

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO CUARENTA Y SIETE
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de junio de dos mil veinte (2020)

Clase de Proceso : **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Demandante : **DIANA PATRICIA O'MEARA SARMIENTO**
Demandado : **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA**
Radicación : **No. 11001-33-42-047-2019-00032-00**
Asunto : **CONTRATO REALIDAD**

Como toda la actuación de la referencia se ha efectuado conforme a las reglas adjetivas que le son propias, sin que se observe causal alguna que invalide lo actuado, es procedente proferir decisión de mérito, para lo cual el **Juzgado Cuarenta y siete Administrativo del Circuito de Bogotá**, en ejercicio legal de la Función Pública de administrar Justicia que le es propia, y con observancia plena al derecho aplicable, dicta la presente

S E N T E N C I A

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA:

1.1.1 ASUNTO A DECIDIR Y COMPETENCIA

Con fundamento en los artículos 187 y 189 del CPACA, procede el Despacho a decidir en primera instancia, el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho regulada por el artículo 138 ibídem, promovida por la señora **DIANA PATRICIA O'MEARA SARMIENTO** actuando mediante apoderado judicial contra **el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA**.

1.1.2 PRETENSIONES¹

¹ Ver fls.3-5 del exp.

1. Que se declare nula la resolución No 2-22018-001247 de 09 de abril del año 2018, mediante el cual se negó el pago a mi poderdante de las sumas de dinero correspondientes a la seguridad social integral (PILA) dejadas de percibir desde el el (sic) 3 de mayo de 2010 hasta el 02 de octubre de 2015.
2. Como restablecimiento del derecho se declare que entre La señora DIANA PATRICIA OMEARA SARMIENTO y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA Regional Distrito Capital, existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 3 de mayo de 2010 hasta el 2 de octubre de 2015, dentro del cual el actor trabajó bajo su dependencia y subordinación.
3. Declarar que a mi mandante le vulneraron sus derechos como trabajador teniendo en cuenta que a la fecha no se le han pagado sus acreencias laborales, tales como cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios aportes hechos al sistema de seguridad social en pensiones y salud, pagos efectuados por pólizas y retención en la fuente en reconocimiento y pago de los perjuicios y costas en el proceso, de la vinculación laboral de la señora DIANA PATRICIA OMEARA SARMIENTO desde el 3 de mayo de 2010 hasta el 2 de octubre de 2015.
4. Que como consecuencia de la anterior declaración se restablezca a la señora DIANA PATRICIA OMEARA SARMIENTO en su derecho, mediante el reconocimiento y pago de las acreencias laborales causadas desde su vinculación con el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA, desde el 3 de mayo de 2010 hasta el 2 de octubre de 2015.
5. Como restablecimiento del derecho se declare que durante el tiempo que duró la relación laboral entre mi representado y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA, esa entidad no le canceló sus acreencias por derechos laborales.
6. Como restablecimiento del derecho se declare que el último salario devengado por la señora DIANA PATRICIA OMEARA SARMIENTO como empleado el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA, fue la suma de \$3.259.426,00.
7. Como restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada al pago del salario que realmente tenía derecho, conforme el cargo y funciones que en la realidad desempeñaba en igualdad de condiciones que tenía para la época un Instructor de Planta de la entidad demandada.
8. Como restablecimiento del derecho se condene a la entidad demandada al reconocimiento y pago a la parte actora de los Intereses a las cesantías causados durante todo el tiempo laborado.
9. Como restablecimiento del derecho se condene a la entidad demandada al reconocimiento y pago a la parte actora de las primas de servicio causadas durante todo el tiempo laborado.
10. Como restablecimiento del derecho se condene a la entidad demandada al reconocimiento y pago a la parte actora de las primas de vacaciones causadas durante todo el tiempo laborado.
11. Como restablecimiento del derecho se condene a la entidad demandada al reconocimiento y pago a la parte actora de las vacaciones causadas durante todo el tiempo laborado.
12. Como restablecimiento del derecho se condene a la entidad demandada al reconocimiento y pago a la parte actora de las primas de navidad causadas durante todo el tiempo que duró la relación laboral.
13. Como restablecimiento del derecho se condene a la entidad demandada al reconocimiento y pago a la parte actora de las bonificaciones por servicios prestados causadas durante todo el tiempo que duró la relación laboral.
14. Como restablecimiento del derecho se condene a la entidad demandada al reconocimiento y pago a la parte actora de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones durante toda la relación laboral en la cuantía que debía pagar como empleadora.
15. Como restablecimiento del derecho se condene a la entidad demandada al reconocimiento y pago a la parte actora los aportes al sistema de seguridad social en salud durante toda la relación laboral en la cuantía que debía pagar como empleadora.
16. Condenar a la entidad demandada a reembolsar a la parte actora los pagos efectuados por pólizas de cumplimiento y retención en la fuente efectuados por encima de lo legal, al tratarse en la realidad de un empleado del estado y no de un contratista.
17. Que la condena respectiva sea actualizada conforme lo prevé el Inciso 4° del Artículo 187 de la ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A), aplicando los ajustes de valores desde

la fecha de desvinculación hasta la fecha en que se realice el pago total de las condenas.

18. *Como restablecimiento del derecho se condene a la entidad demandada a pagar a mi Representada, los intereses moratorios generados por falta de pago de prestaciones sociales y demás acreencias laborales causadas durante toda la relación laboral.*
19. *Que la sentencia que ponga fin al proceso se le dé cumplimiento dentro del término previsto en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA).*
20. *Condenar a la demandada al pago de cualquier otro derecho legal o extralegal con base a los hechos probados dentro del proceso en que pueda ser condenada ultra y extrapetita.*
21. *Condenar a la demandada al pago de los perjuicios y costas del proceso, conforme lo dispuesto en el Art. 188 de la ley 1437 de 2011(C.P.A.C.A).*
22. *Que se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término de establecido por el señor juez.*

1.3. HECHOS²

1.3.1. Hechos Relevantes

Los principales hechos el Despacho los resume así:

- La señora Diana Patricia O'meara Sarmiento estuvo vinculada al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA desde el 03 de mayo de 2010 hasta el 26 de octubre de 2015, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios sin solución de continuidad, para desempeñar el cargo de Instructor.
- La actora desarrolló sus actividades laborales en forma personal y directa en las instalaciones del SENA, utilizando los elementos de apoyo de propiedad de la entidad accionada propios del cargo que desempeñaba "instructor".
- Las labores asignadas a la demandante también eran desempeñaban por los empleados de planta del SENA.
- La demandante cumplió los mismos horarios de trabajo asignados por el SENA a los demás trabajadores de planta.
- El último salario mensual devengado por la señora Diana Patricia O'meara Sarmiento fue por el valor de \$3.259.428.
- Al terminar el vínculo laboral con la entidad accionada, ésta no le pagó sus prestaciones sociales, aportes al sistema de seguridad social en pensiones y salud entre otros.
- Mediante petición de fecha 15 de marzo de 2018, la actora solicitó a la entidad demandada el reconocimiento y pago de: I) el dinero

² Ver fls. 1-3 del exp.

correspondiente a la seguridad social integral (PILA), II) sus acreencias laborales por el tiempo laborado y III) que los dineros liquidados se realicen con base en el último salario percibido y que sean debidamente indexados.

- Por oficio No 2-2018-001247 de 09 de abril de 2018, la entidad accionada negó lo peticionado.
- Se solicitó la conciliación prejudicial, la cual se declaró fallida por falta de ánimo conciliatorio.

1.1.4. Normas Violadas

Fundamentos de derecho

Fueron señaladas como transgredidas, las siguientes disposiciones:

De orden constitucional:

Artículos 2, 5, 6, 13, 25, 53 y 58

De orden legal:

Leyes 242 de 1995; 734 de 2002 artículos 25, 27 y 48; 80 de 1993 art. 32 numeral 3; 790 de 2002 art. 17; 909 de 2004 y 1437 de 2011.

Decreto 1042 de 1978, 1045 de 1978, 1750 de 2003, 4171 de 2009.

Jurisprudencial

Sentencia C-154 de 1997.

II. POSICIÓN DE LAS PARTES

2.1 Demandante:

La posición de la demandante la podemos extraer del acápite de "CONCEPTO DE SU VIOLACIÓN"³, contenido en libelo introductorio de la acción, así:

³ Ver fls. 6-11 del exp.

- Manifiesta que la entidad accionada ha lesionado a la demandante sus derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo y estabilidad laboral, al haber escondido una verdadera relación laboral bajo la figura de los contratos de prestación de servicios u órdenes de servicios.
- Indica que en el presente caso se puede evidenciar que existe una franca vulneración al derecho de la igualdad por parte de la entidad accionada, toda vez, que al contratar a la demandante desde el 22 de enero de 2010 hasta el 21 de octubre de 2015, no cubrió sus derechos y garantías laborales establecidas en la Ley, al beneficiarse de su trabajo personal y subordinado.
- Señala que el principio de la realidad sobre las formas fundamenta el presente caso, como quiera, que se encuentran reunidos los tres elementos que estructuran una vinculación laboral dependiente como son: la subordinación jurídica o dependencia, la prestación personal del servicio, y la remuneración.
- Transcribe apartes de sentencias dictadas por el Consejo de Estado que hacen relación al caso que aquí se debate y, refiere que conforme a estas la naturaleza de la labor de la demandante como docente o instructor del SENA fue de carácter laboral dependiente o subordinada, existiendo elementos probatorios que acreditan esa realidad, realizando las mismas labores que un empleado público, lo cual debe dar lugar a la declaratoria de nulidad del acto administrativo demandado y al reconocimiento y pago de cada una de sus prestaciones sociales debidamente indexadas.
- Argumenta que la finalidad de los contratos de prestación de servicios es cubrir funciones que no puedan ser desempeñadas por funcionarios de planta, no generando relación laboral; sin embargo, cuando se vislumbran elementos como la subordinación o dependencia, la prestación personal del servicio y la remuneración, se configura una relación laboral independiente de la forma de vinculación.

2.2. Demandado:

La entidad accionada a través de apoderada contestó la demanda en tiempo. La posición del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, la podemos extraer del acápite de “FUNDAMENTOS Y RAZONES DE DEFENSA”⁴ contenido en la contestación de la acción, así:

⁴ Ver fls. 111-114 del exp.

- Indica que lo manifestado por la actora en el líbello de demanda concerniente al desempeño de sus funciones en condición de subordinación y dependencia, carece de verdad procesal, pues lo que sí existió fue una relación contractual regida por la Ley 80 de 1993.
- Señala que en cada uno de los contratos suscritos con la demandante se definió de manera clara la forma en la que debía pagarse los honorarios correspondientes y los servicios que debía desarrollar la contratista, así mismo, fueron liquidados los honorarios (no salario) pactados por los servicios prestados.
- Refiere que en relación a los contratos de prestación de servicios, vale la pena señalar aquellos casos en los que la entidad pública requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional esto es, atendiendo a la naturaleza de la entidad, el SENA imparte horas de formación propias de la educación no formal, que son aquellas ofrecidas por una persona natural contratada para ejecutar sus servicios por un determinado número de horas como evaluador o instructor, impartiendo conocimiento especializado e instrucción sobre un área técnica establecida dentro de un módulo dictado en un programa impartido por la entidad.

Por lo anterior, las personas naturales o jurídicas vinculadas a la administración mediante un contrato de prestación de servicios realizan actividades con autonomía técnica administrativa y financiera y sin subordinación; no se dan órdenes simplemente se supervisa y controla el resultado de acuerdo con los objetivos de la institución y que se plasmaron en el contrato suscrito por el contratista no del cómo se realiza, por lo tanto, existe autonomía para fijar las condiciones del cumplimiento del servicio y solo tienen derecho al pago de los honorarios expresa y previamente convenido en los respectivos contratos.

