

APELACION NERYZ DIAZ ACOSTA/SENA

CR

Cesar Rovira <cesar5077.cr@gmail.com>

Mié 23/03/2022 11:00 AM

Para: barranquilla@abogadosgm.com.co; Juzgado 03 Administrativo - Magdalena - Santa Marta; mcotes@procuraduria.gov.co



APELACION nery dias.pdf
399 KB

JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DE SANTA MARTA

RADICADO: 47-001-3333-003-2021-00046-00.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.

DEMANDANTE: NERYS ELENA DIAZ ACOSTA.

DEMANDADO: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE-SENA-

ASUNTO. APELACIÓN

CESAR ROVIRA AVENDAÑO, de condiciones civiles conocidas en el proceso de la referencia, con es debido respeto y dentro del término legal, procedo a sustentar el Recurso de Apelación interpuesto en contra de la sentencia proferida por su Despacho el día 10 de marzo del 2022 el proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, seguido por NERYS ELENA DIAZ ACOSTA en contra del Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA-, apelación que la hago bajo los mismos presupuestos de hecho y derecho, expuestos en la contestación de la demanda

--

CESAR ROVIRA AVENDAÑO
ABOGADO REGIONAL MADALENA

[Responder](#) | [Responder a todos](#) | [Reenviar](#)

CESAR ANTONIO ROVIRA AVENDAÑO

ABOGADO

Especializado en Derecho Administrativo y Probatorio
Universidad del Norte Barranquilla

JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DE SANTA MARTA

RADICADO: 47-001-3333-003-2021-00046-00.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.

DEMANDANTE: NERYS ELENA DIAZ ACOSTA.

DEMANDADO: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE-SENA-

ASUNTO. APELACION

CESAR ROVIRA AVENDAÑO, de condiciones civiles conocidas en el proceso de la referencia, con es debido respeto y dentro del término legal, procedo a sustentar el Recurso de Apelación interpuesto en contra de la sentencia proferida por su Despacho el día 10 de marzo del 2022 el proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, seguido por NERYS ELENA DIAZ ACOSTA en contra del Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA-,apelación que la hago bajo los mismos presupuestos de hecho y derecho, expuestos en la contestación de la demanda, observaciones que amplio bajo los siguientes:

ARGUMENTOS

PRIMERO: No compartimos la decisión adoptada por su Señoría, de declarar la nulidad del oficio No. 47-2-2021-000060 del 1 de febrero del 2021 proferidos por la entidad que represento y en consecuencia condenar al SENA a que pagara al demandante, las prestaciones sociales ordinarias que percibían los demás docentes o instructores de la planta de personal al servicio de la entidad correspondientes a los periodos en los cuales se demostró la existencia de la relación laboral es decir desde 29 de enero del 2015 y 15 de mayo del 2019 lo cual se liquidara conforme al valor de lo pactado en cada contrato u orden de trabajo , de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la providencia, teniendo en cuenta la formula referenciada.

De manera categórica reiteramos que nos oponemos a los numerales tercero, cuarto del fallo habida cuenta que los aportes a pensión tal como lo puede observar el despacho el contratista cancelo estas acreencias al momento de presentar las cuentas para el pago de sus honorarios y de llegar a existir diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar , cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por aportes a pensión con el porcentaje que correspondía como empleador al Sena, además hay que reiterar que lo que se desarrollo fue un contrato de prestación de servicios y todos los trámites pertinentes correspondieron a este tipo de vinculación fundamentado en el Artículo 32 de la plurimencionada Ley 80 de 1993.

CESAR ANTONIO ROVIRA AVENDAÑO

ABOGADO

Especializado en Derecho Administrativo y Probatorio
Universidad del Norte Barranquilla

SEGUNDO: contrario sensu que hubieran analizado todos los elementos probatorios que hubiesen logrado darle al operador de justicia la certeza inequívoca de que si existiesen los tres elementos que configurarían un contrato laboral entre mi mandante y la accionante, en el acervo probatorio, no existe ninguna prueba que demostrara la subordinación a DIAZ ACOSTA; no existe ningún documento que por parte del SENA le impusiera ordenes de ineludible cumplimiento, tampoco el accionante aportó documentos, como memorandos, llamados de atención, comunicación de horarios pre-establecidos por el contratante de la orden de servicios.

