

REPUBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO SECCIÓN SEGUNDA¹

Bogotá D.C., once (11) de febrero de dos mil veintidós (2022).

EXPEDIENTE No: 11001-33-42-046-2020-00321-00²
DEMANDANTE: MARCO AURELIO DÍAZ BONILLA
DEMANDADO: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA -
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ASUNTO

Agotado el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA), procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

1 ANTECEDENTES

1.1 La demanda

El señor Marco Aurelio Díaz Bonilla, identificado con C.C. No. 14.238.872, a través de apoderado, promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del CPACA; contra el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE (En adelante SENA) con el fin de que se resuelvan las declaraciones y condenas que se indican en el siguiente apartado.

¹ Correos electrónicos: jadmin46bta@notificacionesrj.gov.co y jadmin46bt@cendoj.ramajudicial.gov.co
Para la recepción de memoriales solo está disponible el siguiente correo electrónico: correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

² https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/jadmin46bt_cendoj_ramajudicial_gov_co/EkAB4b5F60pEnHEpuii5wEYBWx3qL9Pb_YCL9MAEjhoOzw

1.1.1 Pretensiones.

De la demanda se extraen las siguientes:

1. Que se declare la nulidad del Oficio No. 11-2-2020-021243 del 18 de junio de 2020, expedido por el Director Regional Distrito Capital del SENA, por medio de la cual se negó el reconocimiento de la existencia de una relación laboral entre el señor Marco Aurelio Díaz Bonilla y el Sena, y, en consecuencia, el reconocimiento y pago de salarios y prestaciones salariales y sociales causadas desde el 12 de junio de 2020 y hasta la cancelación efectiva de las mismas.
2. Que como consecuencia de lo anterior se declare la existencia de un contrato de trabajo entre el señor Marco Aurelio Díaz Bonilla y el SENA, entre el 27 de enero de 2010 y el 04 de diciembre de 2019.
3. Que a título de restablecimiento del derecho se condena al SENA al pago de las acreencias laborales no canceladas al señor MARCO AURELIO DÍAZ BONILLA, desde el 27 de enero de 2010 y el 04 de diciembre de 2009, con la inclusión de los siguientes rubros: salario y nivelación salarial, subsidio de alimentación, bonificación por servicios prestados, prima semestral, prima quinquenal, prima de navidad, prima técnica, vacaciones, bonificación por recreación, cesantías, intereses a las cesantías, sanción moratoria por el no pago de las cesantías, horas extra, recargos nocturnos y dominicales; indemnización por despido sin justa causa, pago de los aportes al sistema de seguridad social durante los año laborados, devolución de las cumas canceladas por mi poderdante por concepto de retención en la fuente, sanciones moratorias reconocidas en la ley por el no pago oportuno de las acreencias anteriormente señaladas, y demás que se encuentren acreditadas.
4. Que se indexen todos los valores que se reconozcan en favor del actor.
5. Que se condene en costas y agencias en derecho.

1.1.2 Fundamento fáctico

La demanda se fundamenta en los hechos que a continuación se sintetizan:

1. El señor Marco Aurelio Díaz Bonilla prestó sus servicios personales en el Sena en el cargo de instructor, en las áreas de seguridad y salud en el trabajo y salud ocupacional, entre el 27 de enero de 2010 y el 04 de

diciembre de 2019, siendo vinculado a través de contratos de prestación de servicios.

2. En el interregno existente entre la terminación de un contrato y la celebración de uno nuevo las instalaciones se encontraban cerradas por receso de actividades de fin de año. Es decir, la ejecución de los contratos se daba entre el comienzo y el fin de las actividades académicas.
3. El actor ejercía funciones propias del objeto misional de la entidad SENA, tales como: impartir formación profesional integral, aplicar las metodologías y criterios técnico pedagógicos establecidos por el SENA, evaluar a los aprendices, presentar en forma mensual reporte de las actividades académicas a la Coordinación Académica de la entidad, conformar el equipo de desarrollo curricular, formulando proyectos formativos, diseño de actividades de aprendizaje, diseño de talleres y bancos de pruebas, entre otros.
4. El Sena le asignó Coordinadores a las áreas en la que se desempeñó el actor, y aquellos, entre otros, impartían órdenes y dictaban directrices.
5. La labor fue desempeñada con elementos propios de la entidad, en las instalaciones de la misma, acatando los reglamentos, siguiendo las formas impartidas en las capacitaciones y sometida estrictos horarios, variables según las órdenes dadas, con jornadas completas presenciales de 40 horas semanales, trabajando sábados y en algunas ocasiones domingos y festivos.
6. La entidad demandada nunca efectuó el pago de cotizaciones al sistema de seguridad social, como tampoco efectuó incremento salarial alguno ni se le pagaron prestaciones salariales.
7. El día 12 de junio de 2020, el demandante solicitó el reconocimiento y pago de las acreencias laborales no pagadas y causadas entre los años 2010 a 2019.
8. El Sena, mediante Oficio No. 11-2-2020-021243 de 18 de junio de 2018, negó la solicitud presentada aduciendo la jurisprudencia colombiana establece el principio de la realidad sobre las formalidades no puede pasar por sobre los requerimientos establecidos en el país para acceder a la función pública.

1.1.3. Normas violadas.

De orden constitucional: Artículo 89, 2, 13, 52, 48, 53, 83, 89, 83, 93, 123 y 125 de la Constitución Política de Colombia y Convenio 111 de la OIT sobre la discriminación

De orden legal y reglamentario: Ley 6ª de 1945, artículo 17 literal A; Decreto 415 de 1979, Ley 244/95, artículos 1º y 2º; Ley 1437 de 2011, artículo 61; Ley 80 de 1993, artículo 32 numeral 3º; Ley 1150 de 2007, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, artículos 3 y 10; Ley 119 de 1994, artículos 37, 43, 45, 46; Código Sustantivo del Trabajo, artículos 10, 22, , 23, 64, 65, 127, 186, 230, 249, 306; Ley 909 de 2004, artículos 2, 27, 28, 37 y 41, Decreto 1458 de 2017, Decreto 2400 de 1968, artículo 2; Decreto 250 de 2004, 2989 de 2008, 4591 de 2011, 552 de 2017, Decreto 1424 de 1998 modificado por el Decreto 3009 de 2005 y Resolución 1458 de 2017.

1.1.4 Concepto de violación.

El apoderado de la parte actora considera que el acto acusado incurrió en infracción a las normas en que debía fundarse y desviación de poder. Como sustento de ello, sostiene que el cargo desempeñado por el demandante, esto es, el de instructor; está contemplado dentro de la planta de empleos del Sena, y pese a ello la mayoría de los empleos para dicho cargo son provistos a través del contrato de prestación de servicios. Igualmente, señala que a entidad demandada recurre a la figura del contrato de prestación de servicios para camuflar la relación laboral, y lo hace premeditadamente, de forma calculada y de mala fe.

