



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 4

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, once (11) de agosto de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE:	RÓMULO HUMBERTO CAMARGO MANOSALVA
DEMANDADO:	SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE
REFERENCIA:	15238-3333-002-2017-00273-01
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
TEMA:	CONTRATO REALIDAD
ASUNTO:	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de RÓMULO HUMBERTO CAMARGO MANOSALVA (en adelante RÓMULO CAMARGO) y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE (en adelante SENA), contra la sentencia de primera instancia proferida el día el 10 de diciembre de 2018 por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

1.1. DEMANDA

1.1.A. Declaraciones y condenas (ff. 9-10)

RÓMULO CAMARGO, a través de su apoderado judicial, demandó (i) que se declarara probada la existencia de una relación laboral entre el demandante y el SENA por el lapso transcurrido entre los años 2008 a 2014; y (ii) que se declarara la nulidad del oficio de 1 de junio de 2017, que negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y cotizaciones a la seguridad social producto de la relación laboral.

A título de restablecimiento del derecho, requirió que se condenara al SENA: (i) *“al pago de las prestaciones sociales a cargo del empleador, tales como primas de servicios de junio y diciembre, prima de navidad, de vacaciones, vacaciones, bonificación por servicios prestados, prima quinquenal, cesantías, intereses sobre cesantías (y) viáticos a favor del instructor contratista por la ejecución de cada uno de los contratos con*

el SENA, a partir del año 2008 hasta el 2014"; (ii) al pago de las cotizaciones pensionales causadas durante todo el tiempo laborado "o su devolución por haber sido canceladas estas cotizaciones en el 100% por el contratista" (f. 9); (iii) a cumplir la sentencia conforme el artículo 192 del CPACA; (iv) a actualizar la condena según lo normado en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011; y (v) a pagar las costas y agencias en Derecho del proceso.

1.1.B. Fundamentos fácticos (ff. 3-9)

El apoderado de la parte demandante manifestó que RÓMULO CAMARGO prestó sus servicios al SENA a través de contratos de prestación de servicios suscritos desde el año 2008 hasta el año 2014, anotando que la prestación personal del servicio se había efectuado de manera subordinada, "de tal manera que para la ejecución de cada contrato el contratista recibió órdenes relacionadas con el tiempo, modo y lugar en la ejecución de las tareas como instructor contratista" (f. 4).

Dijo que los mentados contratos fueron ejecutados de forma sucesiva, sirviendo como "instructor para la orientación y desarrollo de programas de formación presencial y/o virtual mediante la formulación de proyectos en los diferentes programas de formación regular y en el área agrícola a los aprendices y técnicos que atiende (...) el Centro de Desarrollo Agropecuario y Agroindustrial del SENA regional Boyacá" (f. 4). Además, precisó que el demandante había estado sometido al cumplimiento de horarios y programación académica impuesta por el coordinador académico del SENA.

Señaló que, en tal sentido, concurrían los tres elementos para presumir la relación laboral con respecto de la entidad demandada, pese a que la misma había sido disfrazada bajo la forma de contratos de prestación de servicios.

Manifestó que el SENA quiso evitar el pago de las cotizaciones por concepto de seguridad social, razón por la cual adeudaba al demandante "el pago por cotizaciones de 6 años al contratista quien pagó el 100% de las cotizaciones de pensión y salud" (f. 5).

Expuso que los contratos ejecutados obedecían a un déficit en la planta de personal de la entidad demandada; y que no existió autonomía por parte de RÓMULO CAMARGO ya que: (i) se le impartieron órdenes en cuanto al modo y contenido de los cursos a desarrollar; (ii) se le establecieron horarios de trabajo en cada uno de los centros donde laboró; (iii) se le exigió la presentación de informes periódicos,

evaluaciones, control de seguimiento disciplinario de estudiantes; y (iv) se le exigió asistir a reuniones para recibir instrucciones de tipo administrativo y políticas institucionales.

Asimismo, subrayó que la ejecución de los contratos no había sido de manera temporal, sino de manera permanente, *“ejecutando en las mismas labores en igualdad de condiciones y trabajo a las labores ejecutadas por instructores de planta”* (f. 5).

De otro tanto, relató que, el 19 de mayo de 2017, el demandante había efectuado reclamación administrativa al SENA a fin de que se le pagaran las prestaciones sociales y demás derechos resultantes de la relación laboral. No obstante, recibió una respuesta negativa el día 1 de junio de 2017.

Finalmente, adujo que *“las interrupciones entre contratos obedecen a la ejecución del calendario académico que el Director General del SENA (...) establece todos los años”* (f. 6), e indicó que *“de igual forma existió interrupciones entre contratos como consecuencia de las vacaciones colectivas decretadas por el director general del SENA”, evidenciándose “la programación de los periodos de vacaciones colectivas (...) tiempo en el cual no hay programación académica”* (f. 7).

1.1.C. Fundamentos de derecho (ff. 10-33)

Consideró como preceptos normativos violados los siguientes:

Constitucionales: Artículos 1, 13, 25, 38, 39, 40, 53 y 125 de la Constitución Política.

Legales: Decreto 2400 de 1968 (artículo 2), Código Sustantivo del Trabajo (artículo 22), Ley 80 de 1993 (artículo 32), Decreto 1950 de 1973 (artículo 7), Ley 909 de 2004.

De forma concreta, dijo que el SENA, al contratar a RÓMULO CAMARGO por *“aproximadamente 6 años en forma permanente para realizar tareas de capacitación igual a las desarrolladas por los funcionarios de planta y en labores no altamente especializadas”*, había vulnerado la ley, que solo permite la utilización de contratos de prestación de servicios para la ejecución de labores temporales.

En tal contexto, señaló que se habían ocasionado graves perjuicios al trabajador, *“al desconocerse las obligaciones que generan la relación laboral”*; resaltándose que se fomentaba *“una forma de contratación*

atípica disfrazando una relación laboral por una contratación Estatal de prestación de servicios para evitar el pago de todas las obligaciones, como son las prestaciones sociales y la seguridad social (...) por cuanto prima la realidad sobre la forma y la realidad es que en estos contratos ejecutados por el accionante concurren los tres elementos como son LA PRESTACIÓN PERSONAL DEL SERVICIO, LA SUBORDINACIÓN, Y UN SALARIO como contraprestación a sus servicios” (f. 17).

Aunado a lo anterior, indicó que, en materia de 'contrato realidad', la jurisprudencia del Consejo de Estado ha concluido *“la no prescripción de las prestaciones causadas con ocasión de la relación contractual, en tanto la exigibilidad de los derechos prestacionales en discusión, es imposible con anterioridad a la Sentencia que declara la existencia del vínculo laboral, dado su carácter constitutivo, de manera pues, que es a partir de tal decisión que nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado y por tanto, no podría operar en estos casos el fenómeno procesal extintivo” (f. 21).*

Resaltó que, cotejadas las obligaciones de los contratos suscritos con el manual específico de funciones del SENA, era claro *“el contratista debía cumplir con las funciones de un instructor” (f. 31);* y concluyó que estaban demostrados los elementos que 'desnaturalizan' los contratos de prestación de servicios suscritos y, en consecuencia, *“el SENA debe pagar al actor las prestaciones a cargo del empleador en igualdad de condiciones a los empleados públicos en un cargo de igual categoría o superior y la seguridad social” (f. 33).*

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (ff. 120-130)

En el término previsto para el traslado de la demanda, el SENA solicitó que se despacharan desfavorablemente las pretensiones de la demanda.

Con respecto a los fundamentos fácticos del medio de control, dijo que el objeto de los contratos del demandante se encaminó a *“orientar y desarrollar programas de formación presencial o virtual mediante la formulación de proyectos, en el cual recae un esfuerzo planificado, temporal y único (...) donde se aplica un método didáctico orientado a que los educandos aprendan, construyan y desarrollen las competencias del perfil”;* razón por la cual *“se presenta una plena autonomía e independencia técnica y profesional por parte del contratista, pues la labor, al recaer en la elaboración de propuestas dinámicas o planes formativos de experiencia, no está atada estrictamente al cumplimiento de lineamientos o directrices” (f. 120).*

Expuso que los contratos ejecutados por RÓMULO CAMARGO no habían sido sucesivos, observándose que —incluso— existieron periodos de más de un mes donde no se suscribió, ni ejecutó contrato alguno.

Aunado a lo anterior, resaltó que *“entre contratistas y supervisores no se imparten órdenes”* sino que *“se coordinan actividades”*, implicando esto último que el contratista *“se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, el cual incluye el cumplimiento de un horario, el recibir instrucciones de sus superiores o el rendir informes de sus actividades”* (f. 121).

Dijo que, entre cada uno de los contratos, sí se había presentado solución de continuidad, por lo que *“ante un eventual reconocimiento de una relación laboral, legal y reglamentaria, están prescritos las prestaciones sociales (sic) anteriores al 15 de mayo de 2014”* (f. 122).

Señaló que se oponía a las pretensiones del líbello, aduciendo que el acto administrativo demandado se encontraba ajustado a Derecho y reiteró que no había existido una relación laboral entre el demandante y el SENA, quien tan solo se había desempeñado como contratista.

Manifestó que la prestación del servicio a través de contratos, no constituía título para reclamar los derechos de los que gozan los empleados públicos y dijo que RÓMULO CAMARGO jamás se había desempeñado como *“funcionario de la entidad”* (f. 123).

Insistió en que la vinculación del demandante con el SENA se había dado a través de contratos de prestación de servicios de carácter temporal, los cuales fueron interrumpidos en el tiempo; y resaltó que, en desarrollo de los mismos, *“no está excluida la posibilidad de que la entidad contratante imponga unas condiciones mínimas y tome medidas oportunas para lograr el cumplimiento a tiempo del objeto contratado, sin que por eso pueda entenderse que hay subordinación del contratista”* (f. 124).

Además, manifestó que el hecho de cumplir un horario, recibir una serie de instrucciones y/o tener que presentar reportes, no implicaba *per se* una subordinación del contratista, sino que ello debía entenderse como una relación de coordinación entre las partes.

Señaló que el demandante había aceptado la vinculación con la entidad a través de contratos de prestación de servicios y dijo que el desempeño de RÓMULO CAMARGO siempre había sido autónomo.

Finalmente, indicó que, en la eventualidad de accederse a las pretensiones de la demanda, debía tenerse en cuenta que había operado el fenómeno de la prescripción, puesto que las interrupciones entre contratos superaron los 15 días.

1.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (ff. 203-209)

El Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, mediante sentencia proferida el día el 10 de diciembre de 2018, resolvió:

“PRIMERO.- Declarar la nulidad del Oficio No. 2-2017-001342 del 1° de junio de 2017, a través del cual el SENA negó al señor RÓMULO HUMBERTO CAMARGO MANOSALVA, el reconocimiento y pago de los salarios y demás emolumentos laborales a que tiene derecho en virtud de los Contratos de Prestación de Servicios suscritos con la Entidad demandada y que se relacionaron en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO.- Declarar que entre el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE ‘SENA’ y el señor RÓMULO HUMBERTO CAMARGO MANOSALVA, existió una relación de trabajo por los periodos que se relacionaron en la parte motiva de este proveído.

*TERCERO.- Declarar probada la excepción de prescripción, **propuesta por la Entidad accionada, en lo que refiere a los derechos laborales adquiridos con anterioridad al año 2013.***

CUARTO.- Como consecuencia de la declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, ordenar al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE ‘SENA’:

*a. Pagar al actor el equivalente a las prestaciones sociales, en iguales condiciones que las devengadas por los **INSTRUCTORES vinculados al SENA y a partir de marzo de 2013, con excepción de las vacaciones.***

b. Tomar mes a mes el valor de los honorarios pactados en los CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS que suscribió el SENA desde la fecha atrás referida con el señor RÓMULO HUMBERTO CAMARGO MANOSALVA como ingreso base de cotización (IBC) pensional del accionante y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que debió efectuar, cotizará al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, en el porcentaje que le correspondía como empleador, para lo cual el actor deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o

completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador. Los valores que resulten por concepto de aportes a seguridad social en pensiones, serán debidamente indexados conforme al IPC mes a mes, por tratarse de obligaciones de tracto sucesivo, los cuales deberán ser girados a la entidad de seguridad social que indique el demandante.