TERCERO: esta inexistencia probatoria, no puede suplirse de manera subjetiva, los tres elementos que demostrarían un contrato de trabajo: al no existir, desvirtuaron indefectiblemente el contrato realidad que pregonaba el accionante, y siendo así, considero con el debido respeto que el a quo no tenía los elementos probatorios que le hubiesen conllevado en grado de certeza a la existencia de tal relación.

CUARTO: ante esta situación, se está configurando una posible vía de hecho, por defecto factico; al respecto la Corte Constitucional en sentencia T-395 del 2010, acogiendo la jurisprudencia de control abstracto de constitucionalidad de las sentencias; consideró:

Así, desde los primeros pronunciamientos de esta Corte se determinó que la existencia de un defecto fáctico que convierte una decisión judicial en una vía de hecho, se presenta cuando se constata que “el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado.”^[9].

*Por tanto, si bien el juzgador goza de un amplio margen para valorar el material probatorio en el cual ha de fundar su decisión y formar libremente su convencimiento^[10], “inspirándose en los principios científicos de la sana crítica (Arts. 187 CPC y 61 CPL)”^[11], dicho poder jamás puede ejercerse de manera arbitraria. La evaluación del acervo probatorio por el juez implica, necesariamente, “la adopción de criterios **objetivos**^[12], no simplemente supuestos por el juez, **racionales**^[13], es decir, que ponderen la magnitud y el*

CESAR ANTONIO ROVIRA AVENDAÑO

ABOGADO

Especializado en Derecho Administrativo y Probatorio
Universidad del Norte Barranquilla

impacto de cada una de las pruebas allegadas, y rigurosos[14], esto es, que materialicen la función de administración de justicia que se les encomienda a los funcionarios judiciales sobre la base de pruebas debidamente recaudadas.”[15]

2.4.2. En desarrollo de lo explicado, la jurisprudencia de la Corte ha fijado el alcance del defecto fáctico como causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, señalando que éste se presenta cuando resulta evidente que se omitió decretar pruebas que eran necesarias o la valoración de las existentes, o su evaluación fue realizada de manera caprichosa o arbitraria[16].

Al respecto ha dicho la Corte:

*"En otras palabras, se presenta defecto fáctico **por omisión** cuando el juzgador se abstiene de decretar pruebas. Lo anterior trae como consecuencia 'impedir la debida conducción al proceso de ciertos hechos que resultan indispensables para la solución del asunto jurídico debatido'. Existe defecto fáctico **por no valoración del acervo probatorio**, cuando el juzgador omite considerar pruebas que obran en el expediente bien sea porque 'no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar la decisión respectiva, y en el caso concreto resulta evidente que de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico debatido variarían sustancialmente.' Hay lugar al defecto fáctico **por valoración defectuosa del material probatorio** cuando o bien 'el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; o cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva' dando paso a un defecto fáctico por no excluir o valorar una **prueba obtenida de manera ilícita**"[17].*

Como se observa, la Corte ha identificado dos dimensiones en las que se presentan defectos fácticos: i) Una dimensión negativa que ocurre cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa[18] u

CESAR ANTONIO ROVIRA AVENDAÑO

ABOGADO

Especializado en Derecho Administrativo y Probatorio
Universidad del Norte Barranquilla

omite su valoración[19] y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente.[20] Esta dimensión comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez[21]. ii) Una dimensión positiva, que se presenta generalmente cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas (artículo 29 C.P.) y al hacerlo el juez desconoce la Constitución.[22]

QUINTO: por la anterior razón, surge imperiosa la necesidad de pronunciarme respecto de los siguientes puntos.