De otra parte, manifiesta que los servidores públicos vinculados al Sena son empleados públicos o trabajadores oficiales, por tanto, se excluye la contratación de personal mediante contratos de prestación de servicios para desarrollar el objeto misional de la entidad.

1.2. TRÁMITE PROCESAL

1.2.1 Contestación de la demanda³

El Sena, en el memorial de contestación de la demanda, se opuso a las pretensiones de la demanda. Como sustento de su defensa la entidad demandada argumenta que el contrato celebrado entre las partes permitía que el demandante tuviera autonomía técnica, sin que estuviera bajo subordinación de la entidad.

³ Documento 9 del expediente digital.

De otra parte, sostiene que el hecho que el contratista realice actividades similares a las que desempeñan los funcionarios públicos, ello no implica que el empleo público exista, y menos aún, que fruto de esa apariencia se configura la existencia de una relación legal y reglamentaria. En efecto, en el desarrollo del contrato de prestación de servicios, no se dieron órdenes, pues simplemente se controla y se controla el resultado de acuerdo a los objetivos de la institución plasmados en el contrato, y en atención a la coordinación que existe en este tipo de vínculo contractual.

Asimismo, resalta que las pruebas allegadas al proceso no permiten acreditar los elementos constitutivos de una relación laboral, pues no se demostró la subordinación ni el carácter permanente de la actividad desarrollada por el demandante, por tanto, al no acreditarse ello, no es posible desvirtuar la presunción de legalidad que recae sobre el acto administrativo demandado.

Igualmente, señala que, para cumplir con su función misional, el Sena debe establecer las necesidades y la demanda de cada tipo de programa que se ofrezca, por tanto, es necesario contratar a algunos instructores, dada sus calidades y experiencia, a través de contratos de prestación de servicio.

Finalmente, indica que existe prescripción respecto de varios contratos de prestación de servicios, toda vez que existió interrupción en la prestación del servicio por periodos superiores a 15 días.

1.2.2 Audiencia Inicial⁴

En audiencia inicial el Despacho adelantó todas las etapas procesales contenidas en el artículo 180 del CPACA. Además, decretó las pruebas que consideró necesarias para resolver la cuestión objeto de debate.

1.2.3. Audiencia de pruebas⁵

En la audiencia de pruebas, el despacho corrió traslado a las partes de las pruebas decretadas, practicadas y oportunamente allegadas al expediente. Asimismo, se tomaron las declaraciones de los testigos (Elsa Díaz Flórez y Aleja Marlen Olivares Rojas) y el interrogatorio de parte del actor. Finalmente, se decidió prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento de que trata el artículo 182 del CPACA. En consecuencia, dispuso la presentación de alegatos por escrito.

⁴ Documentos 17-18 del expediente digital.

⁵ Documentos 25-26 del expediente digital.

1.2.4 Alegatos

Se presentaron en forma escrita, así:

Parte demandante⁶: Reiteró los argumentos expuestos en la demanda. Preciso que, de conformidad con las pruebas decretadas y practicadas dentro del proceso, se evidenció que, en realidad existía una relación laboral, pese a la denominación dada por las partes a los múltiples contratos celebrados entre aquellas. Asimismo, señala que las labores desarrolladas por el accionante eran funciones propias o misionales de la entidad demandada y de carácter permanente, pues la entidad cuenta con personal de planta que ejerce dichas funciones. Finalmente, destacó que la entidad demandada ha actuado de mala fe al vincular a través de contratos de prestación de servicios al demandante, toda vez que ha sido condenada varias veces por hechos similares hechos, y, a pesar de ello, insiste en el uso indebido de dicho contrato para menoscabar los derechos de los contratistas. Finalmente, destaca que la única diferencia los instructores contratistas y el personal de planta, es que los primeros, no perciben prestaciones, pero si deben hacer pagos y cotizaciones como independientes al sistema de seguridad social. De acuerdo con ello, la parte actora solicitó se acceda a las pretensiones de la demanda.

Parte demandada⁷: Ratificó los fundamentos de defensa contenidos en la contestación de la demanda. Igualmente, sostiene que con las pruebas allegadas al expediente no se pudo determinar la existencia de los tres elementos necesarios para que se configure una relación laboral, Sobre el punto en comento destaca que la parte demandante no acreditó la existencia de subordinación, pues no se acreditó que se hubieran impartido órdenes o se le hubieren hecho llamados de atención. Asimismo, destacó que el cumplimiento de un horario de trabajo no implica subordinación, sino coordinación, siendo este un elemento característico de los contratos de prestación de servicios. Finalmente, indicó que el demandante prestó sus servicios con autonomía técnica y financiera, pudiendo, incluso realizar otras actividades económicas.

De acuerdo a lo anterior, la parte demandada solicita se denieguen las pretensiones de la demanda.

El Agente del Ministerio Público guardó silencio en esta etapa procesal.

Cumplido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes,

⁶ Documento 27 del expediente digital.

⁷ Documento 28-29 del expediente digital.

2 CONSIDERACIONES.

2.1 PROBLEMA JURÍDICO

Como se determinó en la audiencia inicial al momento de fijar el litigio, el presente asunto pretende establecer: Si entre el señor Marco Aurelio Díaz Bonilla y el SENA, existió una relación laboral a pesar de que su vinculación se efectuó a través de contratos de prestación de servicios y, en razón a ello, el demandante tiene derecho al pago de las prestaciones sociales reclamadas.

2.2 HECHOS PROBADOS

Se demostraron en el proceso los hechos que a continuación se indican:

1. El señor Marco Aurelio Díaz Bonilla se vinculó con el SENA, a través de contratos de prestación de servicios, desde el 27 de enero de 2010 y el 04 de diciembre de 2019.
2. Que el día 12 de junio de 2020, el demandante solicitó el reconocimiento de la existencia de un contrato de trabajo entre aquel y el SENA, y, como consecuencia de ello, se reconociera y pagara las acreencias laborales no pagadas.
3. La entidad demandada negó las solicitudes del señor Marco Aurelio Díaz Bonilla, mediante Oficio No 11-2-2020-021243 de 18 de junio de 2020.

2.3 MARCO NORMATIVO.

Atendiendo lo anterior, el despacho procederá a efectuar el correspondiente análisis normativo y jurisprudencial relacionado con el presente asunto, para luego descender al caso concreto, y emitir el correspondiente pronunciamiento de conformidad con la fijación del litigio planteada.