QUINTO.- Se declara que los tiempos laborados por el señor RÓMULO HUMBERTO CAMARGO MANOSALVA con ocasión de los Contratos de Prestación de Servicios relacionados y que constituyen el objeto del presente proceso, **deben computarse para efectos pensionales.**

SEXO.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO.- Sin costas.

OCTAVO.- La presente sentencia será cumplida en la forma y términos previstos por los artículos 192 y s.s. del C.P.A.C.A.

NOVENO.- Si no se presentan recursos y ejecutoriada esta providencia, archívense las diligencias, dejando las constancias y anotaciones de rigor en el Sistema de Información Judicial. Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado".

Para arribar a la anterior conclusión, el a quo se refirió a la normatividad que rige los contratos de prestación de servicios y a la jurisprudencia que, sobre el tema, ha expedido tanto la Corte Constitucional, como el Consejo de Estado, concluyendo que "el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral, de lo que surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades" (f. 206).

Ya en el caso concreto, encontró probado: (i) que RÓMULO CAMARGO había prestado sus servicios al SENA, a través de contratos de prestación de servicios, entre el año 2008 y el año 2014; (ii) que el demandante había solicitado a la entidad demandada el pago de los emolumentos que pretende con el líbello; (iii) que el SENA había denegado su petición, mediante acto administrativo proferido el 1 de junio de 2017; y (iv) que "los contratos del actor se suspendieron los años 2011 y 2012; y se retomaron en el año 2013 y hasta el 2014 (...) sin ninguna interrupción diferente a las fechas en las que los INSTRUCTORES de planta del SENA gozaron de vacaciones" (f. 206v.).

En tal contexto, indicó que, revisadas las obligaciones contractuales, no había duda *“sobre la existencia del elemento subordinación característico de una relación de trabajo”*, acotando que el accionante *“desempeñaba sus funciones bajo la subordinación de sus superiores jerárquicos, por lo que no existe diferencia alguna entre la llamada vinculación contractual del actor en condición de Instructor Contratista y la actividad desplegada por los demás Instructores del SENA, teniendo en cuenta que el demandante desarrollaba la misma actividad material, el servicio era prestado de forma permanente, personal y subordinada”* (f. 206v.). En consecuencia, declaró la existencia de una relación laboral entre el accionante y el SENA.

Tratándose de la prescripción, se refirió al contenido del artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y a la sentencia de unificación del Consejo de Estado de 25 de agosto de 2016, e indicó que dicha excepción se declaraba *“probada parcialmente (...) solo en lo que refiere a los contratos suscritos con anterioridad al año 2013, pues como el accionante (...) presentó solicitud de reconocimiento y pago de los emolumentos que pretende con la demanda de la referencia, el 1° de junio de 2017 (...), las prestaciones anteriores a dicho año se encuentran prescritas”* (f. 207v.). En consecuencia, se dispuso el restablecimiento de los derechos *“respecto de los contratos suscritos durante los años 2013 y 2014 inclusive”* (f. 208). No obstante, aclaró que ello operaba *“sin perjuicio y con excepción de los derechos pensionales”* (f. 208).

1.4. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

1.4.A. PARTE DEMANDANTE (ff. 224-234)

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de la parte actora presentó recurso de apelación y solicitó que *“se revoque o modifique el fallo de primera instancia y en especial el artículo tercero y cuarto del mismo (...) y en su lugar solicito se ordene el pago de las prestaciones sociales del actor de todos los contratos ejecutados por el contratista (sic)”* (f. 234). Para sustentar lo anterior, argumentó que:

- Existe defecto material de la providencia, en el numeral tercero de la misma —el cual declaró la prescripción de derechos del demandante—, ya que se contradecía la sentencia de unificación *“de contratos realidad que establece un plazo de tres años para solicitar la reclamación de pago de prestaciones sociales en sede administrativa y en consecuencia como en el presente caso la reclamación se hizo el 19 de mayo de 2017 y el último contrato (...)*

fue ejecutado hasta el (...) 25 de diciembre de 2014, no abra (sic) lugar a declarar prescripción alguna" (f. 224).

- Se observa una interpretación errónea respecto de la interrupción entre los diferentes contratos suscritos, "pues estas fueron mínimas y coinciden con la vacancia de la entidad, tal como está probado con las resoluciones de vacaciones anexas y el calendario académico" (f. 224). Además, el Decreto 1042 de 1978 no es aplicable al caso de marras, ya que "el demandante se encontraba por prestación de servicios no ostenta tal calidad de empleado público y solo es un empleado de hecho del estado" (f. 224); aunado al hecho que "la norma en ninguno de sus artículos regula la continuidad o las interrupciones, ni establece un número de días a partir de los cuales (sic) se pueda establecer una interrupción" (f. 225).
- Hay un defecto fáctico en la providencia, "por cuanto el Juez no tuvo en cuenta el testimonio de LINA MARÍA FLÓREZ quien manifestó que en la mayoría de los casos las interrupciones entre contratos coinciden con la declaratoria de vacaciones colectivas en diciembre y las interrupciones de actividades por calendario académico a mitad de año que no obedecen a la voluntad del contratista de permanecer en la prestación del servicio pues este estuvo atento a perfeccionar los nuevos contratos (...)" (f. 227). Así, "no abra (sic) lugar a declarar falta de solución de continuidad (sic) y como consecuencia NO HABRÁ PRESCRIPCIÓN DE DERECHOS por cuanto la reclamación se hizo dentro de los tres años conforme a sentencia de unificación en contratos realidad (...) y no basta con examinar que han transcurrido más de 15 días de interrupción entre contratos si no que (sic) se debe de (sic) examinar en forma detallada las razones que dieron origen a esta interrupción" (f. 227).
- La sentencia de primera instancia se apartó del precedente jurisprudencial relativo al conteo de la prescripción. Lo anterior, ya que tomó "como punto de partida la reclamación en sede administrativa" y contó "tres años con el cual el fallo declaró prescritos todos los derechos prestaciones con anterioridad al año 2013 (...)" (f. 229).
- Se desconoce lo dicho por el Consejo de Estado, en el sentido de que "esta sentencia de contrato realidad es de las sentencias llamadas constitutivas y los derechos surgen (...) con la sentencia en la cual el juez declara probada la existencia de una relación laboral y la mora comienza a contarse hacia el futuro a partir de la

sentencia constitutiva y ejecutoriada, pues el juez en este fallo no podía decretar la prescripción trienal de derechos que no había nacido a la vida jurídica y que no eran exigibles" (f. 229).

- El Consejo de Estado "en sentencia de unificación solo UNIFICÓ el término para reclamar en sede administrativa a tres años y lo relacionado en cotizaciones a pensión (sic), pues las demás sentencias y jurisprudencia en materia de prescripción están vigentes" (f. 229).
- Se vulneró el derecho a la igualdad del demandante, teniendo en cuenta que los instructores de planta sí devengan sus prestaciones sociales "sin solución de continuidad" (f. 230).
- No se podía declarar la prescripción de derechos "sin llegar a la causa que originó la interrupción como si fuera una fórmula matemática que no permite ningún análisis" (f. 230). En tal sentido, "no existió motivación para decretar (sic) la prescripción de derechos", sino que "solo se limitó a decir que para el despacho se decretaría la prescripción de derechos de los contratos con fecha anterior al año 2013 y se argumentó una interrupción superior a 15 días pero no se indicó la norma en la cual se regula tal situación" (f. 231).
- No existe sentencia que 'reglamente' la solución de continuidad en materia de contrato realidad. En tal sentido, "dando aplicación al principio de favorabilidad en material laboral se debe entender que el máximo periodo de interrupción aceptado (...) como razonable es de 3 tres (sic) meses y 13 trece (sic) días periodo de interrupción que no da lugar a la ausencia de solución de continuidad y en consecuencia habrá lugar al restablecimiento del derecho al pago prestacional (sic), descontando los días de las interrupciones y para el caso bajo análisis las interrupciones no superan este periodo" (f. 232).
- Hay desconocimiento del precedente jurisprudencial "ya que se aplicó el decreto 1045 de 1978 (...) norma (que) regula vinculaciones de carácter legal y reglamentario siendo inaplicable al presente caso ya que se trata de un funcionario de hecho" (f. 233).

1.4.B. SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE (ff. 220-222v.)

La entidad demandada solicitó que se revocaran los numerales primero, segundo, cuarto, quinto y octavo de la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, que se absolviera al SENA de todas y cada una de las peticiones incoadas por la parte actora. En particular, señaló que:

- RÓMULO CAMARGO se había desempeñado como contratista, en periodos individuales e independientes y nunca se había vinculado con la entidad como empleado, *“lo que exime de tener que reconocerle y liquidarle prestaciones sociales y condenas al pago de aportes patronales, porque así lo dispone la normatividad que rige la Contratación Estatal”* (f. 220); acotando que el demandante suscribió los contratos *“de manera voluntaria y asumiendo su condición de contratista”* (f. 220).
- A la luz de la jurisprudencia constitucional, el contrato de prestación de servicios tenía unas características propias que lo diferenciaban del contrato de trabajo. Así, *“en el sub judice (...) estamos frente a una relación contractual”*, sin perjuicio que *“el aquí demandante la quiera hacer ver de esta manera diferente (sic)”*, subrayando que *“él aceptó esta clase de contrato (...) y tan solo cuando ésta por intermedio de sus directivas decide no contratar más con él, es que él toma la decisión de hacer ver su contrato como una relación laboral”* (f. 221).
- Las ‘órdenes de trabajo’ fueron independientes y autónomas; y fueron ejecutadas *“sin subordinación, ni solución de continuidad en diferentes escenarios y diferentes calendares”* (f. 221).
- El hecho de imponer unas condiciones mínimas de ejecución del contrato y tomar unas medidas oportunas para lograr el cumplimiento del mismo, no podía asimilarse a una subordinación del contratista. En consecuencia, el acto administrativo demandado no desconoció el ordenamiento jurídico, ya que entre el demandante y el SENA no hubo una relación laboral, sino una relación contractual regulada por el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.
- Las declaraciones de Armando Ospina Cely, Lina María Flórez Gómez y Guillermo Gutiérrez no debieron ser tenidas en cuenta, *“puesto que carecen de imparcialidad por cuanto (sic), estos mismos han tenido órdenes de prestación de servicio u otros tipos de vinculaciones con el (...) SENA, adicionalmente tienen una amistad con la parte demandante”* (f. 222).

- Existió solución de continuidad en los diferentes contratos suscritos por RÓMULO CAMARGO con la entidad demandada, razón por la cual debe aplicarse la figura de la prescripción de derechos, teniendo en cuenta la fecha en que radicó su reclamación administrativa.

2. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

El recurso de apelación fue concedido mediante providencia de 19 de marzo de 2019 —adoptada en desarrollo de la diligencia prevista por el artículo 192 del CPACA— (ff. 238-241) y admitido por esta Corporación mediante proveído de 10 de abril de 2019 (f. 245).

Posteriormente, a través de auto de 2 de mayo de 2019, se prescindió de la audiencia de que trata el inciso 4° del artículo 247 del CPACA y se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión (f. 249).