En el caso que nos ocupa, a pesar de que se desvirtuaron los tres elementos que configuran el contrato de trabajo, como es: 1.- que los horarios en que Nery Dias ejercía las obligaciones adquiridas en el contrato de prestación de servicios, fueron establecidos por el, lo que hizo la entidad fue ajustarse a dichos horarios. 2.- La relación con los empresarios y usuarios y el tiempo de atención obedecía a los momentos en que acordaba y coordinaba con ellos, en ningún momento fue impuesto por el Sena , de hecho no existe evidencia física, o documental al respecto y 3°.- nunca existió subordinación por parte del accionante en cuanto que los informes que presentaba obviamente se exigían para la verificación del cumplimiento del contrato de prestación de servicios, tal como lo exige la ley 80 de 1993 y que es el basamento jurídico de la relación contractual que el SENA sostuvo con el demandante, lo cual fue prolíferamente demostrado en la contestación de la demanda. Honorables Magistrados es importante para este extremo que se tenga en cuenta lo aquí afirmado.

Siendo así, el a quo, no tuvo en cuenta la calidad de la persona y del servicio que se estaba contratando, ni su independencia y autonomía, tanto en la planificación del programa que el aplicaba, ni de los horarios que el mismo ajustó a sus necesidades profesionales. **Que de lo contrario, no reposa en el expediente ningún elemento probatorio que pudiera inferir que el accionante se sujetaba a órdenes directas y permanentes o que estuviera ajustado a horarios establecidos a mutuo propios por la entidad.** Lo anterior no podía ser óbice para que el SENA concertara con Diaz Acosta posibles o eventuales cambios, que al ocurrir fueron con la aprobación y adecuación previa del accionante, y como se dijo en la contestación de la demanda no podría ser de otra forma, ya que como contratante, la entidad accionada a la luz de la Ley 80 de 1993 tiene el deber legal de que los contratos

CESAR ANTONIO ROVIRA AVENDAÑO

ABOGADO

Especializado en Derecho Administrativo y Probatorio
Universidad del Norte Barranquilla

suscritos cumplan el objeto por el cual fueron creados. Lo que de por sí lo excluye de los elementos configurativos de un contrato de trabajo y por ende de la existencia de un contrato realidad.

El accionante, jamás logró demostrar la configuración de los tres elementos de un contrato de trabajo, y es que del acervo probatorio, por sí solo no se daban esos presupuestos, por lo cual cuando el ad quo, procedió a dictar sentencia a solicitud del apoderado de la demandante, no tuvo en cuenta la necesidad de haber probado con absoluta certeza de que se estaba ante un contrato realidad; cuando los solos contratos de prestación de servicios, y unas declaraciones no pueden lograr inferir que **Nerys Diaz** estaba subordinado, que cumplía con un horario **exigido sin que mediara su voluntad; ni muchos menos que sus honorarios fueran salarios, las pruebas documentales que sirvieron de sustento para que el ad quo, procediera a dictar sentencia, no eran suficientes.**

En cuanto a las normas violadas por la entidad.

Sobre este tema, insisto en que el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, nunca a violado la normativa en que el accionante fundamento su demanda, tornándose esta en inepta por inexistencia de la violación del ordenamiento señalado, y que sirve de base para la solicitud de declarar la nulidad y exigir el reconocimiento de supuestos derechos, que para nada han sido violados; es así que, al hacer un recorrido por todas las normas que el demandante pretendió utilizar como violadas probamos que no existe tal violación y así se planteó en la contestación de la demanda.

LA LEGALIDAD DE LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS FRENTE A LA INEXISTENCIA DEL CONTRATO REALIDAD.

