ: la conocí en mi antiguo trabajo, eramos tutoras virtuales prestábamos servicio para el SENA PREGUNTADO: ¿cuando usted dije prestábamos, usted también prestaba servicio para el SENA? CONTESTÓ: sí señor, yo era tutora virtual en el SENA hasta el 2016

<sup>20</sup> Folio 60 al 63 y 88 del cuaderno principal.

<sup>21</sup> Folio 66 al 69 del cuaderno principal.

## SIGCMA

PREGUNTADO: puede informar de la labor que ustedes desempeñaban en el SENA  
CONTESTÓ: éramos tutoras virtuales de inglés y prestábamos el servicio dando curso a aprendices del SENA por medio de la virtualidad PREGUNTADO: ¿le preguntó lo siguiente, usted sabe si la señora Rose Mary Pomare Mclaughlin debía cumplir horario? CONTESTÓ: sí señor, cumplíamos horarios, dependiendo de las horas contratadas cumplíamos horario PREGUNTADO: ¿cuando habla que, dependiendo de las horas contratadas, ¿puede indicarnos qué tipo de horario cumplían? CONTESTÓ: pues, nosotras cuando empezamos éramos contratadas ocho horas y cumplíamos las ocho horas en el establecimiento donde proveído el SENA PREGUNTADO: ¿cuál era su hora de ingreso y su hora de salida, puede informarnos? CONTESTÓ: para los tutores de ocho horas era de seis de la mañana a seis de la tarde PREGUNTADO: ¿y era horario continuo? CONTESTÓ: sí, señor PREGUNTADO: de lunes a viernes? CONTESTÓ: sí señor, de lunes a viernes PREGUNTADO: ¿durante la duración del contrato que suscribieron, era igual la prestación del servicio? CONTESTÓ: sí, señor PREGUNTADO: ¿ustedes tenían jefe inmediato? CONTESTÓ: teníamos supervisores y coordinadores PREGUNTADO: ¿y que función cumplían esos supervisores y coordinadores? CONTESTÓ: supervisaban la labor de nosotros, aparte de los informes mensuales que teníamos que entregarles PREGUNTADO: ¿y ellos le impartían ordenes, les indicaban como debían hacer su trabajo? CONTESTÓ: sí, señor había una estructura para trabajar PREGUNTADO: ¿le pregunto, los contratos que usted suscribió al igual que la señora Rose Mary Pomare Mclaughlin, ustedes podían disponer de la forma como querían prestar el servicio, es decir si querían hacer desde su casa, lo podían hacer? CONTESTÓ: inicialmente, no PREGUNTADO: ¿cuándo habla de inicialmente no, a que se refiere? CONTESTÓ: los primeros años no se podía hacer de forma libre, por lo que: uno la plataforma no permitía estar por fuera, porque era una plataforma muy complicada PREGUNTADO: ¿y cuándo habla los primeros años, de que año si pudieron desde la casa? CONTESTÓ: desde la casa desde el año 2015, 2016, que fue hasta donde yo trabajé PREGUNTADO: ¿y cuándo usted habla que lo podía hacer de su casa, usted disponía también de horario, usted podía hacerlo en el momento que pudiera? CONTESTÓ: eso uno tenía que tener una hora específica todos los días para ingresar a la plataforma, no podíamos decir si trabajo en la mañana, en la tarde o en la noche. Hacíamos el contrato para hacerlo en la mañana, era estrictamente en la mañana PREGUNTADO: ¿y cómo le supervisaban esa labor si la prestaba desde su casa? CONTESTÓ: hacíamos los informes y ellos tiene como ingresar a la plataforma hacer un seguimiento de la labor que estamos haciendo PREGUNTADO: ¿y cómo eran los pagos? CONTESTÓ: mensuales, los pagos eran mensuales PREGUNTADO: ¿usted trabajó hasta que año? CONTESTÓ: hasta el 2016 PREGUNTADO: ¿para esa época ya no estaba la señora Rose Mary Pomare Mclaughlin o sí, o todavía laboraba con usted allí? CONTESTÓ: ella laboró también hasta el 2016 conmigo, pero terminó un periodo antes PREGUNTADO: ¿sabe usted

## SIGCMA

si la señora Rose Mary Pomare mclaughlin, cuando se desempeñó como instructora o tutora virtual del programa de inglés en el SENA cumplía un horario? CONTESTÓ: sí, señor PREGUNTADO: ¿sabe usted si la señora Rose Mary Pomare Mclaughlin, para ausentarse del puesto de trabajo como por ejemplo asistir a una cita médica, tenía que solicitar un permiso o simplemente lo informaba a su superior? CONTESTÓ: se solicitaba un permiso oficial para salir del establecimiento donde trabajábamos y sobre todo para las citas que a veces dura las ocho horas que uno labora PREGUNTADO: ¿puede usted recordar si la señora Rose Mary Pomare Mclaughlin, usaba un carnet institucional que la distinguiera que trabajaba con el SENA? CONTESTÓ: sí, señor ¿PREGUNTADO: tiene usted conocimiento de alguna de las funciones que cumplía la señora Rose Mary Pomare Mclaughlin, como instructora o tutora virtual del programa de inglés del SENA? CONTESTÓ: sí señor, cumplíamos las funciones de entregar los informes, instruir a los estudiantes de forma virtual y tener seguimiento permanente PREGUNTADO: ¿sabe usted si la señora Rose Mary Pomare Mclaughlin, tenía que presentar informes periódicamente antes los coordinadores? CONTESTÓ: sí, señor PREGUNTADO: puede usted indicar si había un control o contabilización del tiempo en el que la señora Rose Mary Pomare Mclaughlin, permanecía activa en la plataforma virtual del SENA CONTESTÓ: sí señor, por medio del usuario y contraseña que nosotros podemos ingresar a la plataforma se hacía el seguimiento de cuantas horas se laboraba y en que tiempo estaba siendo laborado PREGUNTADO: ¿tiene usted conocimiento si la señora Rose Mary Pomare Mclaughlin, tenía la obligación de asistir a reuniones cuando era convocada por sus superiores? CONTESTADÓ: sí señor, teníamos que está en las reuniones que ellos convocaban porque llevaban un seguimiento y un listado PREGUNTADO: ¿puede usted indicar quien aportaba el material de trabajo a la señora Rose Mary Pomare Mclaughlin, y manifestar quien establecía o señalaba el sitio de trabajo? CONTESTÓ: el SENA proveía los elementos para trabajar y el lugar PREGUNTADO: ¿tiene usted conocimiento si a la señora Rose Mary Pomare Mclaughlin, se le pagaba alguna remuneración por los servicios que venía prestando al SENA? CONTESTÓ: sí señor, la remuneración era mensual PREGUNTADO: ¿sabe usted si la señora Rose Mary Pomare Mclaughlin, tenía que realizar capacitaciones o cursos para el desempeño de sus labores? CONTESTÓ: si señor, era de obligatorio cumplimiento asistir a las capacitaciones y entrenamientos para la plataforma del SENA PREGUNTADO: ¿sabe usted si el SENA realizaba seguimiento o retroalimentación de la laboral realizada por la señora Rose Mary Pomare Mc'Laughlin? CONTESTÓ: si señor, nos hacían retroalimentación y seguimiento en la plataforma y mensualmente teníamos que asistir a una retroalimentación personal con los superiores PREGUNTADO: ¿Señora Joane usted en respuesta anterior manifestó que la señora Rose Mary cargaba carnet institucional, ese carnet era igual a los que cargaban los instructores de planta o había algún distintivo? CONTESTÓ: el carnet que manejábamos decía instructor del SENA, es igual a todos los que manejan los instructores del SENA