- Citó apartados jurisprudenciales de la Corte Constitucional en relación a la celebración del contrato de prestación de servicios el cual debe ser utilizado en aquellos eventos en que la función no puede ser desarrollada por los empleados de planta o cuando se requiera de conocimientos especializados.
- Argumenta que la contratación de los evaluadores o Instructores del SENA, a través de la modalidad de contrato de prestación de servicios se genera atendiendo diversos factores como los son: i) la demanda de número de

estudiantes, la cual es variable en cada periodo y ii) a las materias que el mundo moderno demanda en temas de educación y formación con aprendices haciendo variar las necesidades y demanda dependiendo del tipo de programa que se ofrezca.

Y por estas dos situaciones la labor de evaluación e instrucción no alcanza a cumplirse con el personal de planta de la entidad y para esos casos la Ley 80 de 1993 y el Decreto 2400 de 1968 autorizan la contratación por medio del contrato de prestación de servicios.

III. TRAMITE PROCESAL

La demanda se presentó el 06 de febrero de 2019 (fl. 59); se admitió mediante auto calendado el 26 de abril de 2019, se notificó a la entidad demandada según se verifica a folios 64-68 del expediente, enterada contestó la demanda oportunamente (fls 110-116), se llevó a cabo la audiencia inicial el día 09 de diciembre de 2019 (fls. 132-133), en la que se surtió las etapas de saneamiento, decisión de excepciones previas, fijación del litigio, posibilidad de conciliación, se tuvo como pruebas los documentos aportados, se prescindió del término probatorio y se les concedió a las partes el término de 10 días para que presentaran sus alegaciones finales.

3.1 Alegatos de las partes

3.1.1. Parte Actora:

El apoderado judicial de la parte demandante presentó alegatos de conclusión por fuera del término legal.⁵

3.1.2. Parte demandada:

La apoderada judicial de la entidad accionada reiteró los argumentos expuestos en la demanda y, expresó que entre la señora Diana Patricia O'meara Sarmiento y el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA no existió ninguna relación laboral, pues del material probatorio no se comprueba ni se infiere la continuidad de los contratos de servicios ni la presunta subordinación que señala en el libelo de demanda.

Por lo anterior, solicita negar las pretensiones de la demanda⁶.

⁵ Ver fls. 86-89 del exp.

⁶ Ver fls. 136-144 del exp.

3.1.3. Ministerio Público:

El Ministerio Público no emitió concepto.

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

IV. CONSIDERACIONES

El Despacho recordará las excepciones propuestas por la entidad accionada y el problema jurídico señalado en la audiencia inicial, realizará el análisis normativo y jurisprudencial aplicable a la presente controversia, y luego, valorará las pruebas aportadas para resolver el caso concreto.

4.1. Excepciones propuestas

La apoderada judicial del Servicio Nacional Aprendizaje - SENA dentro de la contestación de la demanda interpuso las excepciones de:

- i. **Legalidad del acto demandado, existencia de solución de continuidad entre los contratos celebrados, existencia de relación de coordinación, inexistencia de subordinación y dependencia**, en las que el Despacho indicó que constitúan argumentos de defensa los cuales serían objeto de estudio en la sentencia y,
- ii. **Prescripción del derecho a reclamar prestaciones derivadas de la supuesta existencia de un contrato realidad y de las mesadas reclamadas**, excepción que sería analizada sólo al determinarse si le asiste derecho a la demandante en relación a la existencia de la relación laboral junto con el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales.

4.2. Problema Jurídico⁷

El problema jurídico en audiencia inicial quedó trazado de la siguiente manera:

“consiste en establecer si los contratos de prestación de servicios suscritos entre la señora DIANA PATRICIA O'MEARA SARMIENTO y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA, se desnaturalizaron en una relación laboral que implica para la demandante el derecho a percibir las prestaciones sociales reclamadas o si por el contrario, en el presente caso no concurren los elementos de una relación laboral.”

⁷ Ver fl. 132 vto del exp.

Recordado el problema jurídico, el Despacho realizará el análisis normativo correspondiente.

4.3. Normatividad aplicable al caso

LEY 80 DE 1993, "POR LA CUAL SE EXPIDE EL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA"

El artículo 32 de la ley 80 de 1993, consignó algunas modalidades estatales, entre las cuales definió el contrato de prestación de servicios, así:

"Artículo. 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: (...)

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

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable. (Subrayas fuera de texto).

Conforme a lo anterior, el contrato de prestación de servicios suscrito por las entidades estatales tiene fundamento legal en el Estatuto General de Contratación, es decir, está autorizado por la ley y tiene como propósito que se ejecuten actos que tengan conexión con la actividad que cumple la entidad administrativa, relación jurídica que se establece con personas naturales, para que realicen actividades que no puedan ejecutarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados.

La convención realizada en el contrato de prestación de servicios no tiene otro propósito que el desarrollo de labores relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, sin importar la circunstancia de tiempo o lugar donde se presta el servicio, siendo las necesidades de la administración las que imponen la celebración de este tipo de contratos.

La Ley 80 de 1993 dispone que los contratos de prestación de servicios no generan relación laboral, ni prestaciones sociales, no obstante, a medida que el tema ha sido estudiado por las Altas Cortes, se ha establecido que cuando de ellos se hacen evidentes elementos tales como la subordinación o la dependencia, la prestación personal del servicio y la remuneración se está frente a una relación laboral independientemente de la forma de vinculación.

Recuérdese que el artículo 53 de la Carta dispone:

“ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.” (Subrayado fuera de texto).

Es así, que para establecer los parámetros que diferencian los contratos de prestación de servicios respecto a los que consagran relaciones laborales, la Corte Constitucional se ha pronunciado de la siguiente forma:

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

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

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

De forma reiterativa el Consejo de Estado, mediante sentencia de 01 de marzo de 2018⁸, estableció frente a los elementos del contrato de prestación de servicios independientes, la importancia de la subordinación así:

(...)

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

Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo. (negrilla fuera de texto).

De acuerdo a lo señalado por nuestro Órgano de Cierre Constitucional y Administrativo, para que se configure la relación laboral en el contrato de prestación de servicios se requiere demostrar los tres elementos del contrato de trabajo los cuales son: i) la prestación personal del servicio, ii) la continua subordinación y dependencia laboral y iii) la remuneración, una vez probada la relación laboral se tiene derecho al pago de las prestaciones sociales por el tiempo laborado, atendiendo así al principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, contenido en el artículo 53 de la Constitución Política.