El hecho de que la prestación de servicios de algunos contratistas se haga a determinadas horas, ha sido analizado por el Consejo de Estado en varias sentencias, en las cuales concluye que ese aspecto no constituye subordinación y por ende no generan contrato realidad, en virtud del principio de coordinación que debe existir entre el contratante y el contratista. En la Sentencia IJ -0039 del 18 de noviembre de 2003, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado señaló lo siguiente:

“5. ... desde ningún punto de vista puede sostenerse que el contrato de prestación de servicios celebrado por la parte actora con la administración se

CESAR ANTONIO ROVIRA AVENDAÑO

ABOGADO

Especializado en Derecho Administrativo y Probatorio
Universidad del Norte Barranquilla

oponga a derecho, es decir, que se encuentre prohibido por la ley. En efecto, el art. 32 de la L. 80 de 1.993 prescribe: ... (transcribe el encabezado del artículo y su numeral 3) // En el aparte transcrito la norma señala el propósito de dicho vínculo contractual, cual es el de que se ejecuten actos que tengan conexión con la actividad que cumple la entidad administrativa; además, que dicha relación jurídica se establezca con personas naturales, bien sea cuando lo contratado no pueda realizarse con personal de planta, lo que a juicio de la Sala acontece, por ejemplo, cuando el número de empleados no sea suficiente para ello; bien sea cuando la actividad por desarrollarse requiera de conocimientos especializados. // Resulta, por consiguiente, inadmisibile la tesis según la cual tal vínculo contractual sea contrario al orden legal, pues como se ha visto, éste lo autoriza de manera expresa. ... // si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad. Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta. En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales”.

La Sección Segunda del Consejo de Estado retomó el texto de la sentencia IJ-0039 de 2003, y agregó lo siguiente en la sentencia proferida el 4 de marzo de 2010 dentro del proceso 0614-06, definiendo una demanda contra el SENA: “Ahora bien, es necesario aclarar que la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre su resultado, no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación”. Aclaró además la sentencia que “... para acreditar la existencia de

CESAR ANTONIO ROVIRA AVENDAÑO

ABOGADO

Especializado en Derecho Administrativo y Probatorio
Universidad del Norte Barranquilla

*la relación laboral, es necesario probar que el supuesto contratista se desempeñó en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público y que las actividades realizadas no eran indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales". En relación con el sitio donde se preste el servicio, la misma sentencia señaló: "2- **No existe identidad de la relación jurídica derivada del contrato (sitio donde se prestó el servicio) con la situación legal y reglamentaria, ya que, entre otras razones, el hecho de trabajar al servicio del estado no puede en ningún caso conferir el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario"**.*

Estos argumentos fueron reiterados por la misma Sección del Consejo de Estado en la Sentencia proferida el 3 de junio de 2010 en el proceso 0361-08.

En la reciente sentencia de fecha 2 de mayo de 2013 **Radicación número: 05001-23-31-000-2004-03742-01(2027-12)**, el mismo Consejo de Estado, después de realizar un recuento de la jurisprudencia de esa Corporación en relación con los Contratos de Prestación de Servicios y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades que puede conllevar al derecho al pago de prestaciones sociales, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo concluyó que para acreditar la existencia de la relación laboral, es necesario probar que el supuesto contratista se desempeñó en las mismas condiciones que cualquier otro servidor público y que las actividades realizadas no eran indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación que debe existir entre las partes; la Sentencia reiteró además que la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, lo cual no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación.

En los últimos pronunciamientos por parte de los Despachos y Tribunales han venido aplicando lo orientado a través de Jurisprudencias por el Honorable Consejo de Estado, ejemplo es el fallo emitido por el Tribunal del Magdalena Radicado N° 47-001-3333-007-2014-00266-01 de fecha 21 de agosto del 2019 Magistrado Ponente Maribel Mendoza ,

Por tanto, no podría este Tribunal advertir el elemento de la subordinación propia de la relación laboral entre las partes únicamente del testimonio rendido

CESAR ANTONIO ROVIRA AVENDAÑO

ABOGADO

Especializado en Derecho Administrativo y Probatorio
Universidad del Norte Barranquilla

por el señor Jairo Jhon Abello Camargo -tachado además por el apoderado de la entidad demandada-, al advertir que al igual que la actora, impetró demandada en contra delSENA por los mismos hechos que se discuten en el presente asunto.