2.3.1 La naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios.

Se ha indicado que la utilización del contrato de prestación de servicios previsto en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales, y conforme a ello, en aras de hacer triunfar la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarla, es dable acudir al precepto constitucional del artículo 53 de la C.P. que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones

laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones de quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos.

Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha establecido que los contratos de prestación de servicios personales son válidos constitucionalmente, siempre y cuando (i) no se trate de funciones propias y permanentes de la entidad; (ii) no puedan ser realizadas por el personal de planta, y (iii) requieran de conocimientos especializados; lo anterior, con el fin de garantizar el respeto del derecho al trabajo, los derechos de los servidores públicos y los principios que fundamentan la administración pública.

En tal sentido, aunque la legislación colombiana ha previsto la posibilidad de acudir a la contratación de prestación de servicios en los casos y para los fines previstos en la referida norma, también ha establecido limitantes para evitar el abuso de esta figura jurídica, como son, entre otras, el artículo 7 del Decreto 1950 de 1973⁸, la Ley 790 de 2002⁹ y la Ley 734 de 2002¹⁰, que prohíben la celebración de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente previstas en la ley o en los reglamentos para un empleo público, y sancionan al servidor que realice dicha contratación por fuera de los fines contemplados en el estatuto de contratación estatal, respectivamente.

Por otra parte, la Ley 909 de 2004, creó los empleos temporales dentro de la función pública como herramienta organizacional que pueden utilizar las entidades del Estado para atender necesidades funcionales excepcionales que no pueden ser solventadas con su personal de planta.

El artículo 21 de la mencionada ley dispuso:

⁸ “(...), **en ningún caso** podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, **en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto.**

La función pública que implique el ejercicio de la autoridad administrativa no podrá ser objeto de contrato ni delegarse en el personal vinculado mediante esta modalidad” (resaltado fuera de texto).

⁹ “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” (se subraya).*

¹⁰ *El artículo 48 establece 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”.*

Artículo 21. Empleos de carácter temporal.

1. De acuerdo con sus necesidades, los organismos y entidades a los cuales se les aplica la presente Ley, podrán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio. Su creación deberá responder a una de las siguientes condiciones:

- a) Cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración;
- b) Desarrollar programas o proyectos de duración determinada;
- c) Suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales;
- d) Desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución.

2. La justificación para la creación de empleos de carácter temporal deberá contener la motivación técnica para cada caso, así como la apropiación y disponibilidad presupuestal para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales.

3. El ingreso a estos empleos se efectuará con base en las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter permanente, sin que dichos nombramientos ocasionen el retiro de dichas listas. De no ser posible la utilización de las listas se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos.”

Se trata de empleos transitorios, creados para atender las necesidades enlistadas en el numeral 1, que requieren para su creación la justificación técnica, apropiación y disponibilidad presupuestal correspondiente.

Ahora bien, el contrato de prestación de servicios es una figura propia del derecho civil¹¹, adaptada por el legislador colombiano como una forma de contratación estatal, consistente en el acuerdo de voluntades entre un particular (persona natural) y la administración con la finalidad de ejecutar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, siempre y cuando el personal de la misma no pueda ejecutar dicha función, o en su defecto, las labores a ejecutar requieran conocimientos técnicos o especializados.

La Ley 80 de 1993 en su artículo 32, define el contrato de prestación de servicios, en los siguientes términos:

“(…)

3. 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.**

(…)” (Negrita del Despacho).

¹¹ Artículo 1945 Código de Procedimiento Civil “<DEFINICION DE CONTRATO O CONVENCION>. Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.”.

De la citada norma, se infiere que en ningún evento los contratos de prestación de servicios pueden llegar a concebir relaciones laborales, atendiendo que las formas de vinculación laboral al servicio público están expresamente definidas en el artículo 125 de la Constitución Nacional y en las leyes que lo reglamenten. Sin embargo, la realidad ha demostrado que la administración se ha valido del mencionado contrato, no sólo para evitar la carga salarial y prestacional que deviene de aquellas sino también con ánimo burocrático.

La Corte Constitucional, en sentencia C-154 de 1997, al pronunciarse respecto a la constitucionalidad del artículo 32 de la Ley 80 de 1993; estableció como elemento esencial del contrato de prestación de servicios la autonomía e independencia, y puntualizó las características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo. En efecto, en dicho proveído el máximo tribunal constitucional puntualizó que el elemento diferenciador entre el contrato de prestación de servicios y el contrato de trabajo, es la subordinación o dependencia que tiene el empleador respecto del trabajador, elemento que no hace parte del contrato de prestación de servicios.

De conformidad con lo dispuesto por la Corte Constitucional, se colige que en todo caso el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado, siempre y cuando se evidencie la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual emanará en favor del contratista el derecho al pago de prestaciones sociales y demás provenientes de la relación laboral, atendiendo al principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, contenido en el artículo 53 de la Constitución Política.

Sin embargo, las diferencias entre las mencionadas tipologías contractuales no se agotan con lo previamente enunciado. En efecto, el H. Consejo de Estado, en sentencia de Sala Plena del 18 de noviembre de 2003¹², señaló que la suscripción de contratos de prestación de servicios para ejecutar función pública debe ejercerse cuando: i) la función no pueda ser desarrollada por el personal de planta o ii) se trata de una actividad que requiera un conocimiento especializado. De ello se infiere que la prestación del servicio deba ejercerse en las instalaciones de la entidad contratante, pues en todo caso se trata de la ejecución de una función de la entidad. Además, en muchas ocasiones, es menester que las actividades desarrolladas por el contratista deban realizarse dentro de los horarios de atención al público. De manera que “En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales”.

¹² CE, SCA, Sentencia de 18 de noviembre de 2003, Radicación número: 17001-23-31-000-1999-0039-01(IJ).

Finalmente, el máximo tribunal de la jurisdicción de lo contencioso precisó que al contratista que, por virtud de la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, se le reconozca el pago de prestaciones y salarios, no puede otorgársele la calidad de funcionario, pues aquel no ha cumplido a cabalidad con todos los requisitos constitucionales y legales para tal efecto. Es decir, el contratista no ha sido nombrado ni ha tomado posesión de cargo, elementos estos distintivos de la relación laboral legal y reglamentaria.

De la lectura del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se colige que el contrato de servicios personales no se debe aplicar cuando el personal de planta sea insuficiente para cumplir con la función administrativa, sino que por el contrario, la aplicación de dicha figura es viable cuando las funciones a cumplir no estén asignadas al personal de la entidad, es decir, cuando se trate de desarrollar o ejecutar competencias que no son del giro ordinario de aquella, así lo ha precisado la Jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca¹³.