Prescripción aplicada al contrato realidad

En materia de derechos laborales de los empleados públicos, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968, 32 y 102 del Decreto 1848 de 1969 (reglamentario del primero), regulan que las acciones que emanen de los derechos consagrados en dichas normas prescriben en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

⁸ Ver Sentencia de Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, Bogotá, D.C., primero 1 de marzo de dos mil dieciocho (2018), medio de control Nulidad y Restablecimiento del Derecho, expediente radicado bajo el N° 23001-23-33-000-2013-00117-01 (3730-2014).

Particularmente, en cuanto al reconocimiento de la existencia de la relación laboral encubierta a través de un contrato de prestación de servicios, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en Sentencia de Unificación Jurisprudencial del 25 de agosto de 2016⁹, estipuló las siguientes reglas respecto a la prescripción extintiva de los derechos salariales y prestacionales derivados del contrato realidad:

- I. *Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.*
- II. *Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad.*
- III. *Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.*
- IV. *Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA).*
- V. *Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.*
- VI. *El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la*

⁹ Ver Sentencia de Unificación Jurisprudencial Consejo de Estado, Sección Segunda. CE-SUJ2-05 del 25 de agosto de 2016. Consejero Ponente Dr. Carmelo Perdomo Cuéter. Radicación 23001-23-33-000- 2013-00260-01 (0088-2015)

- persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral).
- VII. El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador.

4.4. CASO CONCRETO. Análisis crítico de la documental aportada

Pruebas relevantes que se encuentran en el presente proceso y que respaldan lo pretendido:

- Con petición del 15 de marzo de 2015, la demandante solicitó al Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA el reconocimiento y pago de: I) el dinero correspondiente a la seguridad social integral PILA, II) sus acreencias laborales por el tiempo laborado y III) que los dineros liquidados se realicen con base en el último salario percibido y que estos sean debidamente indexados¹⁰.

Otras documentales:

PRESTACIÓN PERSONAL DEL SERVICIO:

El material probatorio obrante en el expediente permite determinar que la señora DIANA PATRICIA O'MEARA SARMIENTO suscribió con el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA los siguientes contratos de prestación de servicios¹¹:

	CONTRATO	VIGENCIA	OBJETO
1	Cesión No 0237	665 horas 03/05/2010 -25-08/2010	Prestación de servicios de carácter temporal para impartir 665 horas en el programa de formación titulada.
Interrupción 3 meses y 5 días			
			Prestación de servicios de carácter temporal para

¹⁰ Ver fl. 54-55 del exp.
¹¹ Ver fls. 45-51, 70-78 y 120-127 del exp.

2	0543	665 horas 01/12/2010 – 30/12/2010	impartir 665 horas en Formación Titulada en los módulos de ética y transformación del entorno.
Interrupción 1 mes y 08 días			
3	0147	600 horas 09/02/2011 – 17 de junio de 2011	Prestación de servicios de carácter temporal impartiendo 600 horas en el programa de Economía Financiera y de Gestión en el módulo de componente humanístico.
Interrupción 25 días			
4	0668	600 horas 12/07/2011 – 21/12/2011	Prestación de servicios de carácter temporal impartiendo 600 horas de Economía Financiera y de Gestión en el área componente humanístico.
	Adición	03/11/2011	Número de horas 120
Interrupción 1 mes y 4 días			
5	0166	620 horas 26/01/2012 – 05-07-2012	Prestar los servicios profesionales de carácter temporal para impartir 620 horas en Economía Financiera y de Gestión para desarrollar formación en la competencia humanístico.
	Adición	13/03/2012	
Interrupción 0			
6	0867	06/07/2012 – 20/11/2012	Prestación de servicios profesionales de carácter temporal para impartir formación en el programa de economía financiera y de gestión para desarrollar la competencia en componente humanístico.
	Adición y prórroga	21/11/2012 – 11/12/2012	
Interrupción 1 mes y 6 días			
7	0561	18/01/2013 – 17/09/2013	Prestación de servicios profesionales de carácter temporal para impartir formación asociada a la competencia de promover interacción idónea consigo mismo con los demás y con la naturaleza en los contextos laboral y social - componente humanístico

	Adición y prórroga	18/09/2013 -14/12/2013	
Interrupción 1 mes			
8	0433	15/01/2014 – 29/08/2014	Prestar los servicios profesionales de carácter temporal para orientar formación asociada a la competencia de promover la interacción idónea consigo mismo, con los demás y con la naturaleza en los contextos laboral y social - componente humanístico en los programas de las áreas de Economía Financiera y de Gestión.
	Adición y prórroga	30/08/2014 – 12/12/2014	
Interrupción 1 mes y 13 días			
9	2476	26/01/2015 – 21/10/2015	Prestar los servicios profesionales de carácter temporal para orientar formación asociada a la competencia de promover la interacción idónea consigo mismo, con los demás y con la naturaleza en los contextos laboral y social - componente humanístico en los programas de las áreas de Economía Financiera y de Gestión.

La relación anterior, permite determinar que en efecto la actora prestó sus servicios de manera personal al SENA, a partir del **03 de mayo de 2010 al 21 de octubre de 2015**, contratando sus servicios como Instructor en el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, evidenciándose solución de continuidad en el periodo comprendido entre el 01 de diciembre de 2010 al 21 de octubre de 2015, coincidiendo algunas de estas interrupciones con el calendario académico del SENA¹²; sin embargo, el periodo comprendido entre la fecha de finalización de la cesión del contrato No 0237 (25 de agosto de 2010) y la fecha de inicio del contrato No 543 (01 de diciembre de 2010) existió una interrupción de 3 meses y 5 días, periodo que no coincide con el mencionado calendario académico o la suspensión de actividades, conforme a los semestres organizados por la entidad de formación.

¹² A las vacaciones colectivas del mes de diciembre y entre la última semana de junio y la primera de julio a la semana de integración de la comunidad educativa, entrega de planes de mejoramiento y alistamiento del siguiente semestre.