2.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

2.1.A. PARTE DEMANDANTE (ff. 250-263)

Reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, insistiendo en que, en el caso de marras, no había lugar a declarar la prescripción de derechos. Además, resaltó que era necesario hacer un análisis de las interrupciones de los contratos, *“por cuanto la terminación de estos (...) coinciden (sic) con el inicio de las vacaciones colectivas y la razón por la cual no hay solución de continuidad (sic) en la contratación en todos los periodos entre diciembre y enero es porque el SENA decreta vacaciones colectivas (...) y hace coincidir esta terminación de la totalidad de los contratos con el objeto de no pagar prestaciones sociales y seguridad social”* (f. 252).

Aunado a lo anterior, señaló que, tratándose de la vinculación de docentes bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, la naturaleza de su actividad implicaba el elemento de subordinación.

Además, reiteró los argumentos esbozados en la demanda inicial.

2.1.B. SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE (ff. 268-270v.)

Reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación interpuesto contra la decisión de primera instancia e insistió en que las pretensiones del líbello debían ser denegadas.

2.2. CONCEPTO MINISTERIO PÚBLICO (ff. 272-279v.)

El Agente del Ministerio Público, delegado ante esta Corporación, solicitó que se confirmara la sentencia de primera instancia.

Una vez reseñados los antecedentes de lo acontecido en primera instancia y rememorada la jurisprudencia relativa al asunto, puso de presente que, de conformidad con la documental recaudada, se había demostrado que el demandante prestó sus servicios al SENA entre el 16 de julio de 2008 y el 25 de diciembre de 2014 —con algunas interrupciones—; siendo su objeto *“desarrollar las actividades de instructor docente, impartiendo —por horas—, formación en las estructuras curriculares y formación”* (f. 276).

En tal contexto, luego de reseñar la naturaleza jurídica del SENA, indicó que la *“labor desarrollada por la demandante (sic) no se ajustó al régimen aplicable al contrato de prestación de servicios sino a una relación laboral, dadas las condiciones de prestación personal del servicio, subordinación y contraprestación por los servicios prestados, de forma que el desconocimiento de las consecuencias prestacionales vulneró su derecho fundamental a la igualdad”* (f. 276v.). En particular, subrayó que *“quien demuestre que ha sido vinculado para desarrollar la actividad docente en establecimientos educativos, está relevado de probar los elementos de subordinación y dependencia pues la naturaleza misma del servicio se lo imponen”* (f. 276v.).

Con respecto al argumento del SENA, relativo a la indebida valoración probatoria de los testimonios por parte del a quo, dijo que la calificación del testigo como ‘sospechoso’, no implicaba per se relevarlo del debate probatorio. Precisado lo anterior, indicó que el análisis del Juez de primera instancia había sido concordante y ajustado *“a la prueba documental obrante en el proceso”* (f. 277).

En lo inherente a la presentación de interrupciones en la prestación del servicio y, en consecuencia, si hay lugar o no a declarar la prescripción de derechos, el Representante del Ministerio Público afirmó que *“al existir interrupciones de más de 15 días entre todos los contratos que celebró el actor, se quebrantó la solución de continuidad (...) por lo que la prescripción debe contabilizarse de manera separada para cada contrato. De lo que infiere esta agencia que las interrupciones declaradas por el a quo son válidas y legítimas, como lo es que el estos (sic) periodos deber ser tenidos en cuenta para efectos pensionales pues no se encuentran afectados por prescripción”* (f. 278).

Además, frente a lo expuesto por el apoderado de RÓMULO CAMARGO sobre los periodos de vacaciones colectivas y las diferentes interrupciones del calendario académico, dijo que *“el criterio de no solución de continuidad /cuando se generan periodos de más de 15 días) en materia de contrataciones docentes por vía de O.P.S. fue manifiesto en sentencia de unificación de fecha 25 de agosto de 2016, con la que no se pretende eludir el reconocimiento de derechos laborales cuando los contratistas desarrollan las mismas actividades de los servidores públicos, sino que intenta recordar las obligaciones del reclamante frente a su iniciativa de solicitar su reclamo laboral en un periodo de tiempo de máximo 3 años, de tal suerte que de no asumir esa carga, se generan consecuencias negativas en contra de sus pretensiones”* (f. 278v.); poniendo de presente, además, que de forma reciente así lo ha considerado tanto el Consejo de Estado, como el Tribunal Administrativo de Boyacá.

De otro tanto, tratándose del argumento de la parte actora, según el cual al demandante le resultan inaplicables las normas de prescripción del Decreto 1042 de 1978, manifestó que tal consideración no resultaba ajustada a Derecho por cuanto *“pretende la aplicabilidad de normas que establecen derechos laborales para personas contratadas para la modalidad (sic) de OPS, pero que al usar estas mismas normas en materia de prescripción (sic), las mismas ya no sean aplicables al demandante”* (f. 278).

Finalmente, en lo tocante al argumento según el cual *“en casos de reconocimiento de derechos laborales no hay prescripción porque la sentencia es constitutiva de derecho”* (f. 279), el Ministerio Público indicó que tal tesis del Consejo de Estado —expuesta en el año 2008— había sido morigerada *“con el fin de advertir que pese a que la sentencia es constitutiva de derecho, debe hacerse el reclamo dentro de los 3 años siguientes a la terminación del vínculo contractual”* (f. 279).

II. CONSIDERACIONES

1. CONTROL DE LEGALIDAD

De conformidad con lo establecido en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dentro del trámite surtido hasta este momento procesal no ha encontrado la Sala causal de nulidad alguna que pueda invalidar la actuación realizada.

2. PROBLEMA JURÍDICO

El artículo 320 del CGP, aplicable por remisión del artículo 306 del CPACA, indica que “*el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión*”. Por su parte, el artículo 328 *ibídem*, señala que “*el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley*”.

En tal sentido, teniendo en cuenta lo fallado por el *a quo* y las diferentes afirmaciones de las partes en sus respectivos recursos de apelación, la Sala encuentra que, para desatar la cuestión, lo primero que debe resolverse es si:

- ¿Existió o no una verdadera relación de laboral entre el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE y RÓMULO CAMARGO cuando éste le prestó personalmente sus servicios?

Una vez dilucidado lo anterior y solo en caso de que el anterior interrogante tenga una respuesta positiva, tendrán que absolverse las siguientes incógnitas:

- ¿Se puede considerar que hubo interrupciones en la prestación de los servicios o, por el contrario, la relación entre RÓMULO CAMARGO y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE siempre fue continua e ininterrumpida?
- En ese orden de ideas ¿fue acertada la decisión del *a quo* de declarar la prescripción parcial de los derechos laborales de RÓMULO CAMARGO o, por el contrario, debió haber declarado que no había sucedido tal fenómeno en el presente caso?

3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

3.1. El contrato de prestación de servicios y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades

Conforme con lo consagrado en el artículo 122 y 125 de la Constitución Política, existen tres formas para vincularse con una entidad pública. La primera de ellas se da a través de una relación legal y reglamentaria y corresponde a los denominados empleados públicos; la segunda, por medio de un contrato laboral y cobija los llamados trabajadores oficiales y; finalmente, los contratistas de prestación de servicios, vinculación que

ha sido considerada como una relación de naturaleza contractual con el Estado.

Esta última forma de vinculación con el Estado se reguló a través del Decreto Ley 222 de 1983, la Ley 80 de 1993 y la Ley 190 de 1995.

Al respecto, la Ley 80 de 1993 señaló en el artículo 32 lo siguiente:

“Artículo 32. *De los Contratos Estatales.* Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

(...)

3o. Contrato de prestación de servicios.

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 (...).”

Así, los contratos de prestación de servicios: (i) tienen como propósito desarrollar actividades relacionadas con el funcionamiento de la entidad; (ii) solo pueden celebrarse con personas naturales; (iii) las actividades que se contratan no pueden realizarse con personal de planta o deben requerir un conocimiento especializado y; (iv) la suscripción de los mismos no constituye una relación de carácter laboral.

Tratándose de las limitaciones legales a la utilización del contrato de prestación de servicios, el Órgano de cierre de la jurisdicción contencioso-administrativa dijo en sentencia de 30 de enero de 2020¹:

“Si bien la legislación colombiana ha previsto la posibilidad de acudir al contrato de prestación de servicios en los casos y para los fines previstos

¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS. Bogotá, D.C., treinta (30) de enero de dos mil veinte (2020). Radicación número: 50001-23-33-000-2012-00106-01 (2090-14). Actor: JIMMY ARNULFO ÁVILA BARBOSA. Demandado: MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO.

en el artículo 3° de la Ley 80 de 1993, de igual forma, se han establecido limitantes para evitar el abuso de esta figura jurídica.

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

(...)

Además, para que una persona natural desempeñe un empleo en calidad de empleado público (relación legal y reglamentaria), es preciso que se realice su ingreso al servicio público en la forma establecida en la ley, vale decir, requiere de la designación válida (nombramiento o elección, según el caso) seguida de la posesión, previo a ejercer las funciones propias de dicho empleo.

Otra limitación fijada en la ley para evitar el uso indebido del contrato de prestación de servicios se encuentra prevista en la Ley 790 de 2002, por medio de la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República, la cual consagra en su capítulo de disposiciones finales lo siguiente:

“ARTÍCULO 17. PLANTAS DE PERSONAL. La estructura de planta de los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas del orden nacional tendrán los cargos necesarios para su funcionamiento. **En ningún caso** los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas **podrán celebrar contratos de prestación de servicios para cumplir de forma permanente las funciones propias de los cargos existentes de conformidad con los decretos de planta respectivos.**

En el evento en que sea necesario celebrar contratos de prestación de servicios personales, el Ministro o el Director del Departamento Administrativo cabeza del sector respectivo, semestralmente presentará un informe al Congreso sobre el particular.

PARÁGRAFO. A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, las entidades no podrán celebrar contratos de prestación de servicios con personas naturales, con la finalidad de reemplazar cargos que se supriman dentro del programa de renovación de la administración pública” (Subrayado fuera del texto).

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

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

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

En tal sentido, si bien el artículo 3 de la Ley 80 de 1993 señala taxativamente que *“(…) en ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable (...)”*, tal afirmación, según lo ha considerado la jurisprudencia², al ser una presunción legal y no de derecho, puede ser desvirtuada si se logra demostrar que en la práctica encubre una relación de carácter laboral.

Lo anterior en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecido en el artículo 53 Constitucional, el cual debe aplicarse cuando se ha celebrado un contrato de prestación de servicios con el propósito de esconder una relación laboral.

Así las cosas, si se determina que —en efecto— se configuró una relación de este tipo, en aplicación de dicho principio, se debe proteger el derecho al trabajo y las garantías laborales, sin que importe la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal.

Para hacer más fácil la identificación de si se está ante una verdadera relación laboral, conviene citar el pronunciamiento hecho por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-154 de 1997³, en el cual plasmó las

² Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. providencia del nueve (9) de octubre de dos mil catorce (2014). Radicado: 68001-23-33-000-2012-00119-01(2727-13). Actor: Fabio Augusto Hernández Grimaldos. Demandado: Departamento Administrativo de Seguridad, DAS.

³ En la sentencia C-154 de 1997, se estipulan las diferencias de un contrato laboral con uno de prestación de servicios y los elementos constitutivos de un contrato realidad. Además de ella, también deben tenerse en cuenta las sentencias C-1129 de 2011 y C-171 de 2012. En la primera, la Corte Constitucional acoge los criterios de la C-154 de 1997, y agrega que el ejercicio de las funciones de carácter permanente no podrá contratarse por prestación de servicios. En la segunda, el Alto Tribunal señaló que se podrá contratar

diferencias del contrato de prestación de servicios y el contrato de trabajo. Sostuvo la Corte:

“Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

*En síntesis, **el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios**, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios (...)”⁴ (Resaltado fuera de texto).*

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

por prestación de servicios cuando no se trate de funciones propias y permanentes de la entidad, que no puedan ser realizadas por personal de planta o requieran conocimientos especiales.

⁴Corte Constitucional, sentencia C-154 del 9 de marzo de 1997, expediente D-1430, norma acusada: Numeral 3 -parcial- del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 «por la cual se dicta el Estatuto de Contratación Administrativa».

el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo y la imposición de reglamentos.