De lo anterior, se concluye que los contratos de prestación de servicios son una forma de apoyo a la gestión estatal, para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, siempre que no estén relacionadas con el giro ordinario de sus actividades y cuando no pueden ser desempeñadas por personal adscrito a la planta global de ésta.

El artículo 2 del Decreto 2400 de 1968¹⁴, modificado por el Decreto 3074 del mismo año, dispone:

“Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República.

Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.

Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones”.

¹³ TAC, S2, SS “C”, sentencia de 18 de noviembre de 2010, Rad. No. 2007-00307-01, Actor: Francisco Javier Valenzuela.

¹⁴ “Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones”.

La parte subrayada de la precitada disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-614 de 2009. Allí se indicó que la permanencia en la prestación del servicio es un elemento diferenciador que determina la existencia de una relación laboral. Sobre la norma en cuestión señaló que no es posible celebrar contratos de prestación de servicios cuando las funciones a desarrollar sean de carácter permanente en la administración pública, pues para ello deben crearse los empleos requeridos. De manera que

“... esa prohibición legal constituye una medida de protección a la relación laboral, pues no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal. En efecto, la norma impugnada conserva como regla general de acceso a la función pública el empleo, pues simplemente reitera que el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional y se justifica constitucionalmente si es concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del “giro ordinario” de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados.”

2.3.2. Principio de la prevalencia de la realidad sobre las formas en los contratos de prestación de servicios

La Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado, en su jurisprudencia, se han visto abocados a acudir a los principios constitucionales en la solución de controversias que tienen que ver con relaciones laborales disfrazadas mediante contratos de prestación de servicios u otra modalidad contractual, las cuales, como antes se indicó, se materializan con el principal propósito de evitar el pago de los beneficios prestacionales inherentes a las primeras.

Así, el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, resulta aplicable en aquellos eventos en los que a través de la figura del contrato de prestación de servicios se pretende evitar las obligaciones prestacionales y salariales derivadas de una relación laboral. De manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla.

En consecuencia, pese a que la forma o denominación del contrato sea la prestación de servicios, en todo caso se podrá demostrar la existencia de una **relación laboral** entre las partes, cuando la misma haya estado oculta bajo la figura del contrato de prestación de servicios, siempre y cuando se acredite la concurrencia de los elementos esenciales de la misma, esto es, una actividad en la entidad empleadora

que haya sido **personal**, que por dicha labor se haya recibido una **remuneración** o pago y, finalmente, se debe probar que en la relación existió **subordinación** o **dependencia**.

Las anteriores precisiones tienen plena vigencia cuando el actor pretende el reconocimiento de una **relación laboral** que lo vinculaba a la administración (trabajadores oficiales). No obstante, los anteriores criterios, propiamente el referente a la existencia de una subordinación, deben ser valorados en contexto cuando la demandante busca la declaratoria de la existencia de una **relación legal y reglamentaria** (empleado público), donde el criterio de subordinación tiene un alcance y connotación distinto al aplicable a los contratos de trabajo. Al respecto, es conveniente precisar lo siguiente:

- El empleado público no está sometido, en principio, a subordinación frente a un superior, la cual es propia de la relación laboral privada. Aquí la subordinación debe ser entendida como la obligación del servidor de obedecer y cumplir la constitución, las leyes y los reglamentos administrativos correspondientes.
- Para que una persona que se encuentre vinculada al Estado se entienda que desempeña un empleo público, es necesario que se den los elementos propios y atinentes a la existencia de los empleos estatales, los cuales son a saber: i) La existencia del empleo en la planta de personal de la entidad; ii) La determinación de las funciones propias del cargo ya previsto en la planta de personal; y iii) la previsión de los recursos en el presupuesto para el pago de los gastos que demande el empleo.
- Cuando el demandante pretenda la declaratoria de la existencia de la **relación legal y reglamentaria** entre éste y la Administración, en atención a que no ocupó un empleo público, sino que tuvo una vinculación contractual con el Estado, es indispensable que se acredite que las funciones que realizó están asignadas a un empleo que hace parte de la planta de personal, o que sean similares a las de un cargo de planta.

De conformidad con lo anterior, la persona que pretenda sea protegida en sus derechos prestacionales y salariales, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, respecto a la relación legal y reglamentaria, deberá acreditar:

- La existencia del empleo al que alega que estuvo vinculado, o que existan cargos con funciones similares a las que desarrolló.

- Deberá demostrar, además de la prestación personal del servicio y de la remuneración recibida, que las funciones desplegadas por éste se encuentran regladas, lo cual conlleva a concluir que estuvo **sometido** a lo dispuesto por la Ley y el Reglamento con relación a las mismas, y
- Debe acreditar que las funciones por éste desplegadas tienen plena relación con el objeto de la Entidad Pública donde prestó sus servicios.

Cuando se logre acreditar lo anterior, en desarrollo de los derechos constitucionales al trabajo y a la primacía de la realidad sobre las formalidades, el trabajador tendrá derecho a que se le reconozcan las prestaciones sociales dejadas de percibir, las cuales se le otorgarán a título de restablecimiento del derecho, sin que por ello se convierta en un empleado público.

En síntesis, la prohibición de vincular, mediante contratos de prestación de servicios, a personas que desempeñan funciones permanentes en la administración pública es una regla que se deriva directamente de los artículos 122 y 125 de la Constitución Política, y por tanto, como dijo la Corte Constitucional, resulta ajustado a la Constitución que el legislador haya prohibido a la administración pública celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente, porque para ello se requiere crear los empleos correspondientes.

3. Caso Concreto

De acuerdo con la fijación del litigio planteada, se pronunciará el Despacho respecto de la solicitud de nulidad del Oficio No. 11-2-2020-021243 del 18 de junio de 2020, suscrito por el Director Regional Distrito Capital del SENA, mediante el cual se niega la solicitud de acreencias y la declaratoria de la existencia del contrato realidad.

Así entonces, se procederá a establecer si concurren los elementos de una relación laboral, esto es, **prestación personal del servicio, remuneración y la continua subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador.**

Respecto del elemento de prestación personal del servicio, observa este Juzgador que el señor Marco Aurelio Díaz Bonilla prestó sus servicios al Servicio Nacional de Aprendizaje, como se evidencia en los contratos de prestación de servicios allegados al plenario.

De los contratos de prestación de servicios, igualmente, se logra establecer que la prestación del servicio del señor Marco Aurelio Díaz Bonilla como Instructor, se dio en los siguientes periodos:

No de contrato	Fecha de inicio	Fecha de terminación
100	27-01-2010	27-12-2010
16	17-01-2011	30-06-2011
569	11-07-2011	16-12-2011
68	20-01-2012	29-06-2012
598	04-07-2012	15-12-2012
335	18-01-2013	15-12-2013
1086	21-01-2014	13-12-2014
722	22-01-2015	12-12-2015
3190	02-02-2016	16-12-2016
2001	01-02-2017	15-12-2017
306	01-02-2018	15-12-2018
198	04-02-2019	04-12-2019

De otro lado, se encuentra acreditado en el expediente que la demandante percibía unos honorarios mensuales por concepto de la prestación del servicio, configurándose así, el segundo elemento constitutivo de una relación laboral, es decir, la remuneración.