## SIGCMA

PREGUNTADO: ¿usted tiene claro la diferencia entre funciones y obligaciones contractuales? CONTESTÓ: obligaciones son el deber que uno debe cumplir y las funciones son las cosas que uno debe cumplir para que funciones las obligaciones asignadas PREGUNTADO: ¿en respuesta anterior usted manifestó que se coordinaban o que debían cumplir un horario a la prestación de su servicio, ¿Como se coordinaba ese horario? CONTESTÓ: eso se coordinaba con planillas de entrada, firmábamos una planilla a las seis de la mañana y al salir firmábamos una planilla a las dos de la tarde para dar finalización al trabajo PREGUNTADO: de pronto no me explique en la pregunta, ¿Era básicamente que, si son ocho horas de trabajo, usted señaló que estaban de seis a dos de la tarde, quien le designaba que debía estar de seis a dos de la tarde? CONTESTÓ: nosotros trabajábamos de turno, habían turnos de seis de la mañana a dos de la tarde y otros turnos de dos a diez de la noche, quien designaba el turno es el supervisor del contrato, él nos decía ha que horas entrábamos y ha que horas salíamos, dependiendo como uno escogía para trabajar, si escogias para la mañana no podias pasar a la tarde y si escogias en la tarde viceversa PREGUNTADO: ¿y por no podían escoger en la mañana o en la tarde, es decir porque debian escoger una jornada? CONTESTÓ: cada computador fue asignado a un tutor PREGUNTADO: ¿en respuesta anterior usted manifestó que en el año 2015 – 2016 podía realizar o prestar sus servicios desde la casa, cierto. ¿quien les suministraba las herramientas de trabajo para realizar su labor desde la casa? CONTESTÓ: el tutor independientemente decidia comprar sus implementos en la casa, ya que el SENA había proveido para trabajar en el establecimiento que ellos tienen contratado para tal fin PREGUNTADO: ¿cuando trabajaba desde la casa, usted tenia la libertad de escoger el horario para cumplir con las ocho horas? CONTESTÓ: pues, normalmente nos decía que el mismo horario que veníamos manejando es le horario que teníamos que manejar en la casa PREGUNTADO: ¿frente a la prestación del servicio como tal, si bien sabemos que era un servicio virtual, esas obligaciones contractuales que ustedes cumplian frente a los aprendices, eran en vivo o quedaban grabadas o como era la dinámica para que ellos recibieran la educación? CONTESTÓ: teníamos sesiones virtuales, donde los aprendices interactuaban de forma directa con el instructor y la otra partes es que uno le dejaba los trabajos para que ellos lo entregaran cuando ellos ingresen a la plataforma a trabajar PREGUNTADO: ¿es decir no era necesario que fuera permanente la conexión del aprendiz con el instructor? CONTESTÓ: no señora PREGUNTADO: ¿recuerdenos, con los elementos que prestaba el servicio tanto usted como la señora Rose Mary Pomare Mc'Laughlin ha quien pertenecían, eran de la institución, del SENA, se los prestaba el SENA o eran de ustedes; quiero que me digan, por usted también habia indicado que en un año podían hacerlo desde casa y otro en el establecimiento, puede hacer una diferencia? CONTESTÓ: la diferencia cuando uno estaba en la casa uno proveía su propio material, tenia que tener su computador y todo para trabajar desde la casa, en el SENA ellos nos tenia las cosas,

el computador, los audífonos, micrófonos, todo lo que necesitábamos para impartir la formación virtual (...)"