Lo anterior, conlleva a establecer la continuidad del servicio por parte de la señora Diana Patricia O'meara Sarmiento a partir del contrato No 543 del 29 de noviembre de 2010, cuya ejecución inició el 1 de diciembre de 2010 hasta el 21 de octubre de 2015, destacándose que estos fueron suscritos fundamentalmente con el fin de prestar sus servicios profesionales en el programa de economía financiera y de gestión para desarrollar la competencia en componente humanístico y el desarrollo de todas las actividades inherentes a ésta.

Itera el Despacho que en el lapso en mención, si bien presenta interrupciones contractuales superior a los 15 días, estas obedecen al calendario académico del SENA. En este aspecto es importante destacar el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el que dedujo que al cumplir la misión de formación profesional integral, presta el servicio de educación¹³, en consecuencia, para esta instancia judicial la labor docente no puede ser equiparada con la de otro empleado público, pues, la formación profesional integral se encuentra supeditada a la programación curricular.

Así las cosas, el actuar de la entidad accionada en los periodos prolongados de contratación fue de manera permanente, trascendiendo en el tiempo constituyendo que la prestación de servicios por la cual fue contratada la actora realmente tenía vocación de permanencia.

RETRIBUCIÓN DEL SERVICIO:

De conformidad con la certificación expedida por el Coordinador Grupo de Apoyo Administrativo Mixto Regional Distrito Capital, el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, efectuó pagos de manera mensual a la señora Diana Patricia O'meara Sarmiento por los contratos suscritos, de igual forma, se observa que en el último contrato No 2476, firmado por las partes se pactó el valor y forma de pago de los honorarios por un valor de \$ 3.269.426, lo que muestra la retribución del servicio personal por ella prestado a la entidad accionada.

CONTINUADA SUBORDINACIÓN Y DEPENDENCIA:

A fin de probar la existencia de este elemento de la relación laboral, fueron aportados al proceso:

¹³ Concepto de fecha 16 de septiembre de 2010, Ponente Dr. Enrique José Arboleda.

- Respuesta al derecho de petición elevado por el apoderado de la accionante en el que niega el reconocimiento y pago de las acreencias laborales solicitadas.¹⁴
- Obra constancias expedidas por el Coordinador Grupo de Apoyo Administrativo Mixto Regional Distrito Capital del SENA, respecto de los contratos celebrados y ejecutados por la señora Diana Patricia O'meara Sarmiento, definiendo que su objeto en cada uno fue el siguiente: i) prestación de servicios de carácter temporal para impartir 665 horas en el programa de formación titulada¹⁵, ii) prestación de servicios de carácter temporal para impartir 665 horas en el programa de formación titulada en los módulos de ética y transformación del entorno¹⁶, iii) prestación de servicios de carácter temporal impartiendo 600 horas en el programa de economía financiera y de gestión en el módulo de componente humanístico¹⁷, iv) prestar servicios profesionales de carácter temporal para impartir formación asociada a la competencia de promover la interacción idónea consigo mismo con los demás y con la naturaleza en los contextos laboral y social – componente humanístico en los programas de las áreas de economía financiera y de gestión¹⁸.
- Dentro de las obligaciones de los contratos se destacan las siguientes¹⁹:
 - Acompañar y asesorar en forma permanente e integral a los aprendices en el proceso de formación por proyectos durante la vigencia del contrato.
 - Conformar los equipos de desarrollo curricular interdisciplinarios por programa o conjunto de programas de redes tecnológicas para garantizar la integralidad en la formulación de proyectos formativos, el diseño de actividades de aprendizaje, el diseño de talleres e ítems que alimentarán los bancos de pruebas, para la selección de aprendices,
 - Coadyuvar en el proceso de ingreso e inducción de alumnos.
 - Responder por la integridad y buen uso de materiales, equipos y demás elementos de la institución puestos bajo su cuidado para desarrollar labores propias de su cargo.

¹⁴ Ver fls. 57-58 del exp.

¹⁵ Ver contrato – cesión No 0237 de 25 de enero de 2010

¹⁶ Ver contrato No 0543 de 29 de noviembre de 2010.

¹⁷ Ver contrato Nos 0147 de 09 de febrero de 2011, 0668 de 11 de julio de 2011, 0166 de 20 de enero de 2012.

¹⁸ Ver contratos Nos 867 de 29 de junio de 2012, 561 de 18 de enero de 2013 y 0433 de 15 de enero de 2014 y 2476 de 26 de enero de 2015.

¹⁹ Ver contrato 1041 de 2014, hoja 23 anexo de contratos.

- Reintegrar los libros y/o ayudas didácticas solicitadas en préstamo a la unidad de información dentro de los plazos estipulados y presentar el paz y salvo correspondiente para el último pago.
 - Participar en las labores de montaje y puesta en marcha de equipos y maquinaria utilizados en la formación profesional.
 - Participar en los comités de evaluación, asistir puntualmente a las clases programadas, colaborar activamente con las disposiciones sobre aseo, y orden de los salones de clases y tener sentido de pertenencia con la institución.
 - Reportar en el sistema SOFIA PLUS en el plazo máximo señalados en el contrato, todas las actividades que de acuerdo con los procesos que son de su responsabilidad garantizando la calidad de la información y su coherencia en el proceso formativo, tales como:
 - Registro de los juicios evaluativos.
 - Creación de rutas y asociación de aprendices.
 - Registro de juicios evaluativos del reconocimiento de aprendizajes previos.
 - Presentar reportes de notas de los aprendices y demás informes dentro de los plazos estipulados.
 - Colaborar en el diseño y ejecución de programas de actualización de instructores del SENA y de otras entidades, en aspectos pedagógicos y de la especialidad en que imparte formación profesional.
 - Participar activamente en el plan de mejoramiento y actualización de los docentes.
 - Responder por la integridad y buen uso de materiales, equipos y demás elementos de la institución puestos bajo su cuidado para desarrollar las labores propias de su cargo.
 - Presentar en forma mensual al Coordinador Académico el reporte de ejecución de actividades, registrando las novedades sucedidas en el periodo académico que afectaron la ejecución de la programación académica mínima establecida, el cual entregará al respectivo Coordinador Académico líder de la unidad.
 - Presentar en forma mensual al Coordinador Académico respectivo los informes que sean requeridos.
- Se aportaron impresiones de correos electrónicos²⁰ enviados a la actora por la Coordinadora del Área, Dilia del Rosario Ceballos Figueroa, respecto a los compromisos que debían cumplir como:
- Agendamiento de clases

²⁰ Ver fls. 23 - 44 del exp y cd de la demanda fl. 33 A del exp.