Finalmente, respecto de la **subordinación laboral**, a juicio del despacho, la parte actora demostró el cumplimiento de horario laboral, cumplimiento de órdenes, llamados verbales de atención, y entre otros aspectos, que dan cuenta de la continua subordinación que existía respecto del señor Marco Aurelio Díaz Bonilla.

Sobre el particular, se resalta lo dicho por el señor Marco Aurelio Díaz Bonilla, en el interrogatorio de parte. Allí manifestó que su vinculación con el SENA se realizó a través de contratos de prestación de servicio, y que la finalidad u objeto de los mismos era la prestación de servicios profesionales como instructor en las áreas de trabajo ocupacional y seguridad en el trabajo. Igualmente, el demandante manifestó que debía cumplir sus funciones dentro del horario fijados trimestralmente por los coordinadores del SENA, sin que pudiera ser modificado o cambiado por él mismo. En efecto, destaca que, para realizar algún cambio en el horario, debía solicitar permiso a la respectiva coordinación. Incluso, en algunas ocasiones debía realizar otras labores fuera del horario fijado, entre ellas, las actividades relacionadas con la selección de los estudiantes.

De otra parte, el demandante, en el interrogatorio de parte, destacó que la labor de instructor no se podía desarrollar de forma autónoma, pues la coordinación académica daba instrucciones y ordenes, incluso, debía asistir a jornadas de capacitación.

Finalmente, el actor sostiene que, ocasionalmente, en horarios distintos a la prestación del servicio en el Sena, prestaba servicios de asesoría a algunas empresas. Sobre el particular, es preciso indicar, que la prestación del servicio en otra entidad ajena a la contratante, no es óbice para desconocer la subordinación laboral, dado que, justamente, el contratista en ningún evento tendrá la connotación

de funcionario público, en la medida que no cumple los requisitos previstos en la ley para tal efecto (nombramiento, posesión, etc.); por tanto, puede suscribir otros contratos o prestar otro tipo de servicios (asesorías).

Se destaca que, en este tipo de asuntos (contrato realidad), más allá de la liberalidad de profesión que ejerza el contratista, lo que debe establecerse es la configuración de una relación laboral, y, en particular, la existencia de la subordinación, pero no, si el contratista ejercía otras actividades económicas, a pesar que ello pueda constituir un indicio respecto de la autonomía de aquel, que, en todo caso, debe ser valorado por el juzgador junto con todas las pruebas allegadas al expediente.

Ahora bien, los testimonios de las señoras Elsa Díaz Flórez y Aleja Marlen Olivares, dan cuenta que el señor Marco Aurelio Díaz Bonilla cumplía un horario de trabajo, el cual era fijado por la entidad; recibía órdenes e instrucciones de la coordinadora académica, debía solicitar permisos para o ausentarse de las instalaciones de la entidad dentro del horario laboral. Igualmente, indicaron que el demandante no podía delegar sus funciones y su labor era desarrollada con elementos entregados por el hospital, salvo aquellos que tenían que comprar (bata y computador).

De otra parte, los testigos advirtieron que en la entidad demandada existían funcionarios de planta que cumplían las mismas funciones que el demandante.

Respecto de la prueba testimonial, se precisa que la misma no será tachada, dado que, a pesar de los testigos, sean demandantes en otros procesos, respectivamente; los deponentes por tener conocimiento directo del desarrollo del contrato, bajo el entendido que fueron compañeros de trabajo del actor, son los que están calificados para declarar sobre los hechos en los que sustenta la demanda.

Igualmente, la certificación allegada por la entidad demanda¹⁵, da cuenta que los contratos de prestación de servicios suscritos con el demandante tenían como objetivo la prestación de servicios profesionales para impartir **formación integral** “de acuerdo a las competencias requeridas en cada uno de los programas de titulada y complementaria que se le asigne, aplicando las metodologías y criterios técnico pedagógicos establecidos por el Centro de Gestión Industrial del SENA.”, función está que le es propia e inherente al Sena de Conformidad con lo establecidos en los artículos 2 y 4 de la Ley 119 de 1994¹⁶.

¹⁵ Páginas 59-73 del documento No. 9 del expediente digital.

¹⁶ “ARTÍCULO 2o. MISIÓN. El Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, está encargado de cumplir la función que corresponde al Estado de invertir en el desarrollo social y técnico de los trabajadores colombianos; **ofreciendo y ejecutando la formación profesional integral**, para la incorporación y el desarrollo de las personas en actividades productivas que contribuyan al desarrollo social, económico y tecnológico del país.
(...)

ARTÍCULO 4o. FUNCIONES. Son funciones del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, las siguientes: 1. Impulsar la promoción social del trabajador, **a través de su formación profesional integral**, para hacer de él

Asimismo, en dicha certificación, al observarse las obligaciones específicas del contrato, se colige que lo realmente ejecutado por el demandante eran funciones misionales de la entidad. Justamente, se advierte en las obligaciones contractuales la expresión “*para desarrollar labores propias de su cargo*”, la cual permite concluir, que, en efecto, el demandante cumplía una función propia de la entidad demandada. De modo que, las labores u obligaciones contractuales que debía ejecutar el accionante eran labores permanentes de la entidad demanda, y prueba de ello, es que su vinculación duro más de 9 años discontinuos. Además, la parte demandante allegó copia de las funciones desarrolladas por el Instructor 3010, Grado 01-20, en el área funcional de seguridad y salud en el trabajo¹⁷, lo que permite inferir que las obligaciones contractuales contraídas por el señor Marco Aurelio Díaz, en sí mismas deben ser ejercidas por un funcionario público, y, contrario, a lo afirmado por la parte pasiva, dichas labores son propias de la entidad, por tanto, no obedecen a la demanda o no de los programas o competencias ofrecidos por la entidad.

Ahora bien, es preciso indicarse que, si bien el contrato de prestación de servicios puede suscribirse con personas naturales cuando las actividades no puedan realizarse con el personal de planta, según lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993; ello acontece cuando las funciones o actividades que deban ser desarrolladas por el contratista no sean misionales, de modo la celebración del referido contrato es carácter alternativo y excepcional, de lo contrario estaría siendo un verdadero sustituto de la función pública¹⁸.