**TUSSIE ALEJANDRINA HOY DE NEWBALL**, identificada con cédula de ciudadanía No.23.248.660, quien fue compañera de trabajo de la señora Mary Pomare Mclaughlin en el SENA, manifestó lo siguiente:

"(...) PREGUNTADO: ¿informele al despacho si usted tiene algún vínculo de consanguinidad o afinidad con la señora Rose Mary Pomare Mclaughlin? CONTESTÓ: No, mi apellido es Hoy Arias, el de mi mamá PREGUNTADO: ¿infórmele a este despacho donde y a razón de que conoció a la señora Rose Mary Pomare Mclaughlin? CONTESTÓ: en el SENA PREGUNTADO: puede informarnos como fue esto? CONTESTÓ: ¿estuvimos trabajando como tutoras virtual desde el 2008 PREGUNTADO: ¿y que tipo de contratación tenían ustedes con el SENA? CONTESTÓ: servicio de prestaciones sociales PREGUNTADO: ¿infórmele a este despacho ustedes cumplían horario? CONTESTÓ: sí señor, tuvimos que cumplir ocho horas de acuerdo al contrato, hay algunos que tuvieron cuatro horas y otros ocho PREGUNTADO: ¿ustedes donde prestaban los servicios en la institución o en un lugar dispuesto por la institución? CONTESTÓ: en un lugar dispuesto por la institución que fue en el edificio leda PREGUNTADO: ¿y en este lugar ustedes implementaban algunos elementos o equipos para desarrollar su labor CONTESTÓ: si, doctor PREGUNTADO: y a quien pertenecía estos elementos y? equipos CONTESTÓ: al SENA PREGUNTADO: ¿como era la remuneración como le hacían el pago de forma periodica por el contractual, de manera quincenal o mensula, semanal o al finalizar el contrato? CONTESTÓ: mensual PREGUNTADO: ¿ustedes tenían jefes inmediatos? CONTESTÓ: sí doctor, había tutores, facilitadores, coordinadores, supervisores, habían rangos PREGUNTADO: ¿y les impartían órdenes a ustedes? CONTESTÓ: sí PREGUNTADO: ¿cómo que tipo de órdenes? CONTESTÓ: por ejemplo usted tenía que asignar y describir virtualmente estas cosas a los estudiantes, que no a usted hoy le falta escribir ciertas cosas a los estudiantes, o sea estuvimos bajo un régimen del trabajo PREGUNTADO: ¿ustedes estaban obligados a presentar informe de las labores desarrolladas? CONTESTÓ: sí, tuvimos que presentar todos los informes para poder recibir el pago PREGUNTADO: ¿y como era al momento de ausentarse, usted podía hacerlo si quería no iba a trabajar o debía solicitar permisos que debían ser autorizados? CONTESTÓ: por ejemplo en el caso mio y el de ella que entrábamos en la mañana y si yo iba a salir al medio día tenía que avisar o pedirle al facilitador que iba a salir a buscar algo para comer, ejemplo me acorde yo iba a viajar a bogota y yo tuve que pedir permiso escrito firmado por el coordinador y luego por la directora, o sea todo era con

## SIGCMA

permiso PREGUNTADO: ¿usted desde el inicio indico que presto los servicios con la señora Rose Mary Pomare Mclauglin desde el 2008 hasta que año prestó usted los servicios? CONTESTÓ: yo trabajé hasta el 2009, porque yo comenze a trabajar virtualmente en el 2007 eramos los pioneros del SENA y despues contrataron mas gente para el 2008, entonces ella comenzó desde el 2008 y yo salí en el 2009 por me bajaron el salario y en 2010 lo volvieron a bajar fue por eso que yo no acepte el contrato, o sea fue un mal trato hacia nosotros especialmente la directora (...) PREGUNTADO: ¿puede recordar si la señora Rose Mary Pomare Mcauglin portaba en su sitio de labor un carnet que la distinguia que trabajaba con el SENA? CONTESTÓ: si doctor, todos tiuvimos que portar nuestra escarapela PREGUNTADO: ¿tiene usted conocimiento de algunas de las funciones que cumplía la señora Rose Mary Pomare Mcauglin como instructora tutora virtual del programa de inglés? CONTESTÓ: ella como tutora tenia que asistir horario y sus funciones también eran instruir en la plataforma virtual a los estudiantes y eran ochentas estudiantes en cada grupo o sea son dos horas para cada grupo y cada grupo tenia ochenta estudiantes y para asistir ochentas estudiantes en dos horas, corregir sus errores, darle los conocimientos PREGUNTADO: ¿sabe usted si la señora Rose Mary Pomare tenia que presentar peridicamente informes a los coordinadores y con que perioricidad había que presentarlo? CONTESTÓ: si, había que presentar informes mensualmente periódicamente y darle todos los reportes de los estudiantes que hacían PREGUNTADO: puede usted indicar si había un control o contabilización del tiempo en que la instructora permanecia activa en la plataforma virtual CONTESTÓ: ¿si doctor, normalmente todos los tutores virtuales tuvimos que estar sentados ocho horas? PREGUNTADO: sirvasé decir si la instructora Rose Mary Pomare Mclaughlin tenia que asistir a reuniones cuando eran convocadas por los superiores en sus labores como tutora virtual con el SENA? CONTESTÓ: si señor, tuvimos que asistir y mas cuando ni siquiera era en las horas de trabajo sino que tuvimos que asistir en otra jornada por ejemplo los que trabajaban en la mañana hasta las tres de la tarde tenían que asistir a esas reuniones en las horas de la tarde no el tiempo de trabajo sino en otro horario (...) PREGUNTADO: ¿tiene usted conocimiento si a la señora Rose Mary Pomare Mclaughlin se le pagaba una remuneración por los servicios que prestaba al SENA? CONTESTÓ: si doctor, mensualmente recibíamos nuestra remuneración del trabajo por todo el mes PREGUNTADO: ¿sabe usted si la señora Rose Mary Pomare Mclaughlin tenía la obligación de realizar capacitaciones o cursos para el desempeño de sus labores? CONTESTÓ: si teníamos que estar capacitándonos por obligación ya que llevaban control de asistencia si uno no asistía a esas capacitaciones PREGUNTADO: ¿sabe usted si la institucion del SENA realizaba seguimiento o retroalimentación de la labor que realizaba la señora Rose Mary Pomare Mclaughlin? CONTESTÓ: si doctor, ellos hacían eso mensualmente PREGUNTADO: ¿señora Tussie de que eran las clases que impartían