En efecto, según la declaración rendida por el testigo, la cual consideró el Juez de primera instancia diáfana y espontánea, la demandante debía cumplir una jornada laboral y atender las directrices impartidas o asignadas por la entidad accionada para el desarrollo de la labor encomendada, actividad que no era independiente ni autónoma porque se encontraba gobernada por el coordinador académico del SENA.

No obstante, considera esta Colegiatura que si bien el testigo fue claro y espontáneo en la declaración rendida, también lo es, que no existe referencia alguna que la señora María Elena Contreras Salinas estuviera en la obligación de cumplir un horario o se encontrara subordinada a las exigencias de los funcionarios del SENA, como quiera que no se allegó expediente los medios de prueba o información que permita advertir el deber de la demandante de acogerse al horario informado por el declarante o que su trabajo debía ser ejecutado en la forma ordenada por los coordinadores de formación so pena de las consecuencias legales o contractuales negativas en caso de cumplimiento.

Por otro lado, actividades como rendir informes mensuales de la ejecución del contrato, pasar planillas o hacer la planeación académica del mes siguiente, no pueden considerarse, por sí mismas, como elementos de subordinación laboral, pues hacen parte de la ejecución y de las relaciones de coordinación propias del contrato de prestación de servicios.

En consecuencia, como en esta clase de asuntos la carga de la prueba corresponde a quien pretende demostrar la existencia de la relación laboral, y en el presente caso, la parte demandante no logró demostrar de forma contundente los elementos del contrato realidad, particularmente la subordinación continuada.

Honorable Juez es importante colocar en su consideración el reciente pronunciamiento del Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección A Magistrado Ponente Dr. William Hernández Gómez dentro del Proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho seguido por Clara Patricia Dávila Suarez contra el Sena Regional Magdalena de fecha 10 de mayo del 2018 cuya radicación es 47001-23-33-000-2014-00123-01 , numero interno 3257-2016 el cual expreso lo siguiente

“Sin embargo, esta Subsección no comparte la conclusión a la que arribó el Tribunal Administrativo de Magdalena por las siguientes razones”

1. En primer lugar, si bien los testimonios son contestados en el hecho de que en el Centro Agropecuario de Gaira se tenía un horario de siete de la mañana a cinco de la tarde y que la demandante se apegaba al mismo, no existe referencia alguna a que la señora Dávila Suárez estuviera en la obligación de cumplir el mismo.

CESAR ANTONIO ROVIRA AVENDAÑO

ABOGADO

Especializado en Derecho Administrativo y Probatorio
Universidad del Norte Barranquilla

En ese sentido se advierte que, entre los medios de prueba allegados al proceso, no obra información alguna que permita advertir el deber de la demandante de acogerse a dicho horario o las consecuencias legales o contractuales negativas en caso de su incumplimiento. Y de los testimonios recaudados tampoco se puede concluir que existieran órdenes por parte de los funcionarios del SENA, dirigidas a la señora Clara Patricia Dávila Suárez, tendientes al estricto cumplimiento del horario del Centro Agropecuario.

2. En segundo término, las respuestas de los testigos tampoco fueron lo suficientemente precisas para demostrar que la señora Dávila Suárez se encontrara subordinada a las exigencias de los funcionarios del SENA, y particularmente del coordinador de formación, pues en momento alguno hicieron referencia a órdenes que se le hubieran impartido a la demandante, ya fuera como instructora del área agrícola o como parte del proyecto de floricultura que ella desarrollaba.
3. Sobre la labor desarrollada en condiciones de dependencia continuada, tampoco obra referencia, por parte de los testigos, de que las actividades desarrolladas por la demandante debieron ejecutarse en forma diferente a la convenida en los contratos de prestación de servicios, es decir, no hay declaración alguna que permita corroborar que su trabajo debió ser ejecutado en la forma ordenada por los coordinadores de formación o por otro funcionario de la demandada.