Basta recordar que, ante la insuficiencia de personal de la planta de personal para desarrollar actividades misionales de la entidad demandada, es necesario acudir a la creación de plantas temporales, de conformidad con lo previsto en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, mas no a la contratación del personal a través de los contratos de prestación de servicios.

un ciudadano útil y responsable, poseedor de valores morales éticos, culturales y ecológicos. (...) **Organizar, desarrollar, administrar y ejecutar programas de formación profesional integral**, en coordinación y en función de las necesidades sociales y del sector productivo. 4. Velar porque en los contenidos de los programas de **formación profesional** se mantenga la unidad técnica. (...). 6. **Adelantar programas de formación tecnológica y técnica profesional, en los términos previstos en las disposiciones legales respectivas.** 7. **Diseñar, promover y ejecutar programas de formación profesional integral para sectores desprotegidos de la población.** (...) 9. **Organizar programas de formación profesional integral** para personas desempleadas y subempleadas y programas de readaptación profesional para personas discapacitadas. 10. Expedir títulos y certificados de los programas y cursos que imparta o valide, dentro de los campos propios de la formación profesional integral, en los niveles que las disposiciones legales le autoricen. 11. Desarrollar investigaciones que se relacionen con la organización del trabajo y el avance tecnológico del país, en función de los programas de formación profesional. 12. Asesorar al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en la realización de investigaciones sobre recursos humanos y en la elaboración y permanente actualización de la clasificación nacional de ocupaciones, que sirva de insumo a la planeación y elaboración de planes y programas de formación profesional integral. 13. Asesorar al Ministerio de Educación Nacional en el diseño de los programas de educación media técnica, para articularlos con la formación profesional integral. 14. Prestar servicios tecnológicos en función de la formación profesional integral, cuyos costos serán cubiertos plenamente por los beneficiarios, siempre y cuando no se afecte la prestación de los programas de formación profesional.” (énfasis agregado).

¹⁷ Páginas 228-231 del documento 1 del expediente digital.

¹⁸ CE, S3, sentencia del 08 de junio de 2011, Exp. N°. 41001-23-31-000-2004-00540-01 (AP).

Corolario de lo anterior, es válido afirmar que durante el tiempo que duró la relación entre el señor Marco Aurelio Díaz Bonilla y el SENA, pese a las diferentes denominaciones, existió una relación laboral, encubierta por contratos de arrendamiento y prestación de servicios. De ello, se concluye que en este caso se configura el contrato realidad en aplicación de los principios consagrados en el artículo 13 y 53 de la Carta Política, en tanto, que el demandante prestó sus servicios como el Instructor 3010, Grado 01-20 (Seguridad y salud en el trabajo), de manera subordinada desde el 27 de enero de 2010 hasta el 04 de diciembre de 2019.

Aquí el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando por encontrarse demostrada la concurrencia de los tres elementos constitutivos de la relación laboral, es decir, cuando: i) la prestación de servicio es personal; ii) subordinada de manera continuada; y iii) remunerada.

En efecto, la parte actora logró demostrar la existencia de una **relación laboral** entre las partes, toda vez que la misma estuvo oculta bajo la figura del contrato de prestación de servicios, el servicio prestado por la accionante fue **personal**, y con ocasión a la prestación de sus servicios a la entidad, recibió una **remuneración**. Finalmente, se demostró que en la relación existió **subordinación**. En este sentido es del caso recordar que, demostrada **la relación laboral oculta** detrás de un contrato de prestación de servicios, el efecto normativo y garantizador del principio de primacía de la realidad sobre las formas se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales del trabajador, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal.

En todo caso, acreditada la existencia de una relación laboral, el demandante tendrá derecho a que se protejan sus derechos al trabajo y a la seguridad social, y a que, en virtud de los principios de equidad y prevalencia de la realidad sobre las formas, se condene a la entidad demandada a reconocerle y pagarle las prestaciones sociales que le debieron haber sido sufragadas.

Decisión:

El Despacho encuentra probada la existencia de la relación laboral quedando demostrado el incumplimiento del SENA, en el pago de las acreencias laborales causadas en favor del señor Marco Aurelio Díaz Bonilla durante el tiempo trabajó como Instructor, por lo que la presunción de legalidad que cobijaba el Oficio No. 11-2-2020-021243 del 18 de junio de 2020, expedido por el Director Regional Distrito Capital, ha sido desvirtuada, razón por la cual se declarará su nulidad.

Como restablecimiento del derecho, el despacho ordenará en favor de la demandante el reconocimiento y pago de subsidio de alimentación, bonificación por

servicios prestados, prima semestral, prima quinquenal, prima de navidad, prima técnica, vacaciones en dinero, bonificación por recreación, cesantías, intereses a las cesantías, si a ellas hubiere lugar; así como también, al reintegro del porcentaje erogado por concepto de aportes pensionales. Se precisa que solo deberá devolverse al porcentaje que por ley le corresponde pagar el empleador, y que, en todo caso, los valores reconocidos en favor del demandante deberán calcularse con lo que percibe un Instructor 3010, Grado 01-20 (Seguridad y salud en el trabajo).

Ahora bien, es del caso precisar que el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público. Por ello, no se reconocerán las primas extralegales, dado que las mismas tienen origen convencional, y, por tanto, solo pueden reconocerse a los servidores públicos, calidad que como antes se indicó no puede otorgarse a los contratistas. Al respecto, el H. Consejo de Estado señaló lo siguiente:

“(…)

El actor pretende que se le reconozcan los derechos prestacionales como consecuencia de la existencia del contrato realidad en la prestación del servicio a la E.S.E. Francisco de Paula Santander; Sin embargo, como en anteriores oportunidades lo ha precisado esta Corporación¹⁹, bajo la figura del contrato realidad no es posible otorgarle al actor la calidad de empleado público o trabajador oficial, pues fue vinculado mediante contratos de prestación de servicios, lo cual impide que sea beneficiario de la Convención Colectiva celebrada entre el I.S.S. y su sindicato de trabajadores.

En consecuencia, el interesado no se puede beneficiar de la referida Convención, pues, aunque demostró que prestó sus servicios en la entidad demandada, tal situación no implica que éste goce de la calidad de trabajador oficial. (…)²⁰.

Igualmente, no se reconocerá el pago de horas extras o trabajo suplementario y o diferencias salariales, por cuanto el pago de honorarios estaba sujeto a las condiciones establecidas en los contratos de prestación de servicios. Lo anterior, por cuanto, “durante la vinculación contractual, el actor no estuvo sujeto a la jornada ordinaria laboral prevista en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 en el entendido de que su condición no era la propia de un empleado público”²¹. En este sentido, se precisó el Consejo de Estado que “los efectos patrimoniales de la declaratoria de un contrato realidad no pueden consistir en el reintegro como restablecimiento del derecho, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pero en cambio sí deberá comprender el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas.”²²

¹⁹ CE, SCA, S2, SS “B” Sentencia de 2 de mayo de 2013, Rad. No. 050012331000200700123 02 (2467-2012), Actor: Elkin de Jesús Agudelo Ortega.