Tratándose de este último elemento, el Consejo de Estado señaló en sentencia de 28 de febrero de 2020⁵:

“Ahora bien, al analizar la subordinación, debe mirarse si se está en presencia de ella realmente o si por el contrario se da la coordinación necesaria que debe existir para el cumplimiento del contrato suscrito, caso en el cual no puede considerarse la existencia de una relación laboral⁶.

Adicionalmente, la jurisprudencia de esta corporación⁷ ha definido que además de las exigencias citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia en el servicio, y para ello debe acreditar que la labor que desarrolló es inherente a la entidad y que existe similitud o igualdad en las funciones de otros empleados de planta”.

En sentido similar, en la ya citada sentencia de 30 de enero de 2020⁸, el Alto Tribunal de lo contencioso-administrativo, indicó respecto del elemento de ‘dependencia’ o ‘subordinación’:

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

⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN “A”. Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ. Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero del dos mil veinte (2020). Radicación número: 25000-23-25-000-2011-00741-01(1280-18). Actor: JUAN CARLOS INFANTE LANGEMBACH. Demandado: MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO.

⁶ Posición fijada en la decisión de la Sala Plena de esta Corporación del 18 de noviembre de 2003, Radicado IJ-0039, actora: Maria Zulay Ramírez Orozco.

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 16 de febrero de 2012. Radicado: 41001-23-31-000-2001-00050-01(1187-11). Actor: Eduardo Niño Paredes. Demandado: Municipio de Yaguara, Huila.

⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS. Bogotá, D.C., treinta (30) de enero de dos mil veinte (2020). Radicación número: 50001-23-33-000-2012-00106-01(2090-14). Actor: JIMMY ARNULFO ÁVILA BARBOSA. Demandado: MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO.

Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte demandante demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia⁹ para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios, una verdadera relación laboral”.

Finalmente, sobre el mismo punto, también resulta importante traer a colación lo rememorado en la sentencia 5 de diciembre de 2019¹⁰:

*“(…) el Consejo de Estado en fallos como el de 23 de junio de 2005, proferido dentro del expediente No. 0245, C.P. Jesús María Lemos Bustamante, ha reiterado 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 mismo, lo estableció esta Sala en anterior pronunciamiento¹¹:*

“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 esta manera, que las actividades realizadas no son de aquellas indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales”. (Subraya la Sala)

Y agregó específicamente sobre la subordinación:

*“Precisamente uno de los elementos esenciales para la existencia del contrato de trabajo es la **subordinación**, la cual -según el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo- **faculta al empleador para exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto a modo, tiempo y cantidad de***

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de fecha 29 de septiembre de 2005, radicación Nro. 68001-23-15-000-1998-01445-01, referencia Nro. 02990-05, actor: Mónica María Herrera Vega, demandado: Municipio de Floridablanca, C.P.: Dr. Tarsicio Cáceres Toro.

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN B. Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Bogotá, D.C., cinco (5) de diciembre de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 08001-23-31-000-2003-02224-01(1667-17). Actor: YANETH DEL CARMEN RUIZ ESPINOSA. Demandado: DISTRITO ESPECIAL INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA – INSTITUTO DISTRITAL DE CULTURA DE BARRANQUILLA

¹¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “B”. Consejera Ponente: Dra. SANDRA LISSET IBARRA VELEZ Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil dieciséis (2016) radicación número: 05001233300020130081301 (3867-14) Actor: DIANA MARCELA LONDOÑO AGUDELO Demandado: INSTITUTO TECNOLÓGICO METROPOLITANO.

trabajo, e imponerle reglamentos internos, sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos del trabajador.

Respecto a la subordinación, se ha entendido como la aptitud que tiene el empleador para impartirle órdenes al trabajador y exigirle su cumplimiento, para dirigir su actividad laboral e imponerle los reglamentos internos de trabajo a los cuales debe someterse, todo dirigido a lograr el objetivo misional trazado.” (Subraya la Sala)

En este mismo sentido, la sentencia de Unificación¹² de la Sección Segunda de esta Corporación, con ponencia del Consejero Carmelo Perdomo Cuéter, indicó:

“De lo anterior se colige que el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral, de lo que surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, con el que se propende por la garantía de los derechos mínimos de las personas preceptuados en normas respecto de la materia.

*En otras palabras, el denominado “contrato realidad” aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, **bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales**¹³” (Resaltado fuera de texto).*

En resumen, para desvirtuar el contrato de prestación de servicios y demostrar que existe una relación de carácter laboral es menester acreditar: (i) la prestación personal del servicio; (ii) que el mismo sea remunerado; (iii) la existencia de la subordinación, y; (iv) el carácter permanente del cargo ocupado.

¹² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA. Consejero Ponente: Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER. Bogotá D.C., Veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016), radicación número: 230012333000201300260 01 (0088-15) CE-SUJ2-005-16.

¹³ En similares términos, se pronunció el Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, en sentencia de 27 de enero de 2011, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardilla, expediente: 5001-23-31-000-1998-03542-01(0202-10).

Tratándose de la subordinación, la misma consiste en un poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos —en lo relativo a la manera como éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias—. Aunado al poder de dirección, también se encuentra el poder disciplinario que, en las relaciones subordinadas, el empleador ejerce sobre empleado para asegurar un comportamiento y una disciplina acordes con los propósitos de la organización.

Así las cosas, para demostrar la subordinación, será necesario que se acrediten una serie de sucesos que giran en torno al contrato, los cuales —de manera conjunta— llevan a la convicción de este elemento esencial, como, por ejemplo: las condiciones en que se debe ejecutar la labor contratada, el objeto social de la entidad estatal donde se presta el servicio, las necesidades que justifican la contratación, la temporalidad de la prestación del servicio, entre otras.

Finalmente, es preciso anotar que le corresponde a la parte demandante demostrar que, en el caso particular, los contratos y órdenes de prestación de servicios se utilizaron con el propósito de encubrir la continuada subordinación.

Lo anterior, toda vez que, al contrario de lo que acontece en la jurisdicción laboral ordinaria —en donde toda prestación personal del servicio se presume una relación laboral¹⁴ y, en consecuencia, se invierte la carga probatoria de la subordinación—, en la jurisdicción contencioso-administrativa, para efectos de la declaración del contrato realidad a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, lo que se ataca son actos administrativos que se encuentran amparados por la presunción de legalidad. Por lo tanto, es al ciudadano afectado a quien le corresponde probar que los argumentos y los hechos en que se funda vulneran el ordenamiento jurídico y debido a ello procede la declaración de nulidad y correspondiente reconocimiento de la relación laboral.

4. CASO CONCRETO

Como se indicó en las consideraciones generales de la presente providencia, para que pueda considerarse que estamos en presencia de

¹⁴ ARTÍCULO 24. PRESUNCIÓN. <Artículo modificado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente>. Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

una verdadera relación laboral —a pesar de que la misma se haya encubierto bajo alguna otra forma de contratación—, además de verificar los elementos relativos a la prestación personal de un servicio y a la remuneración, como retribución por el mismo; es indispensable examinar: (i) si dicha relación estuvo regida por una relación vertical de dependencia y subordinación; verificando —también— (ii) la aptitud de permanencia en el ejercicio de las funciones contratadas; y (iii) que dichas funciones ejecutadas hagan parte del giro ordinario de la entidad en donde se prestaba el servicio.

En el caso de marras, de acuerdo con lo expuesto en los recursos de apelación interpuestos por las partes, no hay discusión sobre el hecho de que RÓMULO CAMARGO celebró varios contratos para la prestación de sus servicios personales con el SENA.

De igual forma, tratándose de la remuneración por el servicio prestado, este elemento de la relación laboral tampoco es objeto de controversia entre las partes en la segunda instancia; ya que ambas coinciden en afirmar que, durante el tiempo en que RÓMULO CAMARGO prestó sus servicios para el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE, ésta percibió las sumas pactadas en los contratos por concepto de honorarios.

Por el contrario, la inconformidad de la entidad demandada con el fallo proferido por el *a quo* gira en torno a que, según su dicho, los medios de prueba recaudados no permiten concluir que, entre el demandante y la entidad demandada, hubo una relación subordinación; sino que la misma siempre fue de coordinación.

Ahora bien, analizados los medios de prueba documentales recaudados en la presente *litis*, la Sala encuentra acreditado lo siguiente:

- RÓMULO CAMARGO suscribió distintos contratos de prestación de servicios con el SENA que tuvieron las siguientes características (ff. 43-85):

CONTRATO	DURACIÓN	OBJETO
Contrato N° 235 de 16 de julio 2008	385 horas, en un máximo de 4 meses	Prestación de servicios como instructor contratista, impartiendo horas de formación profesional en el área agrícola del programa jóvenes rurales

CONTRATO	DURACIÓN	OBJETO
Contrato N° 142 de 25 de enero 2010	600 horas, en un plazo máximo de 10,5 meses	Prestación de servicios para desarrollar el componente técnico y empresarial para implementar unidades productivas sostenibles comercializadoras de frutales en clima frío y cálido
Contrato N° 239 de 22 de julio de 2010	5 meses	Prestación de servicios temporales para implementar y desarrollar proyectos de aprendizaje en el establecimiento de cultivos ecológicos y agrícolas
Contrato N° 062 de 21 de enero de 2011	21 de enero de 2011 al 2 de julio de 2011	Prestación de servicios temporales para la orientación y desarrollo de los programas de formación mediante la formulación de proyectos en los diferentes programas de formación en el área agrícola
Contrato N° 272 de 12 de julio de 2011	5 meses y 4 días, sin exceder del 16 de diciembre de 2011	Prestación de servicios temporales para la orientación de competencias laborales a través de la formulación por proyectos y/o otras técnicas didácticas activas
Contrato N° 144 de 1 de marzo de 2012	4 meses, sin exceder del 4 de julio de 2012	Prestación de servicios temporales para la orientación y desarrollo de los programas de formación presencial y/o virtual mediante la formulación de proyectos en los diferentes programas de formación en el área agrícola
Contrato N° 351 de 12 de julio de 2012	4 meses y 15 días, sin exceder del 30 de noviembre de 2012	Prestación de servicios para desarrollar el componente técnico y empresarial para el montaje de 3 unidades productivas en el área agrícola
Contrato N° 568 de 4 de febrero de 2013	10 meses, sin exceder del 13 de	Prestación de servicios para desarrollar la formación y el proyecto productivo para el

CONTRATO	DURACIÓN	OBJETO
	diciembre de 2013	montaje de 6 unidades productivas en el área agronómica
Contrato N° 682 de 21 de enero de 2014 (y su adición de 21 de agosto de 2014)	10 meses, sin exceder del 12 de diciembre de 2014	Prestación de servicios temporales como instructor técnico para crear y fortalecer unidades productivas rurales sostenibles en el área agronómica

- Por su parte, revisado el manual de funciones del SENA vigente para la época de los hechos de la demanda¹⁵, se observa que en la planta de personal de la entidad demandada existía el siguiente cargo (archivo 'Manual de Funciones-2007' que reposa en la carpeta 'NUMERAL j', contenida en el CD visto a f. 179):

Nivel:	TÉCNICO
Denominación del Empleo:	INSTRUCTOR
Código:	3010
Grado:	01 – 20
Dependencia:	CENTROS DE FORMACIÓN PROFESIONAL
Cargo del Jefe Inmediato:	SUBDIRECTOR DE CENTRO O QUIEN EJERZA LAS FUNCIONES DE COORDINACIÓN O SUPERVISIÓN DIRECTA.