- Asistir a las reuniones programadas.
- Tomar cursos de capacitación programados.
- Los instructores debían ajustarse a los horarios señalados por la entidad.
- **Los contratistas** como el **personal de planta** debían usar el sistema sofía plus.
- Cumplir con los planes de mejoramiento donde se les asignan las programaciones escolares y demás requerimientos relacionados con las directrices impartidas para el desarrollo curricular de los programas asignados.
- Referente a queja de aprendices.
- Llamado de atención por incumplimiento a cita de auditoría, en el que la docente informa no haber tenido conocimiento de la citación.
- Programación de entrega de actividades.

Así las cosas, de las actividades descritas, del cumplimiento de horario otorgado por la Coordinadora de Economía Financiera y de Gestión del SENA y de la falta de autonomía de la actora en el desarrollo de sus funciones, se logra demostrar que la labor realizada por la demandante se desarrolló bajo el sometimiento de una subordinación o dependencia con respecto al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, pues, al desarrollarse en cumplimiento de órdenes directas de sus superiores, es claro que se desdibuja la figura de la coordinación, argumentada por la defensa y por ende se desvirtúa la autonomía e independencia con la que se presta el servicio, así mismo, se destaca la constante auditoría y supervisión por parte de la entidad accionada²¹ denotando la constante sujeción o dependencia laboral.

Ahora, si bien la entidad accionada en el acto administrativo demandado como en la contestación de demanda manifiestan que la contratación de la actora se originó bajo los parámetros del numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, y demás normas complementarias, lo cierto es que para esta instancia judicial se encuentra demostrado que la demandante debía reportar el cumplimiento de las actividades ordenadas por la entidad, circunstancia que desvirtúa la autonomía e independencia que se predica de un contrato de prestación de servicios.

De igual forma, queda comprobado la existencia de 9 contratos de prestación de servicios sucesivos con sus adiciones o modificaciones, entre el 01 de diciembre de 2010 al 21 de octubre de 2015, celebrados entre la actora y el SENA, con el fin de emplear de modo permanente y continuo los servicios de la señora Diana Patricia O'meara Sarmiento como Instructora del SENA, recibiendo

²¹ Ver fls. 36, 36vto, 37, 40

como contraprestación una remuneración desvirtuando así el argumento de la apoderada judicial de la entidad accionada al señalar que la contratación de la demandante se realizó de manera temporal, pues, como se indicó en líneas anteriores fueron 9 contratos de prestación de servicios, en los que se demuestra que el actuar de la entidad accionada fue de manera permanente constituyendo que la prestación de servicios por la cual fue contratada la actora realmente tenía vocación de permanencia y, si bien, las contrataciones presentan interrupciones, estas obedecen al calendario académico del SENA, encontrándose así debidamente justificadas.

El análisis anterior, evidencia entonces la configuración del elemento de subordinación que determina en estos casos la existencia de una relación laboral encubierta bajo un vínculo contractual.

Debe precisarse como inicialmente se planteó, que el servicio prestado por la demandante corresponde a una labor permanente, inherente a la Entidad demandada, al interior de la cual, las funciones desarrolladas por la actora son propias de la naturaleza de los Instructores del SENA, máxime que la entidad accionada en la contestación de demanda manifiesta que *“la labor de evaluación e instrucción no alcanza a cumplirse con el personal de planta”* y *“ que la preparación profesional de planta no corresponda a la demanda educativa que periódicamente se va haciendo, necesaria”*, corroborando aún más la tesis que la contratación de la actora obedeció para cumplir funciones que son innatas al objeto misional de la entidad que no es otro que el de *“cumplir la función que le 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.**”*²²(Negrillas y subrayado fuera del texto).

Así, desvirtuadas tanto la autonomía e independencia en la prestación del servicio como la temporalidad propia de un verdadero contrato de prestación de servicios y, probados los elementos de la relación laboral en el presente caso, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración como contraprestación directa del mismo, la subordinación y dependencia en el desarrollo de la actividad, y el desempeño de una labor de carácter permanente, propia de la Entidad y en igualdad de condiciones respecto de otros empleados de planta de la misma, concluye el Despacho que la Administración utilizó equívocamente la figura contractual para encubrir la naturaleza real de la relación suscrita que desde luego se tornó eminentemente

²² Ver página web <http://www.sena.edu.co/es-co/sena/Paginas/misionVision.aspx>

laboral, por lo que se configura en este caso el contrato realidad en aplicación de los principios consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política, en tanto la demandante prestó sus servicios personales como Instructor en el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, de manera subordinada y en las mismas condiciones que los demás empleados de sus mismas calidades al interior de la entidad, como quedó acreditado en el cruce de correos electrónicos aportados.

Adviértase que en cuanto a la remuneración percibida por la demandante como contraprestación de la ejecución de las actividades pactadas en los distintos contratos de prestación de servicios, no quedó acreditado si ésta era inferior a la percibida por un empleado de planta que desempeñaba el mismo cargo de Instructor, por lo tanto, se impone el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a que hayan lugar teniendo como fundamento las prestaciones percibidas por un instructor dentro de la planta de personal de la entidad accionada, liquidando para tales efectos los honorarios pactados en cada uno de los contratos suscritos por la demandante y la entidad SENA.

Por otra parte, las diferentes situaciones administrativas y necesidades del servicio, no pueden convertirse en excusas para vincular precaria e ilegalmente personal para el desempeño permanente de funciones públicas en este caso, desconociendo las formas sustanciales de derecho público, las modalidades previstas en la Constitución y la Ley para el ingreso al servicio público y aún las garantías laborales y derechos fundamentales de quienes así resultan vinculados.