²⁰ CE, SCA, S2, SS “B”, sentencia de 13 de mayo de 2015, Rad. No.: 68001-23-31-000-2009-00636-01(1230-14), Actor: Antonio José Gómez Serrano.

²¹ CE, SCA, S2, SS “B”, sentencia de 06 de octubre de 2016, Rad. N°. 66001-23-33-000-2013-00091-01 (0237-14), Actor: Miguel Ángel Castaño Gallego.

²² Idem.

Respecto a la devolución de aportes en seguridad social a riesgos, caja de compensación y salud, dada su naturaleza, no son objeto de reintegro o devolución a favor del demandante, pues la prestación emanada de dichos aportes no puede repercutir en un beneficio económico a favor del contratista, en la medida que aquel efectuó las cotizaciones respectivas de acuerdo a su condición de contratista. En efecto, los referidos aportes se realizan con la finalidad de acceder a la prestación de un determinado servicio, por tanto, en la medida que el contratista realice el pago de los aportes tiene derecho a la prestación de un servicio, el cual no puede ser garantizado de manera retroactiva. Sobre el particular, el Consejo de Estado, en sentencia de 18 de marzo de 2021, precisó que los aportes efectuados a seguridad social (pensión, salud y demás) son:

“de obligatorio pago y recaudo para fines específicos y no constituyen un crédito a favor del contratista, por lo tanto, no es dable que se le sufraguen directamente al interesado. En consecuencia, resulta improcedente que se disponga el reembolso por los mencionados conceptos en la forma solicitada por la demandante, que será negado”²³.

Aunado a lo expuesto, se destaca que, de conformidad con la tercera regla jurisprudencial fijada en la sentencia de unificación de 09 de septiembre de 2021²⁴, aclarada mediante proveído de 11 de noviembre de 2021, resulta improcedente la devolución de aportes al sistema de seguridad social en salud que el contratista hubiere realizado, en la medida que se tratan de aportes parafiscales.

Se advierte que no es posible acceder al reconocimiento de la indemnización y sanción moratoria, comoquiera que la declaración del derecho en favor de la parte demandante solo se produce a partir del presente proveído, por tanto, la administración no podía incurrir en mora respecto de una prestación que no había sido reconocida ni legal ni judicialmente.

Finalmente, en lo concerniente a la devolución de lo descontado por concepto de retención en la fuente o rete ICA, se advierte que según lo indicado por el Consejo de Estado²⁵, la declaración de existencia de una relación laboral *no implica per se la devolución de sumas de dinero que se generaron en virtud de la celebración contractual, pues la finalidad del restablecimiento del derecho es el reconocimiento de emolumentos salariales y prestacionales dejados de percibir con la relación laboral oculta más no la devolución de sumas pagadas con ocasión de la*

²³ CE, SCA, S2, SS “B”, Rad. No. 20001-23-33-000-2014-00151-01 (1318-16), Actor: Ana Isabel Ochoa Tamara, Demandado: Departamento Del Cesar – Asamblea.

²⁴ CE, SCA, S2, SUJ-025-CE-S2-2021 de 09 de septiembre de 2021.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencia de 13 de mayo de 2015, radicación número: 68001-23-31-000-2009-00636-01(1230-14), Actor: Antonio José Gómez Serrano, Demandado: ESE Francisco De Paula Santander en Liquidación

celebración del contrato, razón por la cual no hay lugar a la devolución del valor de lo erogado por dichos impuestos.

Por las razones que anteceden, y al haberse desvirtuado la presunción de legalidad de los actos acusados, la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E., actualizará los valores o sumas reconocidas en favor de la accionante, teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por la accionante de la liquidación de sus prestaciones, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

Es claro que, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la acusación de cada uno de ellos.

Prescripción:

El Decreto 3135 de 1968 reglamentado por el Decreto 1848 de 1969 en su artículo 102 establece la prescripción de 3 años a partir de que la respectiva obligación se haya hecho exigible; sin embargo, en tratándose de la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre la formalidad (art. 53 C.N.) el H. Consejo de Estado en sentencia del 09 de abril de 2014, Exp. N°. 20001233100020110014201 (0131-13), precisó que “...*la solicitud de la declaración de la existencia de la relación laboral, debe hacerse dentro de los 3 años siguientes al rompimiento del vínculo contractual, so pena de que prescriba el derecho a que se haga tal declaración. ...*”, posición reiterada en sentencia SUJ-025-CE-S2-2021 de 09 de septiembre de 2021, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, aclarada mediante proveído de 21 de noviembre de 2021.

Así las cosas, y como quiera que existieron interrupciones en la celebración de los contratos de prestación de servicios mayores a 30 días, se advierte que cada vínculo contractual es distinto, por tanto, la prescripción debería aplicarse en tal sentido; sin embargo, y atendiendo la consideración expuesta en la sentencia de unificación de 09 de septiembre de 2021, considera el despacho que el término de interrupción allí establecido, no es aplicable en el presente asunto, toda vez que las

interrupciones entre contrato y contrato se daban con ocasión de la finalización e inició del año académico, periodo en el cual los instructores del Sena toman su periodo de vacaciones.

De acuerdo a lo expuesto, y teniendo en cuenta que el demandante presentó la solicitud de reconocimiento de salarios y prestaciones derivadas de la existencia de una relación laboral, el día **12 de junio de 2020**, se encuentra que no existe prescripción de las relaciones laborales, toda vez que el último contrato de prestación de servicios finalizó el 04 de diciembre de 2019.

Se precisa que existió solución de continuidad respecto de los periodos comprendidos entre el 28 de diciembre de 2010 hasta el 16 de enero de 2011, desde el 01 hasta el 10 de julio de 2011, desde el 17 de diciembre de 2011 hasta el 19 de enero de 2012, desde el 30 de junio de 2012 hasta el 04 de julio de la misma anualidad, desde el 16 de diciembre de 2012 hasta el 17 de enero de 2013, desde el 16 de diciembre de 2013 hasta el 20 de enero de 2014, desde el 14 de diciembre de 2014 hasta el 21 de enero de 2015, desde el 13 de enero de 2015 hasta el 01 de enero de 2016, desde el 17 de diciembre de 2016 hasta el 31 de enero de 2017, desde el 16 de diciembre de 2017 hasta el 31 de enero de 2018 y desde el 16 de diciembre de 2018 hasta el 03 de febrero de 2019, por tanto, en dichos lapsos, no hay lugar a reconocimiento alguno de prestaciones.