Debe advertirse que, actividades como rendir informes mensuales de la ejecución del contrato, pasar planillas o hacer la planeación académica del mes siguiente, no pueden considerarse, por sí mismas, como elementos de subordinación laboral, pues hacen parte de la ejecución y de las relaciones de coordinación propias del contrato de prestación de servicios.

4. Frente a la ejecución del proyecto de cultivo de flores exóticas, tampoco puede concluirse que haya una relación de subordinación y dependencia continuada respecto del SENA, pues los testigos no estuvieron en capacidad de confirmar que dicho proyecto se realizara por orden de la entidad contratante. En efecto, a juicio de esta Corporación y ante la ausencia de medios de prueba que permitan determinar que el proyecto citado fue desarrollado por la señora Dávila Suárez por orden de los funcionarios del SENA, debe concluirse que el mismo fue parte de la propuesta académica de la demandante para efectos del contrato de prestación de servicios.
5. En cuanto a la inexistencia de instructores de planta capacitados para desarrollar el proyecto del floricultivo, tampoco se puede predicar que dicha situación sea determinante para definir una relación de subordinación continuada entre el SENA y la señora Clara Patricia Dávila Suárez, ello en tanto que de los testimonios no se puede concluir que el cultivo de flores exóticas fuera un proceso permanente del Centro Agrícola de Gaira pues ambos testigos son precisos en indicar que este sólo funcionó mientras la demandante prestó sus servicios allí.

En ese orden de ideas, esta Subsección ha de concluir que no existe una prueba de la que fehacientemente se pueda inferir que la demandante no tenía la posibilidad de actuar con independencia, es decir, que la señora Clara

CESAR ANTONIO ROVIRA AVENDAÑO

ABOGADO

Especializado en Derecho Administrativo y Probatorio
Universidad del Norte Barranquilla

Patricia Dávila Suárez laboraba de forma subordinada porque debía cumplir la intensidad horaria al igual que los demás funcionarios de planta, como tampoco obran pruebas de que recibía órdenes o instrucciones por parte de los funcionarios del SENA.

La sub sección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del Magistrado RAFAEL FRANCISCO SUAREZ VARGAS, Bogotá, diecinueve (19) de julio de dos mil dieciocho (2018), Radicación: 47001233300020140001001- No. Interno: 3928-15 Apelación: sentencia. Contrato prestación de servicios, Actor: Alfredo Rafael Cua Posada Apelación, observándose en este fallo el camino que viene labrando en este tema, la alta corporación, habida cuenta que el elemento subordinación, se venía reconociendo, casi de forma automática sin que se realizara un análisis exhaustivo y real en cuanto al hecho o no de su configuración.

De igual manera el HONORABLE CONSEJO DE ESTADO EN SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA- SUB SECCION A CONSEJERO PONENTE: RAFAEL FRANCISCO SUAREZ VARGAS BOGOTA, DOCE (12) DE JULIO DE 2018 Radicación: 47001233300020149000901 No. Interno: 5100-16 en el proceso de YONIS BARCASNEGRAS RANGEL fundamentándose en la Sentencia de unificación SU2 N° 005/16 argumentando y estableciendo las reglas jurisprudenciales a tener en cuenta en materia del restablecimiento del derecho cuando deba aplicarse la figura de la prescripción. Al respecto, señalo lo siguiente:

- 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 incidencias al momento de liquidarse el monto pensional.
- iv) Las reclamaciones de los aportantes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas

CESAR ANTONIO ROVIRA AVENDAÑO

ABOGADO

Especializado en Derecho Administrativo y Probatorio
Universidad del Norte Barranquilla

de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c del CPACA).

- v) Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.
- vi) El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que este 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 terminada 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.
- viii) El consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines prestacionales proceden a título de restablecimiento del derecho.

El ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el contratista corresponderá a los honorarios pactados.