Pago de las prestaciones sociales como consecuencia de la existencia de un contrato realidad

Ahora bien, en relación al reconocimiento de las prestaciones sociales, dejadas de percibir, en aquellos casos en que se desvirtúa la existencia de un contrato de prestación de servicios, en Sentencia de Unificación Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, Exp.2013-00260-01(0088-15)CE-SUJ2-005-16 de fecha 16 de agosto de 2016 unificó el criterio señalando que estas se otorgan a título de "restablecimiento del Derecho", sin que por ello se convierta automáticamente en un empleado público:

(...)

En este orden de ideas, la Sala considera oportuno y necesario precisar cuál es el criterio imperante para el reconocimiento de la reparación de los daños derivados de la existencia del contrato realidad, dependiendo si las actividades contratadas bajo la modalidad de prestación de servicios son iguales a las funciones asignadas a empleos existentes en la planta de personal de la entidad o si no lo son, pues según el caso, el parámetro objetivo para la tasación de perjuicios podrá variar, en

aplicación de los principios laborales de igualdad de oportunidades y remuneración proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, derivados del artículo 53 de la C.P.

En tal sentido, dirá la Sala que los honorarios pactados son el criterio imperante cuando el cargo desempeñado por el contratista no existe en la planta de personal, pues en razón a la inexistencia del cargo, dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente la indemnización de perjuicios”.

Frente al anterior panorama jurisprudencial, resulta imperioso unificar el precedente con el fin último de acoger el criterio que sea más favorable a los ciudadanos que acuden ante la justicia contencioso-administrativa en busca de obtener el reconocimiento de los derechos que eran inherentes a una relación laboral pero que la Administración disfrazó con la suscripción de un contrato estatal, para lo cual ha de advertirse que el restablecimiento del derecho es una consecuencia lógica de la nulidad que se decreta, ya que una vez ejecutoriada la sentencia que así lo declara, el acto administrativo desaparece del mundo jurídico, por lo que los derechos y situaciones afectados deben volver a su estado inicial, es decir, que en las controversias de contrato realidad hay lugar a reconocer las prestaciones que el contratista dejó de devengar y el tiempo de servicios con fines pensionales, pues su situación jurídica fue mediante un contrato estatal, pero que en su ejecución se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral, que en caso de haber sido vinculado como empleado público hubiese tenido derecho a las mismas prestaciones que devengan los demás servidores de planta de la respectiva entidad.

(...)

En esa medida, actualmente las prestaciones sociales que son reconocidas a las personas que fueron vinculadas mediante contratos de prestación de servicios y que logran demostrar la existencia de una relación laboral, lo son a título de restablecimiento del derecho, pues aunque queda desvirtuada la vinculación como contratista para dar lugar a una de carácter laboral, dicha vinculación no puede tener la misma connotación que la del empleado vinculado mediante una relación legal y reglamentaria, en el entendido que para ostentar la calidad de empleado público es necesario cumplir las previsiones del artículo 122 de la Constitución, como los presupuestos de ley (nombramiento, posesión) requisitos que no se observan en la situación concreta de la demandante.

Por lo anterior, esta agencia judicial **declarará la nulidad** del oficio No 2 - 2018-001247 del 09 de abril de 2018, mediante el cual se negó la existencia de una relación laboral entre la accionante y la entidad accionada y, en su lugar se tendrá como existente una relación laboral entre la demandante y el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA; **y a título de restablecimiento** ordenará a la entidad accionada **reconocer y pagar a la demandante todos los emolumentos y prestaciones sociales que devenga un instructor de planta de la entidad, en el periodo comprendido entre el 01 de diciembre de 2010 al 21 de octubre de 2015, en la totalidad de los emolumentos y prestaciones sociales que devenga un Instructor de planta de la entidad.**

En relación, a la interrupción contractual observada anteriormente entre:

- La fecha de finalización de la cesión del contrato No 0237 (25 de agosto de 2010) y la fecha de inicio del contrato No 543 (01 de diciembre de 2010) **existió una interrupción de 3 meses y 5 días.**

Y conforme lo ha sostenido el Consejo de Estado en sentencia de unificación²³ el lapso de continuidad corresponde al término de 15 días de acuerdo al artículo 10 del Decreto 1045 de 1978²⁴; en todo caso, el referido interregno tampoco coincide con el calendario académico de la entidad formativa, en la que establecía suspensión de actividades, en consecuencia, ésta instancia judicial encuentra que en los periodos anteriores al 01 de diciembre de 2010, opera el fenómeno de la prescripción extintiva, toda vez, que entre la fecha de finalización del contrato señalado y la fecha de la reclamación 15 de marzo de 2018,²⁵ trascurrieron más de 3 años, de manera que, el periodo comprendido entre el **03 de mayo de 2010 al 25 de agosto de la misma anualidad,** será excluido de reconocimiento económico, más no frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles.

En ese orden, la diferencia concerniente a los aportes al sistema de seguridad social, la entidad accionada, deberá tomar durante el periodo comprendido entre el **03 de mayo de 2010 al 25 de agosto de la misma anualidad y entre el 01 de diciembre de 2010 al 21 de octubre de 2015,** el IBL, mes a mes y, si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Para efectos de lo anterior, la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, del 25 de agosto de 2016, radicado No 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16.

²⁴ **Artículo 10°.- Del tiempo de servicios para adquirir el derecho a vacaciones. Para el reconocimiento y pago de vacaciones se computará el tiempo servido en todos los organismos a que se refiere el artículo 2o. de este Decreto, siempre que no haya solución de continuidad. Se entenderá que hubo solución de continuidad cuando medien más de quince días hábiles de interrupción en el servicio a una y otra entidad.** (subrayado y negrillas fuera del texto.)

²⁵ Ver fls. 54-55 del exp.

