

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ  
SALA DE DECISIÓN No 2

Tunja, 11 ABR 2018

Medio de Control: **Nulidad y restablecimiento del derecho**  
Demandante: **José Iván González Martínez**  
Demandado: **Servicio Nacional de Aprendizaje**  
Expediente : **15238-3339-751-2015-00236-02**

Magistrado ponente: **Luis Ernesto Arciniegas Triana**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 20 de julio de 2017, por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sogamoso, que accedió a las pretensiones de la demanda.

**I. ANTECEDENTES**

La parte actora, por intermedio de apoderado, concurre a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con el fin de obtener la nulidad de los oficios Nos. 2-2015-005063 de 13 de febrero de 2015, 2-2015-000529 de 26 de marzo de 2015 y 2-2015-001495 de 13 de abril de 2015, los cuales negaron el reconocimiento y pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones causados durante la vigencia de los contratos de prestación de servicios suscritos con el SENA.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se declare la existencia de una verdadera relación de trabajo durante la vigencia de cada contrato de prestación de servicios suscritos con el SENA, y que se declare que no hubo solución de continuidad entre cada uno.

Así mismo, pidió una reparación equivalente a las prestaciones sociales legales y convencionales devengadas por un servidor público que desempeñe sus mismas funciones en la entidad, teniendo como salario base la suma pactada como honorarios, y el pago de otros factores salariales y prestacionales, debidamente indexados desde la fecha de su causación hasta la de la sentencia. También a título de reparación, pidió el pago correspondiente a indemnización moratoria por falta de pago de prestaciones sociales y cesantías.

Finalmente, solicitó que se ordene dar cumplimiento a la sentencia de conformidad con los artículos 192, 194 y 195 del C.P.A.C.A. y que se condene en costas a la demandada.

## **II. FUNDAMENTOS FÁCTICOS**

Como fundamento de sus pretensiones adujo violación a la ley como causal de nulidad, ya que en contra de expresa prohibición se suscribieron varios contratos de prestación de servicios que rigieron durante toda la relación de trabajo, con el objeto de evadir el pago de las prestaciones laborales que se causaron a su favor. Agregó que la actividad desempeñada ha sido ordinaria, permanente y necesaria, que el servicio podía ser desempeñado por personal de planta, y que en tal sentido se desconoció la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente.

Así mismo, alegó falsa motivación, en tanto que la entidad demandada se ha limitado a señalar que sus contratos fueron por prestación de servicios, omitiendo pronunciarse de fondo sobre las verdaderas controversias de la relación, ya que no se materializaron los elementos y requisitos previstos para acudir a la contratación por prestación de servicios, siendo que esta modalidad no constituye la regla sino la excepción, y solo se celebra con personas

AA

naturales cuando las actividades propias de la entidad requieran conocimientos específicos, sin que en manera alguna sustituya el contrato de trabajo o la relación legal y reglamentaria.

Aseveró que habiéndose desempeñado como instructor del SENA, su actividad no era independiente, sino que prestaba un servicio de manera personal y subordinada al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público de educación, y conforme las directrices impartidas por el ente demandado, situación que encuentra reflejada, entre otros, en el cumplimiento de un horario de trabajo, en el pago mensual de su honorarios, en la atención a los requerimientos de sus supervisores y en la presentación de informes mensuales.

Agregó que habiendo emergido una verdadera relación laboral, la retención en la fuente que sobre cada contrato le fue realizada se torna ilegal, siendo perjudicado por no poder disfrutar plenamente de un salario que le fue pagado en forma de honorarios.

### **III. ACTUACIÓN PROCESAL**

La demanda fue admitida mediante auto de fecha 10 de diciembre de 2015, en el que además se ordenó notificar a la entidad accionada, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al agente del Ministerio Público (fls. 162-163).

#### **1. -Contestación de la demanda**

La entidad demandada contestó la demanda (fls. 184-192) asegurando que el demandante se desempeñó como contratista y que esta modalidad no genera una relación de carácter laboral. A respecto, señaló que jurisprudencialmente

se encuentra establecido que el desarrollo de los contratos de prestación de servicios no excluyen la posibilidad de que la entidad contratante imponga unas condiciones mínimas o tome medidas oportunas para lograr el cumplimiento del objeto contratado, sin que ello deba entenderse como subordinación, además de que para acreditar la existencia de la relación laboral es necesario probar que el contratista se desempeñó en las mismas condiciones de cualquier servidor público y que las actividades realizadas no eran indispensables, ello en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.

Agregó que la necesidad de equiparar la situación del contratista a la de cualquier servidor público no implica conferir a quien demande la condición de este último, pues dicha calidad no se adquiere por el solo hecho de trabajar para el Estado.

Finalmente, propuso como excepciones: inexistencia del derecho, buena fe y prescripción parcial del derecho.

## **2. Audiencia inicial**

Mediante proveído de 31 de octubre de 2016 se fijó fecha para llevar a cabo audiencia inicial, de conformidad con lo previsto en el artículo 180 del C.P.A.C.A. (fls. 267).

Evacuadas las etapas previstas en la audiencia inicial celebrada el 29 de noviembre de 2016, el *a quo* no advirtió la existencia de causales de nulidad, resolvió las excepciones propuestas, fijó el litigio y decretó las pruebas solicitadas con la demanda y su contestación (269-272).

### **3. Audiencia de pruebas**

El 7 de marzo de 2017 se realizó la audiencia de pruebas (fls. 306-307), oportunidad en la que se dispuso apreciar con el correspondiente valor probatorio la información allegada y correr traslado para alegar de conclusión.

### **4. Alegatos de conclusión**

#### **Parte demandante (fls. 310-313)**

Reiteró los argumentos expuestos en la demanda. Agregó que los contratos suscritos entre 2001 y 2012 por las partes desconocen la temporalidad a la cual debían sujetarse, así como que el objeto de los mismos podía ser desempeñado por personal de planta, lo cual denota que la entidad demandada acudió a formas jurídicas simuladas para negar la existencia de una verdadera relación laboral.

Aseveró que el objeto social del SENA tiene que ver con la impartición de enseñanza y la preparación para la vida laboral de sus educandos, y que solo cumple sus fines esenciales a través de los docentes, en este caso denominados instructores, lo cual es violatorio del derecho a la igualdad y constituye una discriminación ilegal.

#### **Parte demandada (fls. 314-317)**

Manifestó que no fueron probados por el demandante los elementos de una relación legal y reglamentaria, en tanto que no se demostró un horario o jornada en igualdad de condiciones que cualquier servidor público, ni subordinación directa más allá de la relación contractual, siendo obligación del contratista desvirtuar la naturaleza del contrato estatal. En el mismo sentido,

aseveró que no se demostró que las labores hubieran sido desarrolladas en igualdad de condiciones que un funcionario de planta, ni tampoco que hubiese funcionario o cargo con actividades similares.

Así las cosas, señaló que como quiera que no se comprobaron los elementos esenciales de la relación laboral, en especial el componente de la subordinación, deben considerarse infundados los argumentos esgrimidos como concepto de violación, adicional a lo cual, vistas las fechas de las respuestas emitidas por cada regional y la de la pretensión de nulidad y restablecimiento, se encuentra caducado el término para efectuar la reclamación judicial.

#### **IV. FALLO RECURRIDO**

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sogamoso, mediante fallo proferido el 20 de junio de 2017 (fls. 320-330 vto.), accedió a las pretensiones de la demanda, por las siguientes razones:

Señaló que para demostrar la relación laboral entre las partes se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación, este último respecto del cual le corresponde demostrar la permanencia, es decir, que la labor es inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta.

A respecto, advirtió que el demandante prestó sus servicios de manera personal y directa como instructor del SENA; que por su labor, relacionada con la formación profesional, percibió una remuneración o contraprestación económica; y que se configuró el elemento de la subordinación y dependencia, situación que respaldada el hecho de que las funciones desempeñadas no eran de carácter transitorio, característica propia del contrato de prestación de

servicios, sino que por el contrario se trató de una relación prolongada en el tiempo.

Resaltó que si bien en el caso particular se suscribieron órdenes de servicio con plazo inferior a un año, toda vez en forma sucesiva y recurrente se suscribía otro contrato para seguir ejecutando el mismo objeto, no se desvirtuó la existencia del contrato realidad, dado que las condiciones de desempeño se mantuvieron durante la ejecución de cada uno de los contratos celebrados.

Por otra parte, aseveró que la función desplegada por el SENA a través de sus instructores se orienta hacia la formación integral, profesional y laboral de sus estudiantes, por lo que no obstante no hacer parte de los niveles de educación formal establecidos en la Ley 115 de 1994, ni encajar en la definición de educación informal, debe regularse por las normas generales del servicio público de educación. Agregó que la labor de formación en la institución no es independiente, sino que la misma se encuentra subordinada al cumplimiento de los reglamentos, fines y principios del servicio público de educación, con lo que mal podría sostenerse que en este caso existió una relación de coordinación.

Así las cosas, habiendo encontrado desvirtuadas tanto la autonomía como la independencia en la prestación del servicio por parte del demandante, así como la transitoriedad propia del contrato de prestación de servicios, concluyó que en el presente asunto se configuró el contrato realidad, disponiendo que debía cancelarse al demandante el valor de las prestaciones sociales por el desarrollo de su labor entre el 16 de abril de 2001 y el 22 de junio de 2012, exceptuando los periodos durante los cuales no existió vinculación laboral.

## V. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

La parte demandada sustentó el recurso de apelación (fls. 334-337) señalando que el análisis realizado por el juez es contrario a derecho, en tanto que se parte de indicios y no de pruebas para establecer, por ejemplo, el horario y la permanencia en la ejecución de las actividades, cuando el objeto contractual podía ser desarrollado de manera presencial y/o virtual. Al respecto, advirtió que no obstante con base en los documentos contractuales aportados se creó una presunción legal que debía ser desvirtuada por el demandante, en este caso el operador judicial obró de manera oficiosa al tratar de desvirtuarla por la vía del indicio.

Agregó que el juez de primera instancia no discriminó la temporalidad de los contratos suscritos por el demandante, en la mayoría de los cuales transcurrió el término para que opere la solución de continuidad, acaeciendo sobre los mismos la prescripción extintiva de las prestaciones reclamadas. Así mismo, dijo que al no existir pronunciamiento sobre el señalamiento hecho en sus alegatos acerca de la caducidad de la acción, lo que además resulta ser de aplicación oficiosa por parte del juez, la actuación violaría el debido proceso.

## VI. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto de fecha 2 de agosto de 2017, el *a quo* concedió para ante esta Corporación el recurso de apelación interpuesto (fl. 405), el cual fue admitido mediante providencia de 6 de octubre de 2017 (fl. 411).

El día 5 de febrero de 2018 el despacho se celebró audiencia de pruebas, en la que luego de recepcionar unos testimonios, se abstuvo de fijar fecha para la realización de audiencia de alegaciones y juzgamiento, corriendo traslado para alegar de conclusión (fls. 427-428 vto.).

AA

**Parte demandante** (fls. 437-442)

Manifestó que no es cierto, como lo aduce el recurrente, que el juez haya encontrado probados los elementos estructurales de la relación de trabajo solo mediante prueba indiciaria, dado que del contenido de los contratos, órdenes de trabajo y actas de liquidación se desprende la labor personal desplegada como instructor del SENA, y que aun cuando tales documentos reflejan un contrato laxo y exiguo, enunciando solo el objeto, el precio y la duración para encubrir una relación de trabajo, imprimen la orden de impartir formación profesional en el área de joyería, la cual fue cumplida por el demandante, lo que finalmente llevó al a quo a concluir la prueba de la subordinación.

Aseguró que una vez demostrados los elementos de la prestación del servicio y remuneración, se presume la relación de trabajo y se traslada la carga probatoria al ente demandado para que desvirtúe la subordinación. Agregó que partiendo de las obligaciones contractuales como instructor, así como de la labor misional de instrucción y formación, puede inferirse el sometimiento del contratista a las reglas de la entidad, lo cual es equivalente a la subordinación.

Indicó que si bien los contratos se desarrollaron con diferentes plazos de ejecución, toda vez que en forma sucesiva y recurrente se suscribía otro contrato con el mismo objeto, no se desvirtuó la existencia del contrato realidad, en la medida en que las condiciones de desempeño se mantuvieron durante la ejecución de cada uno de ellos.

Finalmente, adujo que no existe diferencia entre los instructores de planta y los contratistas, en tanto que los programas son estructurados sin distinción alguna; que todos tienen como superior inmediato al Coordinador Académico, el cual les imparte las cargas de trabajo, al tiempo que impone la intensidad horaria, el lugar y la metodología a desarrollar; y que si bien a la fecha tiene

vinculación legal y reglamentaria con el SENA, lo cierto es que sigue desempeñando idénticas funciones a las que tenía como contratista instructor.

**Parte demandada** (fls. 445-447 vto.)

Indicó que la vinculación del demandante con el SENA fue meramente como contratista y que bajo dicha modalidad la actividad independiente desarrollada puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación, tal como fue aceptado por el actor, y que solo hasta cuando la entidad demandada decide no contratarlo, tomó la decisión de hacer ver su contrato como una relación laboral. Añadió que entre las partes se celebraron contratos y órdenes de trabajo totalmente independientes y autónomas, ejecutadas de manera libre, sin subordinación ni solución de continuidad, en diferentes escenarios y calendas, y por los periodos estrictamente necesarios para dar cumplimiento a su objeto y finalidad.

Aseguró que la documentación incorporada como prueba denota elementos propios de la relación contractual establecida en la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios, y que no existe una presunción legal que permita considerar como laboral toda relación contractual estatal en la modalidad de prestación de servicio, por lo que si el contratista recurre a la jurisdicción está en la obligación de demostrar los elementos esenciales de una verdadera relación laboral.

Por último, señaló que existió solución de continuidad en los contratos suscritos por el demandante, advirtiendo que hubo periodos donde no hubo vínculo contractual y no se presentó reclamación alguna, lo cual hace plenamente aplicable la figura de la prescripción.

278

## VII. CONSIDERACIONES

### 1. Problema jurídico

Debe éste Tribunal determinar si las actividades desarrolladas por el demandante, con ocasión de los contratos de prestación de servicios ejecutados entre los años 2001 y 2012 como instructor del SENA, configuraron los elementos propios de una relación laboral.

Precisado lo anterior, deberá resolverse sobre el reconocimiento de los derechos salariales y prestacionales que se puedan derivar de aquella, haciendo precisión frente a los derechos que tengan el carácter de prescriptibles y dejando a salvo los derechos pensionales que no tienen dicha naturaleza.

En esa medida, la Sala abordará los siguientes temas: *(i)* el contrato realidad y su desarrollo jurisprudencial; *(ii)* presunción de subordinación en la actividad docente; *(iii)* examen del caso concreto y *(iv)* prescripción de los derechos derivados del contrato realidad.

### 2. Del contrato realidad y su desarrollo jurisprudencial

El tema del contrato realidad ha generado importantes debates judiciales. Uno de ellos se dio con ocasión del examen de exequibilidad que realizó la Corte Constitucional al numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que establece la posibilidad de celebrar contratos de prestación de servicios con las entidades del sector público. Después de realizar precisiones constitucionales en materia de contratación estatal, de definir las características del contrato de prestación de servicios y de establecer las diferencias con el contrato de trabajo, la Corte estableció que el ejercicio de tal potestad es ajustado a la Carta Política, siempre y cuando la administración no la utilice para ocultar la

existencia de una verdadera relación laboral personal, subordinada y dependiente<sup>1</sup>.

Sobre este aspecto el Consejo de Estado<sup>2</sup> reiteró la necesidad de que se acrediten fehacientemente los tres elementos propios de una relación de trabajo, como son **la prestación personal del servicio, la remuneración y en especial la subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador.**

Así las cosas, se concluye que para acreditar la existencia de una relación laboral, es necesario probar los tres elementos referidos, pero especialmente, que el supuesto contratista desempeñó una función en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público, constatando de ésta manera, que las actividades realizadas no son de aquellas indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.

Por el contrario, existirá una relación contractual regida por la Ley 80 de 1993, cuando: *a)* se pacte la prestación de servicios relacionados con la administración o funcionamiento de la entidad pública; *b)* el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada; *c)* se le paguen honorarios por los servicios prestados; y, *d)* la labor contratada no pueda realizarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados.

Sobre esta última condición para suscribir contratos de prestación de servicios, vale la pena indicar que debe ser entendida a aquellos casos en los que la entidad pública contratante requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional, pues se desdibujaría la relación contractual cuando se contratan por prestación de servicios a personas que deben desempeñar

<sup>1</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-154-97 M.P. Hernando Herrera Vergara.

<sup>2</sup> Consejo de Estado- Sentencia del 23 de junio de 2005. Exp No. 0245. C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante

479

exactamente las mismas funciones que, de manera permanente, se asignan a los demás servidores públicos.

Sobre el punto, el Consejo de Estado en sentencia de 8 de junio de 2017, Exp.: 05001233100020110114101 (3604-2015) determinó:

“la aludida modalidad contractual de prestación de servicio permanecerá inmutable, en la medida que el contratista goce plenamente de autonomía y liberalidad en la ejecución del objeto contractual, de tal suerte que, podrá desnaturalizarse el contratos de prestación de servicios en la medida que el contratista lleve a cabo las actividades contractuales de manera subordinada”.

En este orden de ideas, la viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad, depende de la actividad probatoria de la parte demandante, dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación establecida y la presencia real dentro de la actividad desplegada de los elementos anteriormente señalados, especialmente el de subordinación, que como se mencionó, es el que desentraña fundamentalmente la existencia de una relación laboral encubierta.

### **3. -De lo probado dentro del proceso**

Al expediente fueron incorporados los siguientes:

- a). Oficio No. 2-2015-005063 de 13 de febrero de 2015, expedido por el SENA – Regional Bogotá, por medio del cual niega una solicitud de pago de acreencias laborales, impetrada por el demandante el 26 de enero de 2015 (fls. 30-36).
- b). Oficio No. 2-2015-000529 de 26 de marzo de 2015, expedido por el SENA – Regional Boyacá, el cual negó una solicitud de pago de acreencias laborales, impetrada por el demandante el 13 de marzo de 2015 (fls. 43-44).

c). Oficio No. 2-2015-001495 de 13 de abril de 2015, expedido por el SENA – Regional Caldas, el cual negó una solicitud de pago de acreencias laborales, impetrada por el demandante el 13 de marzo de 2015 (fls. 45-52).

d). Certificación No. 194 de fecha 7 de diciembre de 2011, expedida por el SENA – Regional- Caldas, la cual da cuenta de las órdenes de prestación de servicios suscritas con el demandante, entre el 22 de diciembre de 2006 y el 16 de diciembre de 2011 (fls. 53-55).

e). Constancia de fecha 12 de mayo de 2005, expedida el SENA – Regional Boyacá, según la cual el demandante prestó sus servicios como Técnico Profesional, impartiendo formación profesional en el área de diseño y fabricación de joyas, mediante órdenes de prestación de servicios, entre el 16 de abril de 2001 y el 8 de abril de 2005 (fl. 56).

f). Circular de fecha 21 de noviembre de 2000, dirigida a funcionarios de planta y contratistas del SENA, por la cual se aclaran algunos puntos relacionados con la convivencia y cumplimiento de las normas dentro de las instalaciones del SENA – Regional Cundinamarca (fl. 57).

g). Contratos de prestación de servicios celebrados entre el SENA y el demandante, como instructor contratista, entre los años 2006 y 2011 (fls. 58-92, 216-264 y 286-304).

h). Certificados de retención en la fuente del demandante para los años 2007 a 2010 (fls. 93-96).

i). Informe de fecha 16 de mayo de 2013, en el cual la Contraloría General de la República advierte a la Dirección Nacional del SENA sobre la suscripción de contratos de prestación de servicios, a fin de que se tomen los correctivos necesarios (fls. 98-106).

j). Ordenes de trabajo y actas de liquidación suscritas entre el demandante y el SENA, entre los años 2001 y 2005 (fls. 198-215).

k). Certificación expedida por el SENA – Regional Caldas el 3 de marzo de 2017, de los contratos de prestación de servicios suscritos con el demandante entre los años 2006 y 2011 (fls. 280-284).

l). Certificación de los contratos de prestación de servicios del demandante, años 2001 a 2005 y 2012, expedida por el SENA el 26 de diciembre de 2016 (fls. 385-393).

m). Declaración rendida por el señor JOSÉ ALFREDO LUGO CELIS, en audiencia celebrada el 5 de febrero de 2018 (CD. fl. 426).

#### **4. -Presunción de la subordinación en la actividad docente**

El Consejo de Estado, en **sentencia de unificación** del 25 de agosto de 2016, radicado 23001-23- 33-000- 2013-00260- 01, hizo referencia a la vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicios, dejando sentado el criterio de que por su naturaleza tal actividad implica una subordinación que no puede ser encubierta bajo esa modalidad contractual:

“Dirá la Sala que la vinculación de docentes bajo esta modalidad, no desvirtúa el carácter personal de su labor ni mucho menos es ajena al elemento subordinación existente en 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 ordenes 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...”.

Es así como se puede llegar a la conclusión, como ya lo ha hecho este Tribunal en casos similares, de que dadas estas características del servicio

docente, quien demuestre que ha sido vinculado por medio de ejecución sucesiva de contratos de prestación de servicios para desarrollar actividades de docencia, tiene a su favor una presunción de subordinación y dependencia, es decir, que la subordinación laboral se encuentra implícita en el desempeño de la actividad docente.

## 5. -Examen del caso concreto

Se encuentra acreditado que el demandante, JAIRO IVÁN GONZÁLEZ MARTÍNEZ, entre los años 2001 y 2012, celebró sucesivas órdenes de trabajo y contratos de prestación de servicios con el SENA, como instructor contratista en programas de formación a cargo de la entidad, así:

No. de contrato	Desde	Hasta	Vigencia
319 de 2001	16-04-01	31-07-01	3 meses, 15 días
650 de 2001	01-08-01	14-12-01	4 meses, 14 días
915 de 2001	27-12-01	08-03-02	2 meses, 12 días
162 de 2002	14-03-02	30-08-02	5 meses, 17 días
123 de 2003	03-02-03	04-04-03	2 meses, 2 días
204 de 2003	28-04-03	04-07-03	2 meses, 7 días
426 de 2003	06-08-03	12-12-03	4 meses, 7 días
759 de 2003	23-12-03	30-06-04	6 meses, 8 días
385 de 2004	14-07-04	11-12-04	4 meses, 28 días
996 de 2004	31-12-04	08-04-05	3 meses, 8 días
76 de 2006	11-09-06	22-12-06	3 meses, 12 días
129 de 2006	28-12-06	31-03-07	3 meses, 3 días
22 de 2007	15-03-07	15-10-07	7 meses, 1 día
59 de 2007	29-08-07	17-12-07	3 meses, 19 días
30 de 2008	04-02-08	15-12-08	10 meses, 12 días
39 de 2008	23-07-08	22-12-08	5 meses
10 de 2009	26-01-09	31-08-09	7 meses, 5 días
135 de 2009	21-09-09	15-12-09	2 meses, 25 días
33 de 2010	25-01-10	15-12-10	10 meses, 21 días
16 de 2011	01-02-11	02-07-11	5 meses, 2 días
96 de 2011	13-07-11	16-12-11	5 meses, 4 días
108 de 2012	09-02-12	22-06-12	2 meses, 8 días

48

En cuanto al objeto de dichas vinculaciones, es necesario anotar que los contratos suscritos ente los años 2001 y 2005, tenían como tal: *“Prestar servicios profesionales en diseño industrial especializado y fabricación de joyas, en el Centro Nacional Minero del SENA Regional Boyacá, con el fin de impartir formación profesional en los cursos de joyería programados fuera del Centro.”*

A partir del año 2006 y hasta el 2012, el objeto contratado tiene que ver con la *“Prestación de servicios profesionales como instructor contratista, impartiendo horas de formación profesional en el área de joyería de los programas de formación profesional integral del Centro de Procesos Industriales del SENA.”*

Así, se puede evidenciar que la labor desempeñada por el demandante al servicio de la entidad, relativa a la prestación de servicios profesionales como instructor, se mantuvo durante todo el tiempo de la relación contractual, es decir, por más de diez años, lo cual hace necesario analizar la concurrencia de los elementos constitutivos de la relación laboral con ocasión de dicha vinculación, así:

- Con respecto a la prestación personal del servicio, tanto las órdenes de trabajo como los contratos de prestación de servicio suscritos por las partes, dan cuenta de que la labor se ejecutaba de manera personal, tal como se deduce de algunas obligaciones del contratista, relacionadas con la orientación de los procesos de formación y su participación en la programación y ejecución de los mismos en los ambientes de aprendizaje, así como cláusulas relacionadas con la imposibilidad del contratista de ceder total o parcialmente el contrato a persona natural o jurídica, salvo autorización expresa del SENA, y con la fijación del domicilio contractual de las partes en la sede de la entidad.

- Así mismo, el elemento de la remuneración se evidencia, tanto en el valor de las respectivas órdenes de trabajo y contratos de servicio, como en la modalidad de pago, teniendo en cuenta que en ambos casos se estipuló el pago mensual de dichos valores, acorde con el número de horas de formación impartidas; en el mismo sentido, obran actas de liquidación de las órdenes de trabajo del demandante por concepto de sus servicios personales como instructor.

- Ahora bien, en lo que tiene que ver con la subordinación, como elemento determinante constitutivo de la relación laboral, cabe precisar que el hecho de que la labor sea ejecutada en instalaciones y con recursos del Estado, y aún bajo la supervisión de este último, no supone acreditado el elemento de la subordinación, tal como lo ha manifestado el Consejo de Estado<sup>3</sup>:

*“Lo anterior, por cuanto el seguimiento de ciertos lineamientos mínimos, no necesariamente configura la subordinación, pues si bien, los contratos de prestación de servicios, llevan implícita la autonomía e independencia en el manejo y desarrollo del objeto contratado, no quiere decir que como atiende recursos del estado, no sea sometido a controles, supervisión y seguimiento, lo que genera una interacción entre la entidad y el contratista, a fin de que el objeto contratado se ejecute en los términos pactados. La autonomía e independencia no eximen del deber que tiene la entidad de vigilar, que en efecto, el contratista cumple a cabalidad lo pactado.*

*Bajo ese entendido y en virtud del principio de causa petendi, le correspondería en este caso a la demandante la demostración de los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persigue (artículo 167 del Código General del Proceso), para comprobar sin lugar a dudas, que una vez vistos en contexto los elementos de acatamiento de órdenes, cumplimiento de turnos y desempeño de funciones inherentes al objeto de la entidad en las mismas condiciones que los empleados de planta, es dable colegir indiscutiblemente que se configuró el elemento de la subordinación, pues dicho sea de paso, cualquiera de estos factores visto aislada y desarticuladamente no constituyen per se la dependencia predicada del contrato laboral. (...)”*

No obstante, se advierte que en el caso del actor, pese a haber sido vinculado como instructor mediante contratos de servicios celebrados bajo los principios de la Ley 80 de 1993, la ejecución de su actividad docente necesariamente implicó la prestación de sus servicios de manera directa y sin independencia en el cumplimiento de la labor; por el contrario debió ajustarse al horario y a los reglamentos establecidos para la prestación del servicio educativo a cargo del SENA, lo que configuró dependencia y subordinación en relación con la entidad.

<sup>3</sup> Consejo de Estado – Sección Segunda. Sentencia de 27 de julio de 2017, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez

A demás de lo anterior, las actividades desarrolladas por el demandante revisten las características propias de un empleo de carácter permanente, pues estuvo vinculado por más de 10 años como instructor al servicio del SENA, desvirtuándose el carácter excepcional de la labor contratada, la cual cumplió de manera subordinada, dada la naturaleza misma del ejercicio docente, tal como lo quedó establecido en la sentencia de unificación del Consejo de Estado citada en el acápite anterior.

Con base en estos hallazgos se puede afirmar que el demandante laboraba en las mismas condiciones de los instructores de planta del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, de modo que su labor no podía ser regulada por el contrato de prestación de servicios previsto en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, ya que conforme al principio de primacía de la realidad sobre las formalidades presente el artículo 53 de la Carta Política, se configuró una relación laboral, en virtud de lo cual la Sala a confirmará el fallo recurrido.

#### **6. -Prescripción de los derechos derivados del contrato realidad**

Frente al tema que convoca a la Sala, se establece que mediante el Decreto 3135 de 1968 se previó la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado, y se reguló el régimen prestacional de los empleados públicos y los trabajadores oficiales. Y sobre la figura en cuestión, en su artículo 41 se dispuso:

**“Artículo 41°.- Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.**

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual” (Negrilla y subrayado fuera del texto).

Posteriormente, dicha preceptiva fue reglamentada por el Decreto 1848 de 1969, que en su artículo 102 precisó:

**“Artículo 102°.- Prescripción de acciones.**

1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, **prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.**

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual” (Negrilla y subrayado fuera del texto).

Al respecto, el Tribunal<sup>4</sup> ha acogido el criterio prescriptivo de tres años respecto de la reclamación administrativa para solicitar la declaratoria del contrato realidad, apartándose del criterio de cinco años plasmado por el Consejo de Estado en sentencia del 8 de mayo de 2014, en el entendido que la extinción de derechos derivada de la prescripción es un asunto de reserva exclusiva del legislador, aunado a que tal y como lo señaló la Alta Corporación dicha tesis no es el todo caso consolidada y uniforme.

Sin embargo, no todas las acreencias laborales derivadas de la declaratoria de existencia del contrato realidad están afectadas por prescripción, pues tal y como lo ha sostenido la Corte Constitucional<sup>5</sup> **los derechos derivados de la seguridad social tienen carácter imprescriptible**, tal es el caso de los aportes en salud y pensión.

Sobre este asunto, mediante sentencia de unificación, el Consejo de Estado, al referirse a la prescripción de los derechos derivados del contrato realidad, sostuvo:

Si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de la “...*primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales*” (artículo 53 constitucional), se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador. Pero en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Por consiguiente, le

<sup>4</sup> Tribunal Administrativo de Boyacá sentencia del 24 de julio de 2015 M.P. Fabio Iván Afanador García. Exp. 150013333009201300087-01; Sentencia del 16 de diciembre de 2014 M.P. Félix Alberto Rodríguez Riveros Exp. 15238333300120130067-01

<sup>5</sup> Cfr. sentencias C-230 de 1998, M. P. Hernando Herrera Vergara y C-624 de 2003, M. P. Rodrigo Escobar Gil, entre otras.

corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios. Pese a lo expuesto, la Sala aclara que la prescripción extintiva no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales<sup>6</sup>.

Ahora bien, en el caso particular se aprecia que el actor celebró contratos sucesivos con el SENA, como instructor, entre el 16 de abril de 2001 y el 22 de junio de 2012; que mediante peticiones radicadas el 26 de enero y el 13 de marzo de 2015 acudió a la administración para obtener pronunciamiento sobre sus acreencias prestacionales, fundado en la existencia de una relación laboral bajo la égida del contrato realidad (fls. 30-36 y 37-42); y que el 21 de julio de 2015 radicó demanda tendiente a obtener la nulidad de los actos por medio de los cuales la entidad negó su solicitud (fl. 152).

Así las cosas y conforme el precedente jurisprudencial se deduce, en primer lugar, que no es dable aplicar la prescripción extintiva respecto de los aportes para pensión, tal como lo consideró el a quo al ordenar el pago de la cuota parte patronal correspondiente a los aportes en salud y pensión del demandante, durante todo el tiempo de la relación laboral, y declarar que el tiempo laborado bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios y órdenes de trabajo debía computar para efectos pensionales, más aún, teniendo en cuenta que por su carácter de imprescriptibles y de prestaciones periódicas los mismos están exceptuados no solo de la prescripción extintiva sino también de la caducidad del medio de control<sup>7</sup>.

No obstante lo anterior, debe colegirse que las prestaciones sociales y salariales del demandante, al ser susceptibles de prescripción en los términos de la citada sentencia, una vez declarada la existencia de la relación laboral debían serle reconocidas, pero sólo respecto de los valores dejados de percibir

<sup>6</sup> Consejo de Estado – Sección Segunda. Sentencia SUJ2-005-16 de 25 de agosto de 2016. C.P. Carmelo Perdomo Cuéter

<sup>7</sup> Idem

desde el 16 de enero de 2012, esto es, 3 años antes de la fecha de radicación de la solicitud ante la entidad; sin embargo, como quiera que para esa fecha el actor no tenía contrato vigente, el reconocimiento prestacional será a partir del 31 de enero de 2012, fecha de inicio del último contrato y hasta el 22 de junio de 2012, fecha de terminación del mismo.

Al respecto, se debe precisar que la única situación que puede dar lugar a que el término prescriptivo para todos los contratos se cuente desde la finalización del último, es que entre ellos no medie solución de continuidad, circunstancia que conforme el artículo 45 del Decreto 1042 de 1978, surge cuando transcurren no más de **quince días hábiles** entre el retiro y la nueva vinculación, lo que no ocurrió en el caso particular, en donde, en la mayoría de los casos, entre la suscripción de una y otra orden de servicios transcurrieron lapsos superiores, siendo del caso resaltar que entre la fecha de suscripción del último contrato y la de finalización del anterior transcurrieron más de dos meses, lo que hace innecesario contar el término de interrupción respecto de vinculaciones anteriores.