El propósito de dicho cargo era “*desarrollar procesos de formación profesional de conformidad con las políticas institucionales, la normatividad vigente y la programación de la oferta educativa*”; teniendo adscritas las siguientes funciones:

“1. *Seleccionar estrategias de enseñanza –aprendizaje– evaluación según el programa de Formación Profesional y el enfoque metodológico adoptado.*

2. *Seleccionar ambientes de aprendizaje con base en los resultados propuestos y en las características y requerimientos de los aprendices.*

¹⁵ Al respecto, debe anotarse que el Director Regional del SENA allegó dos manuales de funciones al proceso: el adoptado mediante Resolución N° 986 de 2007 y el expedido a través de Resolución N° 1302 de 2015. Sobre el particular, la Sala solo tomará en cuenta el primero, dado que la finalización del vínculo contractual de RÓMULO CAMARGO con el SENA acaeció en diciembre de 2014; es decir, antes de la adopción del segundo manual en cita.

3. *Orientar los procesos de aprendizaje según las necesidades detectadas en los procesos de evaluación, metodologías de aprendizaje y programas curriculares vigentes.*
 4. *Programar las actividades de enseñanza –aprendizaje– evaluación de conformidad con los módulos de formación y el calendario institucional y el Manual de Procedimientos para la ejecución de acciones de Formación Profesional.*
 5. *Reportar información académica y administrativa según las responsabilidades institucionales asignadas.*
 6. *Evaluar la formación de los aprendices durante el proceso educativo de acuerdo con el Manual de Evaluación vigente.*
 7. *Las demás que le sean asignadas por la autoridad competente de acuerdo con el nivel, la naturaleza y el área del desempeño del empleo”.*
- De otro lado, cotejadas las funciones del anterior empleo de ‘instructor código 3010 grado 01-20’, con algunas de las obligaciones pactadas en los contratos suscritos por RÓMULO CAMARGO¹⁶ (ff. 42-85), se observa que, en estos últimos, había compromisos del contratista del siguiente tenor —que se asemejan a las funciones del mentado empleo de planta—:
- *“Realizar actividades de formación y tutoría para la ejecución de los proyectos productivos”* (ff. 48 y 72).
 - *“Entregar reportes mensuales estadísticos y registros inherentes al proceso formativo y productivo de los proyectos en ejecución”* (ff. 48 y 72).
 - *“Orientar formación en el Centro de Desarrollo Agropecuario y Agroindustrial (...)”* (ff. 53 y 58).
 - *“(...) orientar formación profesional en los diferentes programas y niveles en el marco de la formación por proyectos el (sic) Centro de Desarrollo Agropecuario y Agroindustrial (...)* (ff. 63 y 68).

¹⁶ A saber, los contratos N° 235 de 16 de julio 2008, N° 142 de 25 de enero 2010, N° 239 de 22 de julio de 2010, N° 062 de 21 de enero de 2011, N° 272 de 12 de julio de 2011, N° 144 de 1 de marzo de 2012, N° 351 de 12 de julio de 2012, N° 568 de 4 de febrero de 2013 y N° 682 de 21 e enero de 2014

- *“Realizar actividades de formación para el fortalecimiento de las capacidades técnicas y empresariales de los aprendices del proyecto formativo y para la ejecución y consolidación de los proyectos productivos” (f. 80).*
- *“Diseñar y aplicar el proyecto de formación, guías de aprendizaje, e instrumentos de evaluación con técnicas didácticas activas para garantizar el cumplimiento de los resultados de aprendizaje, según formatos establecidos” (f. 76).*
- *“Participar en las actividades de capacitación o de auditoría en el Sistema Integrado de Gestión de Calidad” (ff. 76 y 80).*
- *“Seleccionar estrategias de enseñanza – aprendizaje – evaluación – según el programa de formación profesional y el enfoque metodológico adoptado” (ff. 53, 58, 64 y 68).*
- *“Orientar los procesos de aprendizaje según las necesidades detectadas en los procesos de evaluación, metodologías de aprendizaje y programas curriculares vigentes” (ff. 53, 58 y 64).*
- *“Ejecutar en los ambientes de aprendizaje, las actividades de enseñanza – aprendizaje – evaluación de conformidad con los módulos de formación y/o las competencias de formación y resultados de aprendizaje que la componen de acuerdo con el calendario institucional y el manual de procedimientos para la ejecución de la formación profesional” (ff. 53, 58, 64 y 68).*
- *“Utilizar las TIC's y las plataformas que sean necesarias en la planificación, orientación y seguimiento al proceso de formación” (f. 80).*
- *“Reportar información académica y administrativa según las responsabilidades institucionales asignadas” (ff. 53 y 58).*
- *“Reportar en el sistema de Sofía Plus en un plazo máximo de 3 días, todas las actividades que de acuerdo con los procesos que son de su responsabilidad (sic), garantizando la calidad de la información y su coherencia con el proceso formativo (...)” (ff. 64, 67, 68 y 72).*

- “Evaluar la formación de aprendices durante el proceso educativo de acuerdo al manual de evaluación vigente” (ff. 53 y 58).
 - “Apoyar la supervisión de contratos en el área técnica de su competencia” (f. 80).
- Finalmente, analizado el testimonio rendido por Lina María Flórez Gómez (ff. 182-184), se observa que, en relación con la vinculación que RÓMULO CAMARGO tuvo con el SENA, se indicó que:
- Él fungía como ‘instructor contratista’ al servicio del SENA (minuto 10:33);
 - Estaba sujeto al cumplimiento de horarios, dependiendo de la asignación de los cursos que le fueron repartidos, debiendo laborar 8 horas diarias (minuto 11:37);
 - De manera mensual, debía reportar las actividades ejecutadas en tal lapso (minuto 13:50);
 - Los contratistas no eran autónomos al momento de desarrollar su labor, sino que estaban constreñidos por los diseños curriculares de la entidad, debiendo —solamente— ejecutarlos y tomar las evidencias del caso (minuto 16:46);
 - Debían portar carnés de la entidad y, a su vez, también debían portar los uniformes correspondientes al tipo de actividad que desarrollaban (por ejemplo, bata u overol) (minuto 19:50);
 - Las actividades ejecutadas por los instructores de planta del SENA eran similares a las actividades ejecutadas por los ‘instructores contratistas’ de la entidad (minuto 24:50);
 - Debían reportar sus actividades al coordinador académico y al subdirector de la regional, llevándose a cabo esta supervisión de manera ‘periódica’ (minutos 27:10 y 28:11). Al respecto, nótese que, según el manual de funciones referido en previamente, precisamente los superiores jerárquicos de los funcionarios de planta denominados ‘instructores código 3010 grado 01-20’ eran el “*SUBDIRECTOR DE CENTRO O QUIEN EJERZA LAS FUNCIONES DE COORDINACIÓN O SUPERVISIÓN DIRECTA*”.

- Por último, tratándose de la verificación del cumplimiento de los horarios de la entidad, la testigo dijo que en los registros de vigilancia quedaba constancia de tal hecho, puesto que eran obligados a firmar la entrada y la salida (minuto 36:14).

Teniendo en cuenta lo expuesto en líneas previas, tratándose del elemento inherente a la subordinación de RÓMULO CAMARGO respecto del SENA, la Sala considera que los medios de prueba recaudados dan cuenta que dicha relación, lejos de enmarcarse en la autonomía, siempre estuvo regida por un trato vertical de dependencia en la que, además, las actividades ejecutadas por el contratista pertenecían al giro ordinario de las funciones ejecutadas por los 'instructores' de planta de la entidad demandada.

En tal sentido, el análisis conjunto de la documental y testimonial recaudada en la *litis* permite concluir que RÓMULO CAMARGO desempeñó ciertas actividades que, además de ser análogas y equivalentes a las funciones ejercidas por los 'instructores código 3010 grado 01-20' del SENA, también fueron ejecutadas en las mismas condiciones de subordinación y dependencia a las que se sujetaban los servidores públicos de la entidad demandada.

Aunado a lo anterior, debe resaltarse que, lejos de presentarse un vínculo de mera coordinación entre contratante y contratista, en realidad RÓMULO CAMARGO tuvo que sujetarse a las órdenes que le eran prescritas por parte de sus superiores, así como al cumplimiento de ciertos horarios de trabajo para la prestación del servicio, independientemente que de que a esa forma de vinculación se le hubiera denominado como 'contrato de prestación de servicios'.

Nótese que el hecho de tener que *"diseñar y aplicar el proyecto de formación (...) según formatos establecidos"* (f. 76), aunado al hecho de tener que *"participar en las actividades de capacitación o de auditoría en el Sistema Integrado de Gestión de Calidad"* (ff. 76 y 80), junto con la obligación de *"orientar los procesos de aprendizaje según las (...) metodologías de aprendizaje y programas curriculares vigentes"* (ff. 53, 58 y 64), claramente se traduce en que el SENA le prescribió a RÓMULO CAMARGO las condiciones en cuanto a modo, tiempo y cantidad de trabajo, imponiéndole las condiciones en las cuales debía ejecutar su actividad.

Asimismo, el hecho de tener que *"ejecutar (...) las actividades de enseñanza (...) de conformidad con los módulos de formación y/o las*

competencias de formación (...) de acuerdo con el calendario institucional y el manual de procedimientos para la ejecución de la formación profesional” (ff. 53, 58, 64 y 68) y “evaluar la formación de aprendices (...) de acuerdo al manual de evaluación vigente” (ff. 53 y 58), son claras muestras de que la labor desempeñada por RÓMULO CAMARGO estaba subordinada a lo indicado por la entidad demandada, razón por la cual se concluye que el hoy demandante no era independiente en la ejecución de sus actividades; esto, porque —sin duda alguna— el SENA se arrogó facultades para exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento.

Además, con respecto al argumento del SENA, consistente en que las declaraciones de Armando Ospina Cely, Lina María Flórez Gómez y Guillermo Gutiérrez no debieron ser tenidas en cuenta por parte del *a quo*, el mismo será descartado por tres razones.

Lo primera, porque debe señalarse que no cierto que, en el proceso, se hayan recibido los testimonios de tales ciudadanos; sino que, por el contrario, la única testigo fue la señora Flórez Gómez.

La segunda, porque esta Sala —al igual que el Ministerio Público— es de la opinión que “*el calificar como sospechoso un testigo no implica necesariamente que éste haya incurrido en un falso testimonio*” (f. 277). En tal sentido, el hecho que presuntamente Lina María Flórez Gómez haya “*tenido órdenes de prestación de servicio u otros tipos de vinculaciones con el (...) SENA*” (f. 222), no torna su declaración en imparcial; pues, de hecho, tal situación denota —más bien— que ella estaba al tanto de cómo se desarrollaban (en detalle) las actividades ejecutadas por los ‘instructores contratistas’.

Y, la tercera, porque lejos de acreditar —si quiera mediante indicios— que la citada testigo tiene “*una amistad con la parte demandante*” (f. 222), lo cierto es que el SENA apenas afirmó ello, sin que su afirmación se hubiera soportado en ningún medio de prueba, contraviniendo las prescripciones del artículo 167 del CGP.

Así las cosas, descartados los argumentos de alzada del SENA, se insiste en que RÓMULO CAMARGO no fue autónomo en el ejercicio de las actividades para las cuales había sido contratado; observándose, por el contrario, siempre estuvo sujeto al cumplimiento de órdenes que la entidad contratante le impartía, prescribiéndole las condiciones —de modo, tiempo y lugar— en que debía ejecutar su trabajo, situación que se mantuvo por todo el tiempo que duró el vínculo.

Además, las labores ejercidas por RÓMULO CAMARGO, claramente tuvieron una vocación de permanencia a lo largo de los años; desconociendo la excepcionalidad propia de este tipo de vínculos. Al respecto, no puede perderse de vista lo referido por el Consejo de Estado quien, a través de sentencia de 19 de enero de 2015¹⁷, expuso:

“En la actualidad se tiene, que para acreditar la existencia de una relación laboral es necesario probar los tres elementos referidos; especialmente, que el supuesto contratista desempeñó una función en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público.