Respecto al pago de los intereses moratorios en cesantías y prestaciones, estos son improcedentes, toda vez que el reconocimiento y pago de las cesantías y demás prestaciones, así como los aportes a la seguridad social, nace únicamente con ocasión de la sentencia que declara la existencia de la relación laboral, en consecuencia es a partir de este momento que surge la obligación a la entidad accionada de reconocer y pagar el auxilio de la cesantía y demás prestaciones, por lo que resulta improcedente la reclamación de este concepto.²⁶

En lo concerniente a la devolución de los valores de retención en la fuente, el Despacho negará la devolución de estos, como quiera, que al ser un “cobro anticipado de un impuesto, que bien puede ser el de renta por los honorarios percibidos por el actor al suscribir los contratos de prestación de servicios, cuyo trámite de devolución debe realizarse ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN una vez hubiese presentado la declaración de renta, empero, como en el sub-judice no existe siquiera prueba sumaria de que ello hubiere ocurrido, no están los elementos de juicio suficientes, y si en gracia de discusión existieran, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por controversias laborales no es la idónea para ventilar dicha pretensión”²⁷

En relación a la pretensión de devolución por concepto de pólizas de seguro, el Despacho la niega por cuanto se trató de un presupuesto para la suscripción de cada uno de los contratos de prestación de servicios.

4.6. PRESCRIPCIÓN

El Consejo de Estado mediante sentencia de unificación,²⁸ de fecha 16 de agosto de 2016, estableció unas reglas jurisprudenciales concernientes a la prescripción, entre las cuales se encuentran:

- La persona que pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y como consecuencia el pago de las prestaciones sociales deberá reclamarlo en el término de 3 años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.
- No aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, lo que no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros

²⁶ Véase sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación número: 08001-23-31-000-2007-00062-01(1736-15).

28. Sentencia de Consejo de Estado - Sección Segunda - Subsección “A” C.P. WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ, fecha 27 de abril de 2016, Sentencia Consejo de Estado - Sección Segunda – C.P. Luis Rafael Vergara, fecha 13 de junio de 2013.

²⁸Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, Exp.2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16.

pagados por concepto de aportes hechos por el contratista, por ser un beneficio económico que no influye en el derecho pensional, *como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.*

- No hay caducidad en la reclamación de los aportes pensionales al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad.

Así las cosas, para el Despacho en el presente caso no opera el fenómeno de la prescripción en relación al reconocimiento y pago de los emolumentos y prestaciones sociales, del **01 de diciembre de 2010 al 21 de octubre de 2015**, toda vez que, conforme a las reglas anteriormente enunciadas la actora prestó sus servicios hasta el día 21 de octubre de 2015, efectuó reclamación ante la administración el 15 de marzo de 2018,²⁹ y presentó demanda el 06 de febrero de 2019, es decir dentro del término de los tres años contabilizados desde la fecha de finalización de su último contrato; sin embargo, para el primer periodo -3 de mayo de 2010 al 25 de agosto de 2010-, operó el fenómeno prescriptivo, pues, como quedó atrás analizado, a la fecha de la reclamación en sede administrativa -15 de marzo de 2018-, se surtió cuando ya se había extinguido el derecho a reclamar la existencia de la relación laboral para este interregno y el consecuente pago de sus prestaciones sociales, razón por la cual, se declarará parcialmente probado dicho medio exceptivo advertido por la apoderada de la entidad accionada.

4.7 COSTAS

Finalmente, la Instancia no condenará en costas a las entidades accionadas, teniendo en cuenta que el artículo 188 del CPACA, no exige la condena en sí misma, sino el pronunciamiento por parte del operador judicial y teniendo en cuenta que este Despacho no encontró respecto a la parte vencida conducta reprochable, no se hace necesaria la sanción.

Analizada la demanda, el material probatorio allegado al expediente, la contestación por parte del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA y sus alegaciones, frente a la normatividad aplicable al caso controvertido y al criterio que ha sostenido esta jurisdicción sobre el tema de que se trata, se llega a la conclusión que deben ser acogidas parcialmente las súplicas de la demanda.

²⁹ Ver fl. 54-55 del exp.

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

F A L L A

PRIMERO: Declarar parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada para el reconocimiento de la relación laboral y pagos de las acreencias laborales, **entre el periodo comprendido del 3 de mayo de 2010 al 25 de agosto de 2010**, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Declarar la nulidad del Oficio N° 2-2018-001247 del 09 de abril de 2018, en cuanto niega para la actora la reclamación de las acreencias laborales.

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

- a) **A reconocer, liquidar y pagar** a la señora **DIANA PATRICIA O'MEARA SARMIENTO**, identificada con cédula de ciudadanía N° 53.907.231, **la totalidad de los emolumentos y prestaciones sociales que devenga un Instructor de planta de la entidad**, correspondientes a los períodos en los cuales se demostró la existencia de la relación laboral, esto es, **del 01 de diciembre de 2010 al 21 de octubre de 2015**, tomando como fundamento la remuneración pactada en los diferentes contratos de prestación de servicios que suscribiera la actora.
- b) **A reconocer, liquidar y pagar** a la accionante **las diferencias resultantes en los aportes al Sistema de Seguridad Social en los periodos del 03 de mayo de 2010 al 25 de agosto de 2010 y del 1 de diciembre de 2010 al 21 de octubre de 2015**, entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, la accionante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

- c) **A declarar** que el tiempo laborado por la actora, bajo la modalidad del contrato realidad se debe computar para efectos pensionales.
- d) Las sumas que deberá cancelar la entidad accionada tendrán que ser ajustadas en los términos del artículo 187 del CPACA., teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

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

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por la demandante por concepto de prestaciones sociales, 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 para cada asignación mensual, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

CUARTO: Negar las demás súplicas de la demanda por las razones expuestas.

QUINTO: Notifíquese esta decisión a las partes en la forma prevista en el artículo 203 del CPACA.

SEXTO: La entidad deberá cumplir la sentencia en los términos señalados en los artículos 189, 192 y 195 del CPACA.

SÉPTIMO: Sin costas en la instancia.

OCTAVO: Una vez en firme esta sentencia, archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


LUZ NUBIA GUTIÉRREZ RUEDA
Juez