virtualmente? CONTESTÓ: las clases eran de inglés PREGUNTADO: había algún pènsun aprobado de ese programa para las clases de inglés CONTESTÓ: si PREGUNTADO: ¿tiene usted conocimiento de quien aprobaba ese pènsun? CONTESTÓ: el SENA PREGUNTADO: ¿cómo era la dinámica con los aprendicesellos siempre estaban interactuando con los tutores durante de esas ocho horas o ustedes le dejaban una tarea a realizar o como era la conexión de ellos con ustedes? CONTESTÓ: normalmente era interacción porque ellos tenían que hacer aclaraciones cuando necesitaban explicaciones del idioma y tambien dejaban tareas las actividades para hacer pero también había una interacción virtualmente PREGUNTADO: ¿cuánto duraba un modulo de inglés aproximadamente? CONTESTÓ: no me acuerdo por eso empezó desde que yo deje de trabajar pero durante el mes creo que fue tres meses, no me acuerdo definitivamente no me acuerdo cuanto tiempo durábamos en cada curso PREGUNTADO: ¿quiere agregar algo más a su declaracion? CONTESTÓ: lo que yo quisiera agregar es que en nuestra labor era con mucha presión de trabajo de parte de los facilitadores, coordinadores y la directora, era mucga exigencia y muchos insultos (...)"

De los testimonios rendidos se extrae que la demandante prestó efectivamente sus servicios en el Centro de Formación Turística, Gente de Mar y Servicios del SENA, Regional San Andrés. Es claro que la señora Rose Mary Pomare Mclaughlin era tutora virtual para el área de aprendizaje de inglés apoyado en ambiente virtual, se tenía que ceñir a las directrices curriculares programadas por la institución y el cumplimiento de metas mientras estuvo vinculada a la entidad. Los testimonios también dan cuenta de la sujeción a un horario para impartir las clases en el Centro de Formación y fuera de él. Este horario era de obligatorio cumplimiento para la demandante quien por esta razón no tuvo oportunidad de prestar sus servicios en otro lugar. También los testimonios son unánimes en indicar que el SENA designó funcionarios para el seguimiento y supervisión de las actividades ejecutadas por la actora como instructora.

#### **- CASO CONCRETO**

Analizando los puntos de inconformidad planteados en el recurso de apleación interpuesto por el apoderado judicial de parte demandante, observa la Sala que los reproches de la parte actora a la sentencia proferida consistieron en (i) demostrar la prestación del servicio personalmente, (ii) exponer que existió una retribución o remuneración por el servicio prestado, y (iii) alegar que está desmotrado el elemento de subordinación y qué se cumplieron los criterios que debe reunir.

Teniendo cuenta el anterior planteamiento le corresponde a esta Corporación verificar si en la presente causa se encuentran configurados los elementos indispensables para la declaratoria de existencia de una relación laboral.

De las pruebas antes relacionadas, se concluye que efectivamente la demandante prestó sus servicios como contratista –Instructora y tutora- ante el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA a través de diversos contratos durante los periodos comprendidos entre los años 2008 al 2015. En este orden, se encuentra acreditado el primer elemento constitutivo de una relación laboral, es decir, la prestación personal, la cual se evidencia en los contratos de prestación de servicios suscritos y ejecutados por la actora con la entidad demandada.

Sin embargo, en fallo de primera instancia el A quo considera *“que existe una real duda de la prestación del servicio al no tener una interacción directa con alumnos sino estar frente a un sistema<sup>22</sup>”*

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia de unificación No. 23001-23-33-000-00260-01, ha dicho:

“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 trabajen, 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”.

La Corte Constitucional por su parte, ante la evidente prestación del servicio de manera personal por instructores del SENA, ha avalado la existencia de relación laboral con los instructores de dicha institución, diciendo lo siguiente:

“(…) si en realidad las funciones y condiciones de trabajo de los profesores hora cátedra son similares de aquellas que laboran para la institución por tiempo completo o medio tiempo, distintas únicamente en cuanto al tiempo de dedicación, es evidente que los primeros tienen con la institución una verdadera relación laboral como quienes prestan un servicio personal, obtienen a cambio una

---

<sup>22</sup> Folio 182 del Cuaderno de Apelación.

remuneración y existe una continua y notoria subordinación. Esta última, materializada en el cumplimiento de horarios, en la asistencia obligada a reuniones y en la práctica de evaluaciones, de acuerdo a lo expresado por el respectivo reglamento. (...)”<sup>23</sup>

De lo argumentado anteriormente se colige que el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, imparte formación laboral y profesional dentro de los diferentes programas educativos que brinda, y es el instructor el que ejecuta las actividades académicas, en otras palabras el SENA brinda educación no formal a través de sus instructores que hacen las veces de docentes, por lo cual el hecho de que la actora prestará el servicio de forma virtual, resulta irrelevante en aras de justificar la inasistencia de un contrato real, pues la prestación no presencial de la docencia en nada desdice, sobre los elementos de prestación del servicio, remuneración y subordinación.

Respecto a la remuneración, se tiene acreditado por los testimonios de las señoras Joane Rose Bent y Tussie Hoy de Newball quienes prestaban sus servicios como instructoras – tutoras virtual, que tanto ellas como la señora Rose Mary Pomare Mclaughlin recibían pagos mensuales por parte del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA como retribución a los servicios prestados.

En cuanto al último elemento, la subordinación, encuentra la Sala imprescindible examinar la naturaleza de las funciones de la entidad demandada con el fin de establecer la existencia o no del mencionado elemento.