A contrario, se constituye una relación contractual, que se rige por la Ley 80 de 1993 cuando: se pacta la prestación de servicios relacionados con la administración o funcionamiento de la entidad pública; el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada; se le pagan honorarios por los servicios prestados; y, la labor convenida no puede realizarse con personal de planta o requiere conocimientos especializados.

*Sobre esta última condición para suscribir **contratos de prestación de servicios**, vale la pena señalar, que **se debe restringir a aquellos casos en los que la entidad pública requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional**; porque, si contrata por prestación de servicios, personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que de manera permanente se asignan a los demás servidores públicos, se desdibuja dicha relación contractual.”* (Resaltado fuera de texto).

Sumado a lo anterior, es decir, a la acreditación de la permanencia del servicio (que no fue una labor ocasional, sino sostenida en el tiempo y propia de la misión institucional de la entidad), se reitera que la Sala encontró que las actividades desarrolladas por RÓMULO CAMARGO eran equiparables a las funciones que desempeñaban los empleados de planta del SENA que servían como ‘instructores código 3010 grado 01-20’.

En tal sentido, para la Sala no hay duda que se acreditó que RÓMULO CAMARGO desempeñó sus labores en las mismas condiciones de subordinación y dependencia a las que estaban sujetos los servidores públicos de la entidad.

¹⁷ Subsección “A”, con ponencia del Consejero Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, dentro del proceso radicado bajo el número 47001-23-33-000-2012-00016-01(3160-13), promovido por Esteban Patenostro Andrade contra el SENA.

De esta forma, al haberse constatado la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral de RÓMULO CAMARGO, se concluye que fue acertada la decisión del *a quo* y, en consecuencia, no hay duda que al demandante le surge el derecho al pago de sus prestaciones sociales, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, con el que se propende por la garantía de los derechos mínimos de las personas preceptuados en normas respecto de la materia.

Esto último, dado que —se insiste—, con los medios probatorios recaudados, se pudo constatar la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante; para ejecutarlos en sus propias dependencias e instalaciones y con sus elementos de trabajo; bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordaron la mera ‘coordinación’ y ‘autonomía’, para —en su lugar— configurar una relación jerárquica de dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales.

Definido lo anterior, procede la Sala a analizar si ¿hubo o no interrupciones en la prestación de los servicios de RÓMULO CAMARGO o, por el contrario, puede considerarse que su actividad siempre fue continua e ininterrumpida? Lo anterior, con el fin de establecer si ¿fue acertada la decisión del *a quo* de declarar la prescripción parcial de los derechos laborales del demandante?

Sobre este punto, el *a quo* señaló que “*debe declararse probada parcialmente la EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN solo en lo que refiere a los contratos suscritos con anterioridad al año 2013, pues como el accionante (...) presentó solicitud de reconocimiento y pago de los emolumentos (...) el 1° de junio de 2017 (...) las prestaciones anteriores a dicho año se encuentran prescritas*”. En consecuencia, dispuso “*el restablecimiento de los derechos del accionante respecto de los contratos suscritos durante los años 2013 y 2014 inclusive*” (f. 208)¹⁸.

¹⁸ Además, precisó que “*lo anterior obviamente, sin perjuicio y con excepción de los derechos pensionales, respecto de los cuales se ordenará al SENA tomar el ingreso base de cotización (IBC) pensional del demandante (honorarios pactados), mes a mes y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por lo que el actor deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora (sic)*” (f. 208).

Al respecto, en lo relativo a la prescripción de los derechos laborales en casos como el que nos ocupa, sea lo primero indicar que el Consejo de Estado se pronunció en sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016, dentro del proceso radicado N° CE-SUJ2-005-16 23001-23-33-000-2013-00260-01, con ponencia del Dr. Carmelo Perdomo Cuéter¹⁹, de la siguiente manera:

“A guisa de corolario de lo que se deja consignado, respecto de las controversias relacionadas con el contrato realidad, en particular en lo que concierne a la prescripción, han de tenerse en cuenta las siguientes reglas jurisprudenciales:

*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***

¹⁹La posición sentada por el Consejo de Estado en la sentencia de Unificación mencionada ha sido reiterada por esa misma corporación, entre otras, en sentencias proferidas por el Magistrado Carmelo Perdomo Cuéter, del 1 de marzo de 2018, dentro del radicado 23001-23-33-000-2013-00117-01 (3730-14), otra del 26 de julio de 2018 dentro del radicado 68001-23-31-000-2010-00799-01 y por el magistrado WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ el 11 de abril de 2019 dentro del expediente 63001-23-33-000-2014-00232-01 (2733-16).

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.” (Resaltado fuera de texto).

Precisado lo anterior, simplemente valga señalar que, con respecto al valor de las sentencias de unificación —como la que acaba de evocarse—, las mismas tienen por objeto garantizar: la seguridad jurídica, la coherencia y la igualdad en los asuntos administrativos. Al respecto, puede verse el contenido de los artículos 270²⁰ y 10²¹ del CPACA. En tal sentido, se resalta que dicha función implica que el margen de interpretación normativa de las autoridades administrativas está sujeto a

²⁰ “Para los efectos de este Código se tendrán como **sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido** el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social **o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia**; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.” (Resaltado fuera de texto).

²¹ “**Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia.** Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, **deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial**”. Ahora bien, la Corte Constitucional, en sentencia C-634 de 24 de agosto de 2011, al examinar la exequibilidad del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, dijo sobre el carácter vinculante de la jurisprudencia: “El reconocimiento de la jurisprudencia como **fuerza formal de derecho**, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto. **Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante.**” (Resaltado fuera de texto).

la interpretación que, sobre las normas aplicables al caso, se haya hecho por los altos tribunales²².

Teniendo en cuenta lo anterior, para esta Sala no hay duda alguna que el término para que opere la prescripción, en asuntos como el que convoca la atención de la Sala, es de tres años contados desde la finalización del vínculo. Lo anterior, sin perjuicio de que, en caso que se configure solución de continuidad, dicho término se cuenta desde la culminación de cada contrato, pues tal consecuencia deriva de su falta de reclamo para la protección de sus propios derechos.

Por su parte, en lo inherente a cuándo se entiende interrumpido el vínculo, al Alto tribunal de lo contencioso-administrativo dijo en sentencia de 18 de julio de 2018²³:

“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.*

²² De hecho, se resalta que la anterior postura ha sido sostenida de tiempo atrás. En efecto, la Corte Constitucional, en sentencia C-713 de 15 de julio de 2008, dijo sobre la función de unificación del Consejo de Estado: “A juicio de la Corte, la facultad de revisión eventual por parte del Consejo de Estado es compatible con la condición de ese órgano como Tribunal Supremo de la jurisdicción contencioso administrativa, reconocida en el artículo 237-1 de la Carta Política. **En efecto, su condición de Tribunal Supremo se proyecta, en esencia, desde una perspectiva de orden sistémico para integrar y unificar la jurisprudencia en lo que concierne a dicha jurisdicción, en el marco de la Constitución y la ley y con la precisión que más adelante se hace en cuanto a la procedencia de la tutela contra sus decisiones.**” (Resaltado fuera de texto). Y, en la Sentencia C-539 de 2011, manifestó: “5.2.3. La jurisprudencia de esta Corte ha precisado que **el respeto del precedente judicial por parte de las autoridades administrativas hace parte del respeto del debido proceso y del principio de legalidad en materia administrativa –art. 29, 121 y 122 Superiores-**, en cuanto (i) las autoridades están sometidas al imperio de la Constitución y de la ley, y por tanto se encuentran obligadas a aplicar en todas sus actuaciones y decisiones administrativas la Constitución y la ley; (ii) el contenido y alcance de la Constitución y la ley es fijado por las altas Cortes, cuyas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante; (iii) las decisiones de las autoridades administrativas no pueden ser arbitrarias y deben fundamentarse de manera objetiva y razonable; (iv) el desconocimiento del principio de legalidad implica la responsabilidad de los servidores públicos (art. 6 y 90 C.P.-; (v) **las actuaciones y decisiones de las autoridades administrativas deben respetar la igualdad de todos ante la ley –art. 13 C.P. // Por tanto, si existe una interpretación institucional vinculante, las autoridades administrativas deben aplicar al caso en concreto dicha interpretación (...)**”.

²³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ. Bogotá, D.C., dieciocho (18) de julio de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00689-01 (3300-14). Actor: ISABEL VEGA BELTRÁN. Demandado: MUNICIPIO DE RIONEGRO (SANTANDER).

- *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.*
- *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.*

Lo anterior toda vez que, conforme con la jurisprudencia unificada de esta Corporación, los derechos prestacionales derivados del contrato realidad son pasibles de perderse por prescripción extintiva, esto es, por no reclamarse en la oportunidad que la Ley otorga para ese efecto.

Así lo ha entendido esta Sección en pleno, tal como se indicó en la sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de agosto de 2016, estipuló como regla respecto a la prescripción extintiva de los derechos salariales y prestacionales derivados del contrato realidad²⁴ que, en aquellos casos donde existe interrupción entre los contratos de prestación de servicios y en su ejecución, debe analizarse la prescripción frente a cada uno de ellos, a partir de sus fechas de finalización. Así lo sostuvo la Corporación en dicha oportunidad:

«[...] 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

²⁴ 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).

trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios. [...]» (...)

Ahora bien, sobre la forma de demostrar los tiempos de vinculación, esta Subsección debe advertir que los periodos objeto de reconocimiento judicial por la configuración del contrato realidad, deben ser aquellos efectivamente acreditados a través del medio de prueba idóneo, siendo este, por regla general, el contrato o la orden de prestación de servicios el elemento de convicción que permite llegar al juez al grado de certeza sobre los extremos temporales de la vinculación con el Estado”.

Y, de forma más concreta, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado²⁵, precisó los presupuestos en que las interrupciones contractuales no implican solución de continuidad y aquellos en los que ocurre dicha consecuencia, en los siguientes términos:

“(...) Pues bien, en el caso bajo estudio, está acreditado que la interrupción en la relación contractual se produjo durante los meses de marzo, abril, octubre y noviembre del año 2004, en la medida que durante dichos lapsos las partes no celebraron contrato de prestación de servicios o por lo menos, en el proceso no se acreditó su existencia, de tal suerte que, la decisión del a quo no desconoce el parámetro existencia para que se tenga por interrumpida la vinculación contractual, en la medida que estas superaron los 15 días entre la terminación de un contrato y la celebración de uno nuevo (...)”.

Destacándose que tal pronunciamiento se encuentra acorde con la aclaración de voto de la sentencia 25 de agosto de 2016, según el cual, a la luz del artículo 10º del Decreto 1045 de 1978²⁶, “se entenderá que hubo solución de continuidad cuando medien más de **quinze días hábiles de interrupción** en el servicio a una y otra entidad”²⁷.

²⁵ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B, sentenciada de 4 de mayo de 2017, expediente N° 08001233100020070006201 (1736-2015) C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

²⁶ Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional.

²⁷ Así lo manifestó el H. Consejero de Estado WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ en su aclaración de voto de la sentencia de 25 de agosto del 2016, proferida por la Sección Segunda. Se indicó: “En mi criterio es importante precisar en primer lugar, el término que se debe tener en cuenta para determinar la pérdida de la solución de continuidad, en aquellos contratos de prestación de servicios que se pactan en forma continua y por un tiempo determinado, pero que presentan interrupción en la celebración de uno y otro. En la sentencia que aclaro, se indicó que en estos eventos se deberá analizar la prescripción respecto de la fecha de finalización de cada uno de ellos, no obstante considero útil para los efectos del requisito de continuidad precisar que el lapso encuentra referencia en el art. 10 del Decreto 1045 de 1978 el cual señala 15 días”.