Corroborar lo anterior el hecho de que, conforme el mismo criterio unificado, “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”, razones por las que se modificará la sentencia recurrida para declarar fundada la excepción de prescripción, en relación con las prestaciones sociales y salariales a que hubiere lugar, con anterioridad al 31 de enero de 2012.

Valga aclarar que los honorarios pactados son el criterio imperante cuando el cargo desempeñado por el contratista no existe en la planta de personal, pues

en razón a la inexistencia del cargo, dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente la indemnización de perjuicios<sup>8</sup>.

Finalmente, considera la Sala pertinente, para efectos prácticos, traer a colación las reglas jurisprudenciales, que en lo que concierne a la prescripción han de tenerse en cuenta en las controversias relacionadas con el contrato realidad, conforme la renombrada sentencia de unificación del Consejo de Estado de fecha 25 de agosto de 2016, 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.

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.

De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho, y (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados.

<sup>8</sup> Consejo de Estado – Sección Segunda. Sentencia de 4 de febrero de 2016. C.P. Gerardo Arenas Monsalve

## **7. -Costas y agencias en derecho**

La Sala condenará en costas en esta segunda instancia a la entidad demandada, en virtud de que no prosperó el recurso de apelación. Según la regla establecida en el artículo 366 del C.G.P., corresponderá al juzgado de primera instancia proceder de manera concentrada a la liquidación de costas que se encuentren probadas; igualmente se fijan como agencias en derecho a cargo de la entidad demandada, la suma de \$2.166.500, que corresponde al 1% de la estimación de la cuantía indicada en la demanda, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, en Sala de Decisión No. 2, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### **FALLA**

**PRIMERO. CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sogamoso, de fecha 20 de junio de 2017, que accedió a las pretensiones de la demanda, excepto los numerales primero y quinto, los cuales quedarán así:

**Primero: Declarar** probada la excepción de prescripción parcial del derecho, propuesta por la entidad demandada, en relación con las prestaciones sociales y salariales a que tuviese derecho el actor con anterioridad al 31 de enero de 2012.

**Quinto: Condenar** al Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA a pagar, a título de restablecimiento del derecho, a favor de JOSÉ IVÁN GONZÁLEZ MARTÍNEZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.532.626, el monto de las prestaciones sociales y salariales a que tuviese derecho, causadas entre el 31 de enero de 2012 y el 22 de junio de 2012, de conformidad con los parámetros señalados en la parte motiva, tomando como base de liquidación el valor mensual pactado por concepto de honorarios.

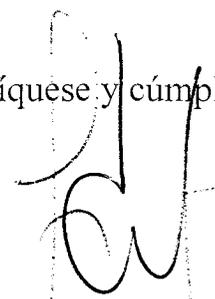
**SEGUNDO. Fijar** como agencias en derecho, a cargo del Servicio Nacional de Aprendizaje, la suma de \$2.166.500.00.

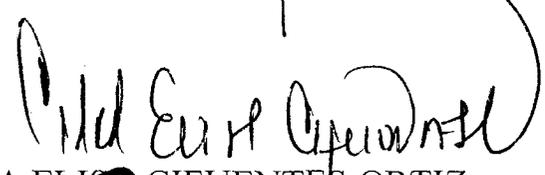
105

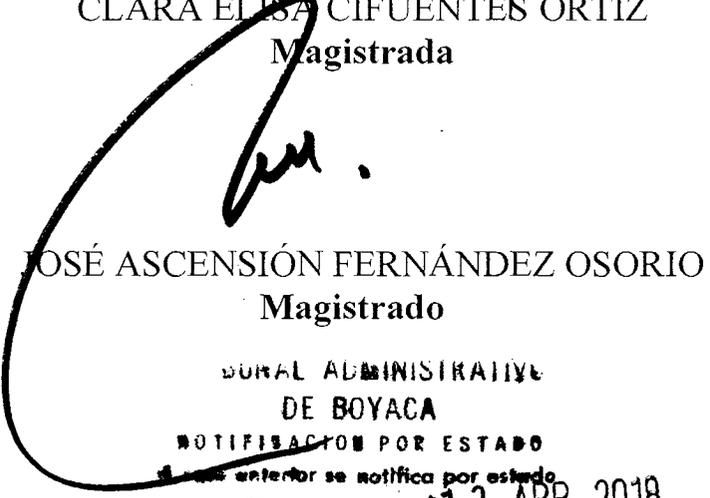
**TERCERO.** Una vez en firme la presente providencia, por secretaría envíese el expediente al juzgado de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala de decisión No 2 de la fecha.

Notifíquese y cúmplase

  
LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA  
Magistrado

  
CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ  
Magistrada

  
JOSÉ ASCENSIÓN FERNÁNDEZ OSORIO  
Magistrado

BOGOTÁ ADMINISTRATIVA  
DE BOYACA  
NOTIFICACION POR ESTADO  
de hoy anterior se notifica por estado  
No 55 de hoy. 13 ABR 2018  
EL SECRETARIO 