Condena en costas

Con relación a la condena en costas y agencias en derecho, el artículo 188 del CPACA, señala que *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”*

El término dispondrá de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es sinónimo de “decidir, mandar, proveer”, es decir, que lo previsto por el legislador en la norma no es otra cosa que la facultad que tiene el juez para pronunciarse sobre la condena en costas, y decidir si hay o no lugar a ellas ante la culminación de una causa judicial.

La norma contenida en el citado artículo 188 del CPACA, no impone al funcionario judicial la obligación de condenar de manera consecencial en costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

Ha precisado el Honorable Consejo de Estado en diversas decisiones de distintas Secciones²⁶ la improcedencia de la condena en costas si no se supera la valoración

²⁶ CE, SCA; S2, SS “B”, sentencia de 28 de octubre de 2016, Rad. No.: 70001-23-33-000-2013-00213-01(3649-

mínima o juicio de ponderación subjetiva de la conducta procesal asumida por las partes y la comprobación de su causación. Señala que con la adopción del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, el legislador abandonó de manera parcial el criterio subjetivo que venía imperando en este tipo de asuntos para dar paso, según se advierte en el artículo 188 ibidem, a la valoración objetiva frente a la imposición, liquidación y ejecución de las costas procesales.

Corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma. Luego de ello, si hay lugar a imposición, el juez debe verificar que las costas se causaron con el pago de gastos ordinarios y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Lo anterior en consonancia con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso.

Ello implica que disponer en la sentencia sobre la condena en costas no presupone su causación per se contra la parte que pierda el litigio y solo, en caso de que estas sean impuestas, se acudirá a las normas generales del procedimiento para su liquidación y ejecución

Así las cosas, en el presente caso, frente al resultado adverso a los intereses de la parte vencida, se tiene que el derecho de defensa ejercido por la demandada estuvo orientado a la protección del acto acusado, el cual estaba revestido de presunción de legalidad.

De igual forma, en lo que concierne a la actividad judicial propiamente dicha, no se observa que la parte vencida haya empleado maniobras temerarias o dilatorias en la defensa de sus intereses, razón suficiente para abstenerse de imponer condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Seis Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

14). Actor: Manuel Wadis Rodríguez Jiménez.

* CE, SCA, S2, SS "B", sentencia de 3 de noviembre de 2016, Rad. N°. 25000-23-42-000-2013-01959-01(2655-14). Actor: Teresa Elena Sánchez Bermúdez.

* CE, SCA, S2, SS "B", sentencia de 1 de enero de 2017, Rad. N°. : 27001-23-33-000-2014-00040-01(4693-14). Actor: Ana Orfilia Palacios De Mosquera.

* CE, SCA, S4, sentencia de 20 de febrero de 2017, Rad. N°. : 05001-23-33-000-2012-00110-01(20429). Actor: Cooperativa de Consumo.

FALLA

PRIMERO. DECLARAR LA NULIDAD del Oficio No. 11-2-2020-021243 del 18 de junio de 2020, expedido por el Director Regional Distrito Capital del SENA, por medio de la cual se negó el reconocimiento de la existencia de una relación laboral entre el señor Marco Aurelio Díaz Bonilla y el Sena, y, en consecuencia, el reconocimiento y pago de salarios y prestaciones salariales y sociales causadas entre el 27 de enero de 2010 y el 04 de diciembre de 2019, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se **CONDENA** al SENA a:

- a.) RECONOCER y PAGAR al señor MARCO AURELIO DÍAZ BONILLA, identificado con C.C. No. 14.238.872, la prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados, bonificación por recreación, vacaciones en dinero, prima quinquenal, subsidio de alimentación, cesantías e intereses a las cesantías tomando como base para la liquidación respectiva el salario legalmente establecido para el cargo de Instructor 3010, Grado 01-20 (Seguridad y salud en el trabajo). o a un cargo equivalente en la actualidad.

Lo anterior, deberá realizarse durante los periodos comprendidos entre el **27 de enero de 2010 y el 04 de diciembre de 2019**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva. De ello se deberá descontar los periodos en los que existió solución de continuidad, a saber: Desde el 28 de diciembre de 2010 hasta el 16 de enero de 2011, desde el 01 hasta el 10 de julio de 2011, desde el 17 de diciembre de 2011 hasta el 19 de enero de 2012, desde el 30 de junio de 2012 hasta el 04 de julio de la misma anualidad, desde el 16 de diciembre de 2012 hasta el 17 de enero de 2013, desde el 16 de diciembre de 2013 hasta el 20 de enero de 2014, desde el 14 de diciembre de 2014 hasta el 21 de enero de 2015, desde el 13 de enero de 2015 hasta el 01 de enero de 2016, desde el 17 de diciembre de 2016 hasta el 31 de enero de 2017, desde el 16 de diciembre de 2017 hasta el 31 de enero de 2018 y desde el 16 de diciembre de 2018 hasta el 03 de febrero de 2019

- b) **PAGAR** al señor LUÍS ALFONSO RODRÍGUEZ VILLANUEVA, identificado con C.C. No. 79.771.186; la cuota parte correspondiente de los aportes pensionales, en tanto, la demandante acredite haberla sufragado durante el periodo comprendido entre el **27 de enero de 2010 y el 04 de diciembre de 2019**.

En todo caso deberán efectuarse las cotizaciones por el valor de la diferencia existente entre el valor cotizado como contratista y el valor que debió cotizarse como de Instructor 3010, Grado 01-20 (Seguridad y salud en el trabajo).

c) **ACTUALIZAR** las sumas debidas conforme al inciso final del artículo 187 del CPACA, de conformidad con fórmula expuesta en la parte motiva del presente proveído:

TERCERO. Se ORDENA dar cumplimiento a esta providencia con observancia de lo dispuesto en los Artículos 192 y 195 del CPACA.

CUARTO. NIEGANSE las demás pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente fallo

QUINTO. No condenar en costas, conforme se advierte en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO. Notifíquese personalmente esta decisión a la Procuraduría Judicial delegada ante esta Dependencia Judicial.

SÉPTIMO. Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución del remanente de los dineros consignados para gastos del proceso en caso de que lo hubiere.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Juez

Firmado Por:

Elkin Alonso Rodriguez Rodriguez
Juez
Juzgado Administrativo
Oral 046
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

EXPEDIENTE No: 11001-33-42-046-2020-00321-00
DEMANDANTE: MARCO AURELIO DÍAZ BONILLA
DEMANDADO: SENA

Código de verificación:

3bc3938a361f320a4d2399e3bdc650af3d5be1df05c163658a554fb7b6f9f606

Documento generado en 11/02/2022 08:18:42 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente
URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**