Las anteriores reglas jurisprudenciales fueron fijadas con la finalidad de acoger el criterio más favorable a los peticionarios que acuden ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en aras de obtener el reconocimiento de los derecho que eran inherentes a una relación laboral pero que la administración disfrazo con la suscripción de un contrato estatal.

Situación está que es completamente igual a la de la demandante **Neris Diaz.**, habida cuenta que con los testimonios rendidos no se podía inferir todo lo que el despacho considera probado además no fueron claros ni preciso lo manifestado, lo que nos conlleva a verificar que no se observa configurado y mucho menos probado la subordinación que aluden.

ANALISIS DETALLADO DE LOS TESTIMONIOS RENDIDOS

CESAR ANTONIO ROVIRA AVENDAÑO

ABOGADO

Especializado en Derecho Administrativo y Probatorio
Universidad del Norte Barranquilla

Del material probatorio recaudado, vamos a centrarnos en la prueba reina para esta clase de medio de control, cual es la prueba testimonial; la prueba documental es inmodificable, y no fue sujeto de reparación, de estas pruebas se indica ciertamente la celebración y ejecución de contratos de prestación de servicios bajo al amparo de la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y demás normas inherentes.

Su Señoría deseamos ser esquemáticos en cuanto a las afirmaciones realizadas por los testigos, los cuales dan fe de elementos puntuales, que de ser tenidos en cuenta y de haber aplicado a cabalidad el Principio de la Sana Critica la decisión hubiese sido distinta, así las cosas, nos vamos a dirigir al recaudo testimonial, del cual destacamos los siguientes apartes:

YOHEDIS MORRELLI CABALLERO

- No tuvo en cuenta el ad quo el señalamiento directo de la testigo un cuanto que no le constaba orden directa a la señora Neris Diaz.
- No tuvo en cuenta el ad quo el señalamiento directo de la testigo un cuanto que no le constaba solicitud de permiso a la señora Neris Diaz.
- No tuvo en cuenta el ad quo el señalamiento directo de la testigo un cuanto que no le constaba llamado de atención a la señora Neris Diaz.
- No tuvo en cuenta el ad quo la afirmación en cuanto que nadie controlaba el horario, que atendían a los empresarios y usuarios con citas previas.
- No tuvo en cuenta el ad quo que las reuniones y orientaciones fueron de carácter general y no particular.
- No tuvo en cuenta el ad quo el hecho de no existir claridad si la testigo y la señora Neis Acosta estaban juntas.

ROBERT JUNIOR JIMENEZ

- No tuvo en cuenta el ad quo el hecho que expresaran que en la Entidad no existía persona que tuviera ese conocimiento y que la demandante ofrecía conocimientos en el área de emprendimiento.
- NO tuvo en cuenta el ad quo la afirmación que la señora Sonia Corcho, también tenía la vinculación a través de contrato de prestación de servicios..

ALDAIR DELUQUE PINTO

CESAR ANTONIO ROVIRA AVENDAÑO

ABOGADO

Especializado en Derecho Administrativo y Probatorio
Universidad del Norte Barranquilla

- No tuvo en cuenta el ad quo que de manera categórica y sin titubeo alguno el declarante expuso que no existía en la nomina de la Entidad alguna persona que cumpliera o realizara las actividades que adelantaba Neryz Diaz Acosta.
- No tuvo en cuenta el ad quo que se aclarara por parte del declarante que todos los que estaban en esa área todos eran contratista.
- No se tuvo en cuenta por el ad quo que el declarante expresara que la informe tenía como fin verificar el cumplimiento del objeto contractual y concomitante a esto el pago.
- No tuvo en cuenta el ad quo el señalamiento directo de la testigo un cuanto que no le constaba orden directa a la señora Neris Diaz.
- No tuvo en cuenta el ad quo el señalamiento directo de la testigo un cuanto que no le constaba solicitud de permiso a la señora Neris Diaz.
- No tuvo en cuenta el ad quo el señalamiento directo de la testigo un cuanto que no le constaba llamado de atención a la señora Neris Diaz.
- No tuvo en cuenta el ad quo la afirmación realizada por el señor Deluque Pinto en cuanto a que las citas y horarios eran coordinadas con el empresario y en ningún momento las imponía la Entidad tal como se afirmó en la sentencia.
- No tuvo en cuenta el ad quo la afirmación en cuanto que el Sena entregaban elementos de trabajo, de igual manera sosteniendo que tampoco tenia conocimiento si a sus compañeros le entregaban elementos de trabajo.
- No tuvo en cuenta el ad quo que las reuniones y orientaciones fueron de carácter general y no particular.
- NO tuvo en cuenta el ad quo la afirmación que la señora Sonia Corcho, también tenia la vinculación a través de contrato de prestación de servicios.
- No se tuvo en cuenta por el Ad quo la afirmación clara en cuanto a que ningún funcionario del Sena daba ordenes , establecían horarios o metas.

Solicito Honorables Magistrados se tenga en cuenta estos elementos que dejaron de ser evaluados por la primera instancia en razón que el elemento subordinación para que se considere configurado exige una serie de cadenas, eventos y situaciones que en este caso particular no se dieron como por ejemplo el hecho de no observarse que el informe hace parte de la necesidad de verificar el cumplimiento del objeto contractual, y de igual forma confundiendo la mera coordinación que debe existir entre contratante y contratista con la subordinación.

De igual manera no se dio valor alguno a las afirmaciones de testigos en cuanto que ningún funcionario de la Entidad daban ordenes y que los horarios eran pactados entre el contratista y el empresario,(situaciones que de ser

CESAR ANTONIO ROVIRA AVENDAÑO

ABOGADO

Especializado en Derecho Administrativo y Probatorio
Universidad del Norte Barranquilla

analizadas y tenidas en cuenta ilustrarían sin equívoco alguno que no se configuro el elemento subordinación).

Obsérvese Honorables Magistrados que los testigos en sus testimonios dieron fe que no les constaba orden directa, llamado de atención o solicitud de permiso relacionado con la señora Nerys Diaz Acosta lo cual señala sin lugar a dudas que no tienen conocimiento de estos eventos, los cuales desdibujan inmediatamente la esencia, señalamiento o sentido que se quiere dar a este tipo de prueba como es la testimonial, con la que se pretende demostrar que se configuro la subordinación aunado que dentro de los eventos se dejaron de analizar otros hechos que también ocurrieron.

Cuando una Entidad contrata una persona natural fundamentado en la Ley 80 de 1993 y mas específicamente haciendo referencia al Artículo 32, lo hace bajo el precepto que no existe dentro de la planta alguien que cuente con el conocimiento en determinada área, hecho este que ocurrió con la señora Diaz Acosta acotando su Señoría que no existe dentro de la litis una prueba documental que genere la certeza que dentro de la nomina del Sena había una persona con los conocimientos para desarrollar la actividad de la demandante y a contrario sensu durante los testimonios rendidos hizo transito la afirmación que la vinculación era a través de contratos de prestación de servicios.

OBJETO DEL RECURSO

El presente Recurso de Apelación tiene por objeto que el Honorable Tribunal Administrativo del Magdalena revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo, en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por Nerys Diaz Acosta, contra el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, y se declare la inexistencia del contrato realidad entre el accionante y la entidad accionada.

FUNDAMENTO DE DERECHOS

Fundamento el presente Recurso de Apelación por lo estipulado en los artículos 10, 243,247 del CPACA.; los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo ; el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo; los artículos 23 y 31 del Decreto 1945 de 1978, el Decreto 1868 de 1969

Del señor Juez.

Atentamente

CESAR ANTONIO ROVIRA AVENDAÑO

ABOGADO

Especializado en Derecho Administrativo y Probatorio
Universidad del Norte Barranquilla

CESAR ANTONIO ROVIRA AVENDAÑO.

CC N° 85.467.230

TP N° 112751 del C. S. de la Judicatura