En tal sentido, a la luz de la jurisprudencia citada, la Sala infiere que, si entre la terminación de un contrato y la celebración de otro transcurrieron más de 15 días hábiles, se debe entender que hubo solución de continuidad para todos los efectos legales. Y, a contrario sensu, si no transcurrió dicho lapso, se podrá concluir que no hubo solución de continuidad y se entenderá como una única vinculación.

En el caso de marras, si bien las labores ejecutadas por RÓMULO CAMARGO al servicio del SENA fueron —prácticamente— siempre las mismas durante toda su vinculación, lo cierto es que los medios de prueba allegados al expediente, muestran que la prestación de los servicios no siempre fue continua, pues hubo ciertas interrupciones, así:

- De acuerdo con las actas de inicio y de liquidación de cada uno de los contratos suscritos por RÓMULO CAMARGO, la vigencia real y el periodo de interrupción entre la celebración de cada uno de los contratos fue la siguiente:

CONTRATO	DURACIÓN	VIGENCIA DEL CONTRATO	TIEMPO DE INTERRUPTIÓN EN RELACIÓN CON EL ANTERIOR CONTRATO
Contrato N° 235 de 16 de julio 2008	385 horas, en un máximo de 4 meses	Julio a noviembre de 2008, según certificación de valores pagados en dicha anualidad (f. 87)	N/A
Contrato N° 142 de 25 de enero 2010	600 horas, en un plazo máximo de 10,5 meses	De 25 de enero de 2010 a 25 de junio de 2010. El contrato fue liquidado anticipadamente e “por cumplimiento de las horas contratadas” (ff. 174). Lo anterior, también se	1 año, 1 mes y 24 días

CONTRATO	DURACIÓN	VIGENCIA DEL CONTRATO	TIEMPO DE INTERRUPCIÓN EN RELACIÓN CON EL ANTERIOR CONTRATO
		observa en el acta de liquidación del contrato (f. 156 del archivo 'CONTRATO 142 DE 2010 (3)' contenido en el CD visto a f. 140)	
Contrato N° 239 de 22 de julio de 2010	5 meses	De 23 de julio de 2010 a 13 de diciembre de 2010 (ff. 74 y 120 del archivo 'CONTRATO 239 DE 2010 (1)' contenido en el CD visto a f. 140)	27 días
Contrato N° 062 de 21 de enero de 2011	21 de enero de 2011 al 2 de julio de 2011	De 21 de enero de 2011 al 1 de julio de 2011 (ff. 126 y 172 del archivo 'CTO 062 DE 2011 (1)' contenido en el CD visto a f. 140)	1 mes y 7 días
Contrato N° 272 de 12 de julio de 2011	5 meses y 4 días, sin exceder del 16 de diciembre de 2011	De 13 de julio de 2011 a 16 de diciembre de 2011 (ff. 104 y 158 del archivo 'CTO 272 DE 2011' contenido en el CD visto a f. 140)	12 días
Contrato N° 144 de 1 de marzo de 2012	4 meses, sin exceder del 4 de	De 6 de marzo de 2012 a 4 de julio de 2012 (ff. 46 y 83-84 del	2 meses y 18 días

CONTRATO	DURACIÓN	VIGENCIA DEL CONTRATO	TIEMPO DE INTERRUPCIÓN EN RELACIÓN CON EL ANTERIOR CONTRATO
	julio de 2012	archivo 'CTO 144 DE 2012' contenido en el CD visto a f. 140)	
Contrato N° 351 de 12 de julio de 2012	4 meses y 15 días, sin exceder del 30 de noviembre de 2012	De 16 de julio de 2012 a 30 de noviembre de 2012 (ff. 63-64 del archivo 'cto 351 de 2012' contenido en el CD visto a f. 140)	12 días
Contrato N° 568 de 4 de febrero de 2013	10 meses, sin exceder del 13 de diciembre de 2013	De 5 de febrero de 2013 a 6 de diciembre de 2013 (ff. 41 y 69-70 del archivo 'CONTRATO 568 DE 2013 (1)' contenido en el CD visto a f. 140)	2 meses y 4 días
Contrato N° 682 de 21 de enero de 2014 (y su adición de 21 de agosto de 2014)	10 meses, sin exceder del 12 de diciembre de 2014	3 de febrero de 2014 a 3 de diciembre de 2014 (f. 47 y 112-113 del archivo 'CTO 682 DE 2014' contenido en el CD visto a f. 140)	1 mes y 24 días

De acuerdo con lo expuesto en precedencia, se concluye que la vinculación de RÓMULO CAMARGO con el SENA fue interrumpida en varios lapsos. Lo anterior, ya que, entre la celebración de un contrato y otro, se dejó transcurrir algunos días, observándose que —entonces— hay solución de continuidad entre en cada uno de los años 2008, 2010, 2011, 2012, 2013 y 2014.

Ahora bien, teniendo claro que la labor desarrollada por RÓMULO CAMARGO al servicio del SENA no fue continua y presentó solución de continuidad, ¿fue acertada la decisión de primera instancia de declarar la prescripción “en lo que refiere a los contratos suscritos con anterioridad al año 2013” (f. 208)?.

Sobre el punto, el apoderado de la parte demandante manifestó *grosso modo*: (i) que las interrupciones entre los diferentes contratos suscritos, “fueron mínimas y coinciden con la vacancia de la entidad, tal como está probado con las resoluciones de vacaciones anexas y el calendario académico” (f. 224); (ii) que no existe sentencia que ‘reglamente’ la solución de continuidad en materia de contrato realidad; y (iii) que el Decreto 1042 de 1978 no es aplicable al caso de marras, ya que “el demandante se encontraba por prestación de servicios no ostenta tal calidad de empleado público y solo es un empleado de hecho del estado” (f. 224); aunado al hecho que “la norma en ninguno de sus artículos regula la continuidad o las interrupciones, ni establece un número de días a partir de los cuales (sic) se pueda establecer una interrupción” (f. 225).

Con respecto al primer argumento, según lo certificado por el Director Regional Boyacá del SENA, los periodos de vacaciones colectivas de los empleados ‘instructores’ de la entidad fueron los siguientes (archivos ‘VACACIONES COLECTIVAS 2008_1’, ‘VACACIONES COLECTIVAS 2009_1’, ‘VACACIONES COLECTIVAS 2010_1’, ‘VACACIONES COLECTIVAS 2011_1’, ‘VACACIONES COLECTIVAS 2013_1’ y ‘VACACIONES COLECTIVAS 2014_1’ contenidos en la carpeta ‘NUMERAL ii’ del CD visto a f. 179):

AÑO	PERIODO DE VACACIONES COLECTIVAS
2008	22 de diciembre de 2008 a 14 de enero de 2009
2009	21 de diciembre de 2009 a 13 de enero de 2010
2010	20 de diciembre de 2010 a 7 de enero de 2011
2011	19 de diciembre de 2011 a 6 de enero de 2012
2012	No se informó
2013	16 de diciembre de 2013 a 8 de enero de 2014
2014	15 de diciembre de 2014 a 6 de enero de 2015

Lo anterior muestra que no es cierto lo afirmado por la parte actora, en el sentido que los periodos de interrupción entre contratos “coinciden con la vacancia de la entidad” (f. 224). Esto, toda vez que comparados los periodos de interrupción entre cada uno de los contratos y los periodos de vacancia de los ‘instructores’ de planta del SENA, se observa lo siguiente:

AÑO	PERIODO DE INTERRUPCIÓN EN LOS CONTRATOS	PERIODO DE VACACIONES PARA LOS ‘INSTRUCTORES’ DE PLANTA DEL SENA
2008	Indeterminado	22 de diciembre de 2008 a 14 de enero de 2009
2009	No laborado	21 de diciembre de 2009 a 13 de enero de 2010
2010	25 de junio de 2010 a 23 de julio de 2010 y 13 de diciembre de 2010 a 21 de enero de 2011	20 de diciembre de 2010 a 7 de enero de 2011
2011	1 de julio de 2011 a 13 de julio de 2011 y 16 de diciembre de 2011 a 6 de marzo de 2012	19 de diciembre de 2011 a 6 de enero de 2012
2012	4 de julio de 2012 a 16 de julio de 2012 y 30 de noviembre de 2012 a 5 de febrero de 2013	No se informó
2013	6 de diciembre de 2013 a 3 de febrero de 2014	16 de diciembre de 2013 a 8 de enero de 2014
2014	3 de diciembre de 2014	15 de diciembre de 2014 a 6 de enero de 2015

De otro lado, en lo inherente al argumento según el cual no existe sentencia que indique cuándo se considera que existe ‘solución de continuidad’ en materia de contrato realidad, la Sala se remite a lo

considerado en líneas previas, donde se hizo alusión a —entre otras— las sentencias de 18 de julio de 2018²⁸ y 4 de mayo de 2017²⁹.

Además, tratándose de la afirmación, según la cual, la prescripción debe contarse una vez en firme la sentencia que declare la relación laboral³⁰, la Sala le indica al apoderado de la parte actora que ello no es cierto. Así, se precisa que la justificación del término prescriptivo de tres contados 'desde la finalización del vínculo', la encontramos en la misma sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016, la cual señaló:

"Para efectos de dar aplicación a la prescripción trienal de que tratan los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, según los cuales el término prescriptivo ha de contabilizarse a partir del momento en que el derecho se hace exigible, resulta pertinente estudiar en las controversias conocidas bajo el rótulo de contrato realidad desde cuándo ha de entenderse que el derecho es exigible.

Acerca de esta materia, las salas de decisión de la sección segunda de esta Corporación han sostenido tesis disímiles³¹, a saber:

Con sentencia de 6 de septiembre de 2013 proferida en sede de tutela, la subsección A de la sección segunda del Consejo de Estado estimó que la respectiva reclamación debe realizarse dentro de los tres años siguientes a la finalización del contrato so pena de declararse la prescripción de los derechos que se piden por la inactividad del solicitante³².

²⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ. Bogotá, D.C., dieciocho (18) de julio de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00689-01 (3300-14). Actor: ISABEL VEGA BELTRÁN. Demandado: MUNICIPIO DE RIONEGRO (SANTANDER).

²⁹ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B, sentenciada de 4 de mayo de 2017, expediente N° 08001233100020070006201 (1736-2015) C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

³⁰ En concreto, el apoderado del demandante manifestó que se desconoce lo dicho por el Consejo de Estado, en el sentido de que *"esta sentencia de contrato realidad es de las sentencias llamadas constitutivas y los derechos surgen (...) con la sentencia en la cual el juez declara probada la existencia de una relación laboral y la mora comienza a contarse hacia el futuro a partir de la sentencia constitutiva y ejecutoriada, pues el juez en este fallo no podía decretar la prescripción trienal de derechos que no había nacido a la vida jurídica y que no eran exigibles"* (f. 229).

³¹ Cabe anotar que **con posterioridad a** la sentencia de la sección segunda de esta Corporación de 19 de febrero de 2009 (expediente 73001-23-31-000-2000-03449-01[3074-05]), C.P. Bertha Lucía Ramírez De Páez, según la cual *"En situaciones como la presente en las cuales no hay fecha a partir de la cual se pueda predicar la exigibilidad del derecho, no es procedente sancionar al beneficiario con la prescripción o extinción del derecho que reclama; en efecto, en estos asuntos en los cuales se reclaman derechos laborales no obstante mediar un contrato de prestación de servicios, no hay un referente para afirmar la exigibilidad de salarios o prestaciones distintos al valor pactado en el contrato"*.