De conformidad con el artículo 4° de la Ley 119 de 1994, el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, tiene, entre otras, las siguientes funciones:

“(…)

*3. Organizar, desarrollar, administrar y ejecutar programas de formación profesional integral, en coordinación y en función de las necesidades sociales y del sector productivo.*

(…)

*6. Adelantar programas de formación tecnológica y técnica profesional, en los términos previstos en las disposiciones legales respectivas.*

*7. Diseñar, promover y ejecutar programas de formación profesional integral para sectores desprotegidos de la población.*

*8. Dar capacitación en aspectos socioempresariales a los productores y comunidades del sector informal urbano y rural.*

*9. Organizar programas de formación profesional integral para personas desempleadas y subempleadas y programas de readaptación profesional para*

---

<sup>23</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-577 de 1999. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

*personas discapacitadas.*

*10. Expedir títulos y certificados de los programas y cursos que imparta o valide, dentro de los campos propios de la formación profesional integral, en los niveles que las disposiciones legales le autoricen.”*

Asimismo, el artículo 2° del Decreto 1426 de 1998, dispone:

*“ARTICULO 2o. DE LA CLASIFICACION DE LOS EMPLEOS. Según la naturaleza general de sus funciones, la índole de sus responsabilidades y los requisitos para su desempeño, los empleos públicos del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, se clasifican en los siguientes niveles jerárquicos:*

*(...)*

*e). Instructor: Comprende los empleos cuyas funciones principales consisten en impartir formación profesional, desempeñar actividades de coordinación académica de la formación e investigación aplicada.”*

En este orden, de conformidad con lo establecido en la Ley 119 de 1994, la misión del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-, consiste en cumplir la función que corresponde al Estado de invertir en el desarrollo social y técnico de los trabajadores colombianos. Para ello, ofrece y ejecuta la formación profesional integral para la incorporación y el desarrollo de las personas en actividades productivas que contribuyan al desarrollo social, económico y tecnológico del país. Los programas académicos se desarrollan en la modalidad de formación tecnológica y técnica profesional, actividad que se concreta, precisamente, a través de sus instructores.

Ahora bien, analizado en conjunto el material probatorio allegado al plenario se evidencia la acreditación del elemento de la subordinación propia de una relación laboral, por lo que se pasa a explicar: en primer lugar, observa la Sala que la actora suscribió con el SENA un total de diez (10) contratos de prestación de servicios de forma continuada durante el periodo comprendido entre los años 2008 al año 2015, en el cual el objeto contractual consistió en la *“Prestación de servicios como instructor – Tutor para el Aprendizaje de inglés apoyado en Ambiente Virtual de Aprendizaje”* función inherente a la entidad demandada.

En lo que respecta a las obligaciones generales que la actora, estaba obligada a desarrollar se encuentran:

“

2008-2015

a) *Cumplir con el objeto del contrato,*

- b) *Responder por la buena calidad de los servicios contratados,*
- c) *Mantener su autonomía e independencia sobre la forma de cumplir el objeto del contrato,*
- d) *Presentar dentro de los cinco (5) primeros días de mes, un plan de trabajo mensual de las actividades de aprendizaje a realizar,*
- e) *Participar en el comité de evaluación y seguimiento,*
- f) *Presentar un reporte mensual del desarrollo del proceso de aprendizaje en el cual participa,*
- g) *Estar inscrito en el proceso de formación pedagógica básica,*
- h) *Presentar un reporte mensual del desarrollo del proceso de aprendizaje en el cual participa,*
- i) *Anexar al informe: reporte de evaluación en la hora de trabajo arrojado por el Sistema de Gestión de centro,*
- j) *El contratista no puede ejecutar contrato mientras no acredite que se encuentra afiliado al régimen de Seguridad Social: pensión y salud de acuerdo al Artículo 282, ley 100 de 1993, régimen de pensiones Ley 797 de 2003, Artículo 13 y registro del RUT,*
- k) *Realizar oportunamente el requerimiento de los materiales y/o elementos de formación, con el fin de no entorpecer las labores asignadas,*
- l) *Al finalizar el periodo por el cual fue contratado deberá, para los efectos de cancelación del último pago, anexar la documentación respectiva, una certificación suscrita por el responsable de la dependencia donde cumplió su servicio, presentar Paz y Salvo de la oficina de registro Certificación sobre la entrega de notas de modulo (s) dictado (s) durante el contrato en la última cuenta de cobro,*
- m) *Dentro de los cinco (5) días hábiles siguiente a la fecha en que se le entregue la copia del contrato, deberá constituir la garantía de cumplimiento pactada para el presente contrato y realizar la publicación si hay lugar a ella,*
- n) *En general las que se desprendan de la naturaleza del contrato y su objeto.”*

Sumado a ello, se encuentran las obligaciones específicas a las cuales la actora está obligada a desarrollar, las siguientes:

- a) *Dar a conocer los parámetros de puntuación de los trabajos, participación en foros, chats, puntajes de los trabajos, puntaje acumulado y rangos de puntaje de aprobación.*
- b) *Determinar sesiones periódicas para absolver preguntas generales y de soporte*
- c) *Asignar las pruebas generales y de soporte*
- d) *Asignar las pruebas al final de cada nivel para determinar la aprobación del programa de aprendiz*
- e) *Diseñar estrategias pedagógicas para mantener el interés y la aplicación de la construcción de conocimiento y aprendizaje significativo mediante el diseño de*

*proyectos en que se integren en los módulos específicos y se socialicen en toda la comunidad en foros*

- f) Establecer un foro en el cual se haga una construcción colectiva para la identificación y resolución de dudas de la lengua*
- g) Asignar ejercicios periódicamente para contribuir a afianzar la estructura gramatical y uso de la lengua.”*

Los elementos mencionados permiten establecer que las actividades desplegadas por la demandante no fueron transitorias o esporádicas para satisfacer una necesidad concreta en determinado lapso, como acontece en los contratos de prestación de servicio. Para la Sala es claro que se trató de una relación prolongada en el tiempo por seis (6) años aproximadamente, en los cuales se evidenció por parte de la entidad la necesidad del servicio que ejecutaba la señora Rose Mary Pomare Mclaughlin, para efectos de la formación de los aprendices del SENA.

Lo anterior permite inferir que además de las funciones de instructora - tutora, la actora debía participar en foros, diseños de proyectos formativos, la planeación pedagógica, asesorías y consejerías en el área, obligaciones misionales de la entidad. Esta situación se ratifica con los testimonios rendidos quienes coinciden en afirmar que la actora se desempeñaba como instructora y que su permanencia en la institución era constante puesto que debía cumplir con los horarios establecidos por el coordinador para dar las clases virtuales, de esta manera, a juicio de la Sala, queda acreditado que la entidad demandada con la contratación de la demandante además de satisfacer la necesidad del servicio de instructora o tutora, también logró el apoyo en las actividades tendientes al cumplimiento de las políticas, programas y estrategias misionales del SENA.

Es así que cada uno de los contratos celebrados entre el SENA y la actora comportan una serie de obligaciones a cargo de las partes que facultaron a la entidad contratante para impartir instrucciones a la contratista sobre la ejecución de los mismos. En tales contratos se establecieron las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que la instructora debía cumplir con las obligaciones pactadas las cuales ejecutaría con los elementos entregados por la Entidad. Estas condiciones hacen palmaria la ausencia de autonomía en la ejecución del contrato, a pesar que la presunta autonomía del contratista se hubiera consignado literal y expresamente en el texto del contrato.

Es de recalcar que la actividad de formación es una actividad **subordinada**, la cual no puede ser realizada de manera independiente o autónoma por un contratista. Por el contrario, aquella requiere para su correcta ejecución el seguimiento estricto de las directrices que se impongan, puesto que su no acatamiento puede dar lugar a desatender las políticas académicas establecidas por el gobierno nacional en materia de educación. Precisamente para asegurar la sujeción del contratista toda la actividad encomendada se verificaba a través de los coordinadores académicos del SENA y su plataforma.

Esta Corporación colige que conforme quedó demostrado en la audiencia de pruebas, que los testimonios de las señoras Joane Rose Welcom y Tussie Alejandrina Hoy de Newbal, rendido ante el A-quo, demuestran que en esta contienda, la actora no era libre y autónoma para decidir si asistía o no a dictar las clases virtuales de inglés, que no podía establecer el manejo de su horario por lo que debían trabajar ochos horas continuas ordenadas por el supervisor o coordinador en el turno asignado, que el tiempo laborado era contabilizados por los superiores ya que estos contaban con los usuarios y claves de acceso a la plataforma, de igual forma era de obligatorio cumplimiento asistir a capacitaciones o cursos que no eran realizados en el horario laboral, toda vez, que se llevaba un control de asistencia a dichas capacitaciones, sumado que debían solicitar permisos si decidían ausentarse de sus labores, como permisos para asistir a citas médicas.

Dicho lo anterior, es evidente que en el sub lite se observa el ejercicio propio del poder subordinante del empleador. Así, pese a la denominación que las partes le dieron al contrato de prestación de servicios personales y que, en el mismo se hubiera pactado *"(...) presentar dentro de los cinco (5) primeros días del mes un plan de trabajo mensual de las actividades de aprendizaje a realizar, e) participar en los comités de evaluación y seguimiento, f) presentar un reporte ,mensual del desarrollo del proceso de aprendizaje en al cual participa, (...) i) anexas al informe de evaluación en la hora de trabajo arrojado por el sistema de gestión de centro (...), dar respuesta en un tiempo no mayor a 24 horas a los correos enviados ya sea por los directivos de la entidad, del equipo de bilingüismo y por los aprendices que le sean asignados. (...) 6) cumplir con los funcionamientos asociados a las labores del instructor. 7) apoyar la gestión del programa para el posicionamiento Regional y Nacional. 8) participar activamente en el cumplimiento de las metas de la Regional de acuerdo con los lineamientos brindados por el supervisor de contratos. 9) asistir a todas las reuniones que sean programadas por la institución. (...) 11) participar en grupos de trabajos cuando el coordinador académico así lo requiera. 12) asistir y participar en las capacitaciones, en los procesos de actualización y formación*

*requeridos en las fechas y sitios que determine el SENA. (...) <sup>24</sup>* Lo pactado en las cláusulas de los diferentes contratos, reflejan y contribuye concluir que en verdad se trató de una relación eminentemente laboral, en razón de la subordinación jurídica allí plasmada.

En este orden, considera la Sala que en el presente asunto, se encuentran acreditados todos los elementos característicos de la relación laboral y por ello concederá la susplicas de la demanda. No obstante, ello no implica que la actora obtenga así la condición de empleada pública, toda vez que no se cumple con los requisitos de una relación de carácter legal y reglamentario, ya que tal condición presupone la existencia de un acto administrativo que disponga el nombramiento, de la posesión en el cargo y de disponibilidad presupuestal.

En cuanto a la inconformidad de la actora respecto a la condena en costas del 4% impuesta con el A quo, el recurrente manifiesta que la conducta procesal de la parte activa ha sido correcta y de buena fe, por lo cual, procede la Sala estudiar este punto.

“Las costas procesales son aquella erogación económica que debe asumir la parte que resulte vencida en un proceso judicial, que se compone de las i) expensas y las ii) agencias en derecho.

Las primeras responden a los gastos necesarios para tramitar el proceso, tales como son el valor de copias, publicaciones, impuestos de timbre, honorarios de peritos, honorarios de auxiliares de la justicia, gastos de desplazamiento por diligencias fuera del despacho judicial, gasto de traslado de testigos, por citar algunos ejemplos.

Las segundas -agencias de derecho-, obedecen a la suma que el juez debe ordenar en beneficio de la parte favorecida con la condena en costas, para reconocerle los costos afrontados por la representación de un abogado o, si actuó en nombre propio, como contraprestación por el tiempo y esfuerzo dedicados a la causa.

De ahí que, por ejemplo, no hay lugar al reconocimiento de las agencias en derecho en los eventos en que resulta vencedor quien no concurre al proceso por apoderado o litigando en causa propia, como sería el caso de la representación por un curador ad litem, sin perjuicio de la condena en costas a cargo del perdedor, que debe incluir las expensas, dentro de la cuales, como se advirtió, están los honorarios que correspondan a los auxiliares de la justicia.

---

<sup>24</sup> Contrato No. 076 de enero de 2008 Fls. 20 y 21 del cuaderno principal  
Contaro No. 0326 de marzo de 2015 Fls. 66 al 69 del cuaderno principal

Las costas, tanto en su componente de expensas como de agencias en derecho, son fijadas por el juez de conocimiento bajo los criterios establecidos en la ley, por tanto, no obedecen al arbitrio o discrecionalidad de los sujetos procesales ni tampoco al capricho del tallador.

Por el contrario, como el reconocimiento de las costas es un derecho subjetivo, dado el claro carácter indemnizatorio y retributivo que tienen, en ningún caso puede ser fuente de enriquecimiento sin causa, razón por la cual, su condena, es el resultado de aplicar, por parte del juez, los parámetros previamente fijados por el legislador, a efectos de establecer si hay lugar o no a su reconocimiento, con el fin de compensar el esfuerzo realizado y la afectación patrimonial que le implicó la causa a quien resultó victorioso<sup>25</sup>.

considera pertinente la Sala recordar que solo habrá lugar a dicha condena cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

De otra parte y teniendo en cuenta que se accederá a las pretensiones de la demanda, se necesario abordar el tema respecto a la interrupción en el vínculo contractual y la prescripción de los derechos laborales, el Consejo de Estado mediante providencia del 18 de julio de 2018<sup>26</sup>, se pronunció frente a las formas de vinculación con el Estado en el tiempo a través de la modalidad contractual, señalando lo siguiente:

«[...] Frente a ese tópico es preciso indicar que, en la práctica, las vinculaciones a través de contratos de prestación de servicios con el Estado pueden ser sucesivas o interrumpidas, al respecto:

- **Sucesivas:** implican la suscripción de contratos de forma sucesiva, inmediata, sin que medie la suspensión del objeto o de las actividades contractuales en el tiempo, es decir, que su prestación es continua.
- **Interrumpidas:** en tanto transcurre un lapso entre cada vinculación, a través de los contratos u órdenes de prestación de servicios.

De acuerdo con lo anterior, cuando el juez administrativo comprueba la configuración de los tres elementos de la relación laboral como son: i) la prestación personal del servicio, ii) la continuada subordinación o dependencia, y iii) la remuneración o contraprestación; se pueden presentar las siguientes situaciones a efectos de declarar los extremos temporales laborados:

- **Vinculación sucesiva:** en estos eventos los periodos a reconocer como relación laboral serán contabilizados desde la fecha de inicio y hasta la fecha de finalización, aun así, hubiesen mediado múltiples contratos.

<sup>25</sup> Sentencia 00036 de 2019 del Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sala de Decision Especial No. 27. M.P. Rocio Araújo Oñate.

<sup>26</sup> Sentencia proferida en el proceso con radicación 68001-23-33-000-2013-00689-01 (3300-2014), con ponencia del suscrito Magistrado William Hernández Gómez.

- Vinculación interrumpida: en este caso, la relación laboral únicamente puede reconocerse por los periodos efectivamente contratados o debidamente ejecutados, pues los tiempos reclamados que no consten o cuya prestación no pueda acreditarse fehacientemente a través de los medios probatorios con que cuenta la parte demandante, no pueden ser tenidos en cuenta para efectos de la respectiva condena, sin importar si la interrupción es de un día, inclusive.

En sentencia unificada el Consejo de Estado<sup>27</sup> señala que los derechos prestacionales derivados del contrato realidad son pasibles de perderse por prescripción extintiva, es decir, por el no reclamo de los derechos dentro de las oportunidades que señala la ley:

«[...] 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. [...]»

Concorde con las sentencias citadas, una vez determinada la existencia de la relación laboral, corresponde al juez verificar los extremos temporales de dicha relación con la propósito de establecer si la contratación fue sucesiva o interrumpida y proceder así al análisis de la ocurrencia o no del fenómeno de la prescripción.

Es del caso anotar que mediante sentencia de unificación de fecha 25 de agosto de 2016, proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, se establecieron las siguientes reglas jurisprudenciales en lo concerniente al tema de la prescripción, así:

“i) Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, **deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.**

ii) Sin embargo, **no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión**, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad.

---

<sup>27</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda. Sentencia de Unificación Jurisprudencial CE-SUJ2-05 del 25 de agosto de 2016. Consejero Ponente Dr. Carmelo Perdomo Cuéter. Radicación 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015).

iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.

iv) Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA).

v) Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.

vi) El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral). vii) El juez contencioso administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión *extra petita*, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador". (Negrillas de la Sala)

De acuerdo con lo anterior, no queda duda que quien pretenda la declaratoria de existencia de una relación laboral con el Estado, deberá realizar la respectiva reclamación dentro de los tres (3) años siguientes a la terminación del vínculo contractual so pena de la declaratoria de prescripción de las prestaciones sociales que pudieran surgir a su favor.

A tal efecto, tal como quedó demostrado líneas atrás la actora prestó sus servicios a través de contratos de prestación de servicios durante el periodo de tiempo comprendido entre los años 2008 al 2015. Sin embargo, dicha prestación no fue ininterrumpida, toda vez que entre la terminación de un contrato y el inicio del siguiente transcurrieron lapsos de días y hasta meses, desvirtuándose así la premisa sostenida por la parte actora de la existencia de vinculación continua, sucesiva e ininterrumpida con la entidad demandada.

Es así como analizados los contratos antes relacionados, encuentra la Sala que entre los años 2008 al 2015, fueron suscritos diez (10) contratos así:

<b>No. DE CONTRATO</b>	<b>FECHA DE INICIO</b>	<b>FECHA DE FINALIZACIÓN</b>
No. 076 de 2008	25 de enero de 2008	25 de diciembre de 2008
No. 241 de 2009	3 de febrero de 2009	3 de enero de 2010
No. 343 de 2010	25 de enero de 2010	9 de noviembre de 2010
No. 093 de 2011	7 de febrero de 2011	22 de junio de 2011
No. 1293 de 2011	8 de septiembre de 2011	17 de diciembre de 2011
No. 274 de 2012	7 de marzo de 2012	7 de julio de 2012
No. 784 de 2012	23 de julio de 2012	23 de noviembre de 2012
No. 201 de 2013	19 de marzo de 2013	4 de diciembre de 2013
No. 227 de 2014	22 de enero de 2014	22 de julio de 2014
No. 326 de 2015	3 de marzo de 2015	3 noviembre de 2015

Conforme a lo anterior es claro que no existió una vinculación laboral continua, sucesiva e ininterrumpida con la entidad demandada, puesto que la relación laboral declarada fue de forma discontinua y en atención a la fecha de la reclamación administrativa (19 de julio de 2018)<sup>28</sup>, las prestaciones sociales a las que se tiene derecho es la derivada del Contrato No. 326, por cuanto los derechos laborales y prestacionales correspondientes a los anteriores al Contrato No. 326 de 2015, se encuentran prescritas.

En razón de lo anterior, la señora Rose Marie Pomare M'clauglin , tiene derecho al reconocimiento de las prestaciones sociales dentro del periodo comprendido del del 3 de marzo de 2015 al 3 de noviembre de 2015, tomando como base de liquidación el valor mensual pactado por el concepto de honorarios.

De conformidad con lo anterior, la Sala revocará la sentencia de primera instancia de fecha 16 de diciembre de 2019, proferida por el Juzgado Único Contencioso Administrativo del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

### **Condena en Costas**

La Sala se abstendrá de condenar en costas a las partes en esta instancia, habida cuenta de que no se probó haber sido causadas, y así mismos su proceder en el desarrollo del proceso no evidencio actuaciones temerarias ni de mala fe que

<sup>28</sup> Fl. 102 Cuaderno Principal

permitan sostener un cargo económico en su contra. En ese entendido, tampoco procederá la condena en costas impuesta en la primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Contencioso Administrativo del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **V.- FALLA**

**PRIMERO: REVOQUESE** la sentencia de primera instancia No. 00140-19 de fecha 16 de diciembre de 2019, proferida por el Juzgado Único Contencioso Administrativo de este circuito judicial, dentro del proceso iniciado por la señora Rose Marie Pomare Mc'Laughlin en contra del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA y en su lugar **DECLÁRESE** parcialmente probada la excepción de prescripción extintiva de las prestaciones sociales económicas causadas en los periodos anteriores al 3 de marzo de 2015, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: DECLÁRASE** la nulidad del acto acusado No. 0001140 del 21 de marzo de 2018, mediante el cual el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), negó a la señora Rose Marie Pomare Mc'Laughlin, la existencia de una relación laboral, por el tiempo de servicio conforme a los contratos de prestación de servicios que se indican en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO:** A título de restablecimiento del derecho, la entidad demandada pagará a la señora Rose Marie Pomare Mc'Laughlin, el valor equivalente a las prestaciones sociales legales ordinarias devengadas por quien desempeñaba empleo de características similares a la actividad cumplida por ella, en virtud del contrato de prestación de servicios suscritos dentro del periodo comprendido entre el 3 de marzo de 2015 al 3 de noviembre de la misma anualidad, para lo cual se tomará como base de liquidación el valor pactado en el mencionado contrato y conforme a la Ley.

Se condene a la demandada a efectuar los ajustes de valor sobre las sumas que resulten a favor del demandante según el índice de precios al consumidor.

## **SIGCMA**

**CUARTO:** A título de restablecimiento del derecho, **CONDÉNASE** al SENA a pagar a la demandante a título de reparación del daño, los porcentajes de cotización correspondientes a pensión y salud que debió trasladar la entidad demandada a los fondos correspondientes durante los periodos acreditados en los que la actora prestó sus servicios, para lo cual la entidad cotizará al respectivo fondo la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, y dichas sumas serán ajustadas conforme a la Ley.

**QUINTO:** A título de restablecimiento del derecho, **CONDÉNASE al SENA** a pagar a favor de la actora a título de indemnización, las cotizaciones a la administradora de riesgos laborales y de Caja de Compensación durante el período acreditado que prestaron sus servicios, para lo cual la entidad cotizará la suma faltante por concepto de aportes solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

**SEXTO:** Sin condena en costas.

**SEPTIMO: ORDÉNASE** actualizar y pagar las sumas que resulten a favor de la actora. Dese cumplimiento al fallo en los términos y condiciones establecidos en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

**OCTAVO: NIÉGUENSE** las demás prestaciones de la demanda.

**NOVENO:** Exhortar al Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA- para que se abstenga de celebrar contratos de prestaciones de servicios que encubran relaciones laborales y a garantizar la vigencia de los derechos laborales.

**DECIMO:** por Secretaría la Secretaria del Juzgado Único Administrativo de San Andrés Providencia y Santa Catalina, liquídense los gastos del proceso, y en caso de remanentes, devuélvase al interesado.

**UNDECIMO:** Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente a su lugar de origen, previa las anotaciones de rigor.

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

**LOS MAGISTRADOS**

Expediente: 88-001-33-33-001-2018-00086-01  
Demandante: Rose Marie Pomare M'clauglin  
Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA  
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

**SIGCMA**

**JESÚS GUILLERMO GUERRERO GONZÁLEZ**

**NOEMÍ CARREÑO CORPUS**

**JOSÉ MARÍA MOW HERRERA**

(Impedido)

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso con radicado No. 88-001-33-33-001-2018-00086-01)

Código: FCA-SAI-06

Versión: 01

Fecha: 14/08/2018

**Firmado Por:**

**JESUS GUILLERMO GUERRERO GONZALEZ  
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL  
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO 001 SIN SECCIONES DE SAN ANDRÉS**

**NOEMI CARREÑO CORPUS  
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL  
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO 003 SIN SECCIONES DE SAN ANDRÉS**

Expediente: 88-001-33-33-001-2018-00086-01  
Demandante: Rose Marie Pomare M'clauglin  
Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA  
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

**SIGCMA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**6627f0c9602384fe454ee9aa6ee384e5a20c8691ea8f0b333dbf0fee0b5b27**

**cc**

Documento generado en 22/06/2021 11:22:44 AM