³² Consejo de Estado, sección segunda, sentencia de 6 de septiembre de 2013, M.P. Alfonso Vargas Rincón, expediente: 11001-03-15-000-2013-01662-00, demandante: Rosa

Este criterio jurisprudencial fue reiterado con fallo de 9 de abril de 2014³³, por la misma subsección A de la sección segunda, cuando al decidir una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, precisó que "...en efecto, se reitera que **el derecho a reclamar las prestaciones derivadas de un contrato realidad solo se hace exigible a partir de la sentencia que declara la existencia de la relación laboral; también lo es que el particular debe reclamar de la administración y del juez el reconocimiento de su relación laboral, dentro de un término prudencial que no exceda la prescripción de los derechos que reclama.** Lo anterior quiere decir que si finiquitó la relación que inicialmente se pactó como contractual, el interesado debe reclamar la declaración de la existencia de la relación laboral, en un término no mayor de 3 años, so pena de que prescriba el derecho a reclamar la existencia de la misma y el consecuente pago de las prestaciones que de ella se derivan".

No obstante, un mes después³⁴, la subsección B de esta sección examinó el tema prescriptivo en relación con el "plazo razonable" con el que cuenta el interesado para solicitar la existencia del vínculo laboral y el correspondiente pago de los derechos laborales y, con base en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, que regulaba la figura del decaimiento de los actos administrativos, consideró como término oportuno para reclamar, cinco (5) años contados desde la terminación del último contrato, que se asimila al acto de retiro del servicio.

Empero, en providencia de 11 de marzo de 2016, la subsección B de esta sección se volvió a pronunciar sobre el asunto y explicó que "Una vez demostrada la relación laboral reclamada y de la cual, se persigue el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, surgiría la oportunidad para que se examine la procedencia del fenómeno extintivo de la prescripción, valga decir, **la verificación de si la reclamación se efectuó dentro de los tres (3) años contados a partir de la finalización de la relación contractual,** so pena de que prescriban los derechos prestacionales que se puedan derivar de la relación laboral"³⁵.

Istmenia Moreno de Palacios, demandado: Tribunal Administrativo del Chocó.

³³ Consejo de Estado, sección segunda, subsección A, consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, sentencia de 9 de abril de 2014, expediente: 20001-23-31-000-2011-00142-01(0131-13), actora: Rosalba Jiménez Pérez, demandado: departamento del Cesar.

³⁴ Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren (E), sentencia de 8 de mayo de 2014, expediente: 080012331000201202445 01 (2725-2012), actor: Jesús María Palma Parejo, demandado: ISS. Tesis reiterada por la subsección A, en la sentencia del 19 de enero de 2015, expediente: 47001-23-33-000-2012-00016-01(3160-13), actor: Esteban Paternostro Andrade, demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA).

³⁵ Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, auto de 11 de marzo de 2016, expediente: 47001233300020140015601 (2744-2015), actora: Ana Eleuteria Oliveros Carpio, demandado: municipio de Santa Ana (Magdalena).

En lo concerniente al término prescriptivo, advierte la Sala que **no cabe duda acerca de su fundamento normativo, es decir, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969**, que regulan el régimen prestacional de los empleados públicos, según los cuales aquel lapso es de tres (3) años, que se interrumpe por una sola vez con el reclamo escrito del trabajador, en razón a que lo que se reclama en este tipo de asuntos (contrato realidad) es el reconocimiento de las prestaciones a que se tendría derecho si la Administración no hubiese utilizado la figura del contrato de prestación de servicios para esconder en la práctica una verdadera relación laboral.

Respecto de la oportunidad a partir de la cual debe contabilizarse el aludido interregno, **es del caso interpretar los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, en armonía con el mandato contenido en el artículo 12 (numeral 2) del convenio 95 de la OIT, de acuerdo con el cual los ajustes finales de los salarios debidos tienen lugar desde la terminación del nexo contractual con el empleador**, por cuanto es desde ese momento en que se podrá demostrar que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral con el Estado (prestación personal del servicio, remuneración y subordinación) y, en consecuencia, reclamar el pago de las prestaciones a las que tendría derecho de comprobarse ese vínculo, todo lo anterior en virtud de los principios de favorabilidad³⁶, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales³⁷ y progresividad y prohibición de regresividad en materia de derechos sociales³⁸, así como los derechos constitucionales al trabajo en condiciones dignas³⁹ e irrenunciabilidad a la seguridad social⁴⁰.

Por lo tanto, **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”** (Resaltado y subrayas fuera de texto).

³⁶ Constitución Política, artículo 53.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Corte Constitucional, sentencia C- 1141 de 2008, M.P. Humberto Sierra Porto. “El principio de progresividad y la prohibición de regresividad representa un componente esencial de la garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y dentro de ellos los derechos de seguridad social. La exigibilidad judicial de la protección de un derecho social, debe ser complementada con la posibilidad de conformar contenidos o estándares mínimos constituidos por prestaciones concretas, cuya garantía se pueda posicionar de manera general como un punto sobre el cual avanzar, y de no retorno en cuanto al carácter incuestionable de su satisfacción”.

³⁹ Constitución Política, artículo 25.

⁴⁰ *Ibidem*. artículo 48, inciso 2°.

Además, se insiste en el contenido de la aclaración de voto a la sentencia de unificación sobre los 'contratos realidad' de 25 de agosto de 2016 —evocada en acápites previos—. En ella, el Consejero de Estado William Hernández Gómez refirió:

*“En mi criterio es importante precisar en primer lugar, el término que se debe tener en cuenta para determinar la pérdida de la solución de continuidad, en aquellos contratos de prestación de servicios que se pactan en forma continua y por un tiempo determinado, pero que presentan interrupción en la celebración de uno y otro. En la sentencia que aclaro, se indicó que en estos eventos se deberá analizar la prescripción respecto de la fecha de finalización de cada uno de ellos, no obstante considero útil para los efectos del requisito de continuidad precisar que el lapso encuentra referencia en el art. 10 del Decreto 1045 de 1978 el cual señala **15 días**”.*

Las anteriores razones también permiten despachar desfavorablemente el último argumento de la parte actora, según el cual el Decreto 1042 de 1978 no es aplicable al caso de marras. No obstante, valga decir que, sobre este último punto, también se comparten las apreciaciones del Ministerio Público quien afirmó:

“Frente al argumento de la alzada del demandante relacionado con que al no ostentar la calidad de empleado público, al actor le resulta(n) inaplicables las normas de prescripción del Decreto 1042 de 1978, para esta agencia no resulta ajustado a derecho que se pretende la aplicabilidad de normas que establece(n) derechos laborales para personas contratadas para la modalidad de OPS, pero que al usar estas mismas normas en materia de prescripción, las mismas ya no sean aplicables” (f. 278).

Recapitulando, tenemos que la sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016 del Consejo de Estado⁴¹ estableció —como regla vinculante— que, quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral derivada de la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, debe reclamar su existencia en un período que no exceda de los tres años contados a partir de la terminación del vínculo contractual⁴².

De igual manera, dicha sentencia de unificación precisó que, en los contratos de prestación de servicios pactados por un interregno

⁴¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA. Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER. Bogotá, D. C., veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)CE-SUJ2-005-16. Actor: LUCINDA MARÍA CORDERO CAUSIL. Demandado: MUNICIPIO DE CIÉNAGA DE ORO (CÓRDOBA).

⁴² Pues de lo contrario tendrá como consecuencia la extinción del derecho a solicitar las acreencias económicas que de dicha relación se puedan derivar.

determinado y en cuya ejecución existe un lapso de interrupción, debe analizarse la prescripción a partir de las fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio.

De acuerdo con lo anterior, el término de los tres años para declarar la prescripción, habrá de contabilizarse de forma independiente para los contratos cuya interrupción superó el lapso de 15 días.

Por tanto, si la reclamación administrativa del demandante se elevó el 19 de mayo de 2017 (f. 38), lo cierto es que los únicos derechos que no se encuentran prescritos, son los derivados del contrato N° 682 de 21 de enero de 2014 (y su adición de 21 de agosto de 2014) (ff. 79-85).

En tal sentido, tratándose de los contratos N° 235 de 16 de julio 2008, 142 de 25 de enero 2010, 239 de 22 de julio de 2010, 062 de 21 de enero de 2011, de 12 de julio de 2011, 144 de 1 de marzo de 2012, 351 de 12 de julio de 2012, 568 de 4 de febrero de 2013, advierte la Sala que transcurrió un término superior al de los tres años previsto en los artículos 41⁴³ del Decreto 3135 de 1968 y 102⁴⁴ del Decreto 1848 de 1969.

Por tal razón, respecto de tales periodos, —conforme lo solicitó el SENA en el recurso de alzada— hay lugar a declarar la prescripción de los derechos del accionante y, en consecuencia, no resulta procedente conceder los emolumentos deprecados, por cuanto no se reclamaron oportunamente.

Ello implica que el *a quo* erró al resolver “declarar probada la excepción de prescripción (...) en lo que refiere a los derechos laborales adquiridos con anterioridad al año 2013” (f. 208v.). Asimismo, también erró al resolver que se pagaría “al actor el valor equivalente a las prestaciones sociales, en iguales condiciones que las devengadas por los INSTRUCTORES vinculados al SENA y a partir de marzo de 2013, con excepción de las vacaciones” (f. 208v.).

⁴³ “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”.

⁴⁴ “ARTÍCULO 102.- Prescripción de acciones. Las acciones que emanen 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”.

En este sentido, tendrán que modificarse el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia apelada, con el fin de indicar que la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada, se declarará probada respecto de los emolumentos causados en los años 2008, 2010, 2011, 2012 y 2013.

A su vez, como consecuencia de lo anterior, también tendrá que modificarse el literal a) del numeral cuarto de la referida providencia, con el fin de ajustar el periodo de liquidación de las prestaciones sociales reconocidas a favor de RÓMULO CAMARGO, señalando que las mismas tendrán que pagarse a partir de la vigencia del contrato que finalizó en el año 2014.

Lo que viene de indicarse, sin perjuicio de que —según se indicó en líneas previas— los aportes al sistema de seguridad social son imprescriptibles, a la luz de lo considerado por la sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016.

En tal sentido, teniendo en cuenta que la sentencia de primera instancia no fue objeto de otros reproches, respetando el principio de congruencia, y poniendo de presente que, a la luz del artículo 320 del CGP, el recurso de apelación tiene por objeto examinar la cuestión únicamente en relación con los reparos concretos formulados en los respectivos recursos de alzada, se concluye que la sentencia de primera instancia deberá ser confirmada, excepto en sus numerales tercero y cuarto —literal a)—, que se modificarán.

5. CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

La Sala se abstendrá de condenar en costas en segunda instancia, toda vez que, de conformidad con lo previsto en el numeral 8° del artículo 365 del CGP, en el expediente no aparece prueba sobre la causación de gastos en el trámite surtido ante esta Corporación.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión N° 4, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR los numerales tercero y cuarto —literal a)— de la sentencia de primera instancia proferida el día 10 de diciembre de 2018, por parte del Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama. En su lugar, se dispone:

“TERCERO.- DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE. En consecuencia, declarar prescritos los derechos causados en los contratos ejecutados por RÓMULO HUMBERTO CAMARGO MANOSALVA los años 2008, 2010, 2011, 2012 y 2013, sin perjuicio de aclarar que los aportes al sistema de seguridad social a favor del demandante son imprescriptibles y deberán ser reconocidos, de acuerdo con lo señalado en sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016 del Consejo de Estado, por las razones expuestas.

TERCERO.- Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE a:

a). Pagar, a título de indemnización, a favor de RÓMULO HUMBERTO CAMARGO MANOSALVA, el equivalente a las prestaciones sociales ordinarias que percibían los **INSTRUCTORES código 3010 grado 01-20** del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE por el tiempo efectivamente laborado, con ocasión del contrato **N° 682 de 21 de enero de 2014** (y su adición de 21 de agosto de 2014), tomando como base de liquidación el valor pactado por honorarios. (...)”.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo los demás el fallo recurrido, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ABSTENERSE de condenar en costas en esta instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Notificada la presente sentencia, **DEVOLVER** el expediente al Juzgado de origen, previo registro en el Sistema de Información de la Rama Judicial.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión virtual de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

Ausente Con Permiso
ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado



FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado