



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SOGAMOSO

Sogamoso, Diciembre Siete (07) de dos mil dieciséis (2016)

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho.
Radicación: 15238-33-39-752-2015-00257-00.
Demandante: Luis Rafael Merchán González.
Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA.

1. ASUNTO

Corresponde al Despacho dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

2. PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, el Señor LUIS RAFAEL MERCHÁN GONZÁLEZ por intermedio de apoderado, solicita se declare probada la existencia de una relación laboral entre el demandante y el Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA, por existir y estar probada la concurrencia de los tres elementos constitutivos, prestación personal, salario y subordinación de tipo técnico y administrativa, conforme a lo establecido en la Ley, la Constitución Política y la Jurisprudencia.

Así mismo solicita que se declare la nulidad del Oficio número 2-2015-001302 del 26 de Junio de 2015, expedido por el Director Regional del Servicio Nacional de Aprendizaje – Regional Boyacá, que negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y las cotizaciones a la seguridad social y demás derechos producto de la relación laboral existente con el demandante, durante todo el tiempo laborado.

Solicita que se condene al SENA al pago de las prestaciones sociales a cargo del empleador tales como *primas de servicios de junio y diciembre, prima de navidad, de vacaciones, vacaciones, bonificación por servicios prestados, prima quinquenal, cesantías, e intereses sobre las cesantías* a favor del instructor contratista en la ejecución de cada uno de los contrato, pago de las cotizaciones *pensionales* que se causaron durante todo el tiempo laborado a favor de la respectiva entidad a la cual se encontraba afiliado el instructor-contratista.

Que si no se efectúa el pago de forma oportuna, la entidad liquide los intereses comerciales y moratorios como lo ordena el artículo 177 (*sic*) del CPACA.

Que las condenas respectivas se actualicen y se apliquen los ajustes de valor (indexación) desde la fecha de la vinculación hasta la fecha de la ejecutoria de la sentencia que le ponga fin al proceso.

Finalmente, que se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido en el artículo 176 (*sic*) del CPACA (*fl. 101*).

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los supuestos fácticos que respaldan las pretensiones de la demanda se sintetizan en que el demandante prestó sus servicios al SENA como contratista a partir del día 02 de Mayo de 1995 hasta el 30 de Junio de 2012 así:

- Del **02 de Mayo de 1995** al 18 de Diciembre de 1996, cuyo objeto fue: *"Prestar el servicio de formación profesional y/o servicios tecnológicos"*.
- Del 24 de Octubre de 1997 al 31 de Diciembre de 1999 desarrollando actividades de: *"Prestar el servicio de formación profesional."*
- Del 4 de Agosto de 2000 al 17 de Diciembre de 2007, cuyo objeto fue: *"prestación de servicio de formación profesional en el bloque modular"*
- Del 20 de Febrero de 2008 al 8 de Diciembre de 2009 en la: *"prestación de servicios orientando a horas de formación profesional"*
- Del 28 de Enero de 2010 al 30 de Junio de 2011 desarrollando actividades de: *"Prestación de servicios profesionales para orientar procesos de formación en ambientes virtuales y presenciales."*
- Del 8 de Julio de 2011 al 5 de Diciembre de 2011, cuyo objeto fue la: *"Prestación de servicios profesionales para la orientación y desarrollo de los programas de formación."*
- Del 23 de Enero de 2012 al **30 de Junio de 2012** desarrollando actividades de: *"Prestación de servicios profesionales para la orientación de competencias laborales a través de la formación de proyectos y/o otras técnicas didácticas."*

Que en virtud de la ejecución de los contratos de prestación de servicios, el SENA Regional Boyacá pago como contraprestación las sumas pactadas en cada contrato lo que en consecuencia se asimila al salario pagado por labores ejecutadas como instructor - contratista de dicha entidad, dicha ejecución fue realizada bajo subordinación del SENA de tipo administrativo y técnico, pues para el desarrollo de cada contrato el demandante recibió órdenes permanentes en cuanto al tiempo, modo y lugar en la ejecución de las tareas como instructor-contratista.

Que el demandante fue contratado por el SENA mediante contratos de prestación de servicios regulados por el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 los cuales fueron ejecutados de forma sucesiva desde el año 1995 hasta el año 2012 para una duración total de 17 años como Instructor impartiendo Formación Profesional en el bloque modular en el área de electricidad y electrónica a los aprendices y técnicos que atiende el Centro Multisectorial del SENA Regional Boyacá, tiempo durante el cual estuvo sometido al cumplimiento de horarios y programación académica impuesta por el coordinador académico de planta de la entidad demandada para atender los compromisos de la misma, por tanto concurren los tres elementos esenciales para presumir la existencia de una relación laboral, conforme lo establece el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo CST y la jurisprudencia.

Que el SENA mediante la contratación referida disfrazó una relación laboral existente con el trabajador-contratista, por una modalidad de contrato estatal o de prestación de servicios, así mismo la entidad demandada ha evitado el pago de las cotizaciones por concepto de seguridad social adeudando por este concepto 8 años a la respectiva administradora pensional donde se encuentra afiliado el demandante.

Manifiesta que los contratos suscritos, no fueron ejecutados de forma temporal por el demandante, por el contrario se efectuaron de forma permanente por un periodo de 17 años realizando las mismas labores en igualdad de condiciones y trabajo a las ejecutadas por instructores de planta, las cuales no obedecen a trabajos altamente especializados sino a déficit de personal de planta, frente a lo anterior no existió autonomía del demandante para la ejecución de los contratos de prestación de servicios, en tanto que el SENA impartió órdenes de tipo técnico para desarrollar los cursos, impuso horarios de trabajo en cada uno de los centros donde laboró para capacitar grupos de aprendices, técnicos y tecnólogos seleccionados de manera previa por la entidad demandada, exigió la presentación de informes periódicos, evaluaciones, evidencias de los alumnos, controles de seguimiento académico y disciplinario, además de asistir a reuniones con el supervisor del SENA para que le fueran impartidas instrucciones de tipo administrativo y técnico.

Indica presentó reclamación administrativa laboral al SENA, mediante derecho de petición radicado bajo el No. 1-2015-000944 del 16 de Junio de 2015 con el fin de que se le pagaran prestaciones sociales y seguridad social y demás derechos resultantes de la relación laboral existente, petición que le fue resuelta desfavorablemente mediante comunicación efectuada por el SENA el 26 de Junio de 2015 con radicado número 2-2015-001302.

Agrega, que la contratación como instructor obedece a la necesidad de cumplir con la programación hecha por el SENA en formación titulada que corresponde a cursos largos de formación técnica y tecnológica en los Centros asignados por la entidad demandada.

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

En sentir del demandante, con la expedición del acto administrativo demandado se violaron las siguientes disposiciones constitucionales, legales y jurisprudenciales:

Artículos 1, 13, 25, 38, 39, 40, 53, 122 y 125 de la Constitución Política; artículo 2º del Decreto 2400 de 1968 modificado por el artículo 1º del Decreto 3074 de 1968, artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo, artículo 32 numeral 3º de la Ley 80 de 1993, artículo 7º del Decreto 1950 de 1973, artículo 19 Ley 909 de 2004, artículo 48 numeral 29 Ley 734 de 2002.

Manifestó que como lo advirtió la Corte Constitucional en Sentencia C-154 de 1997, la vigencia del contrato de prestación de servicios es de naturaleza temporal y únicamente puede contratarse cuando las actividades no puedan realizarse con personal de planta, pues en aras de la prevalencia del interés general, el Estado contratará las funciones de carácter permanente únicamente cuando se hubiere creado los cargos correspondientes y previsto los emolumentos necesarios para cubrir dicha obligación permanente.

Indicó, que la entidad demandada al contratarlo por aproximadamente 8 años en forma permanente para realizar tareas de capacitación igual a las desarrolladas por los funcionarios de planta y en labores no altamente especializadas y que pudo haberlas ejecutado con funcionarios de planta, vulneró el inciso 4 del artículo 2 del Decreto 2400 de 1968 y su reforma hecha por el Decreto 3064 de 1968, generándole graves perjuicios al desconocer las obligaciones que generan la relación laboral como son el no pago de prestaciones sociales, la seguridad social, la inestabilidad laboral, el desconocimiento a los trabajadores a la libre asociación y la imposibilidad de descanso remunerado, afectando el trabajo digno de las personas, ya que de esta manera el Estado a través del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, fomenta un forma de contratación atípica disfrazando una relación laboral por una contratación

estatal de prestación de servicios evitando así el pago de todas las obligaciones a cargo de la entidad demandada ya que prima la realidad sobre la forma, toda vez que en los contratos ejecutados por el accionante concurren tres elementos como son LA PRESTACION PERSONAL DEL SERVICIO, LA SUBORDINACIÓN Y EL SALARIO como contraprestación a sus servicios.

Mencionó que prestó sus servicios al SENA como instructor-contratista en áreas relacionadas en electricidad y electrónica en los centros de la entidad demandada de la Regional Boyacá entre 1995 a 2012 de manera continuada durante 17 años y con intervalos que coinciden con los periodos de vacaciones colectivas decretadas por el SENA en los meses de Diciembre y Enero, para ejercer funciones cuyo objeto en cada contrato fue de capacitación integral profesional previstas en la Ley 1190 de 1994 aspectos que conforman su misión esencial desde cuando fue creado el SENA en 1957 en programas de modalidad de formación de técnicos, tecnólogos y aprendices, ejecutando módulos por competencias laborales y programas específicos de la entidad demandada quedando así desnaturalizado los contratos de prestación de servicios ejecutados por el contratista, en tanto que no hubo autonomía ni temporalidad pues se convirtieron en ejecución de contratos de forma permanente.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

EL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA (fls.161-169) mediante apoderada judicial contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas por el demandante, indicando que no existió relación laboral entre el demandante y el SENA como lo quiere hacer ver el Señor LUIS RAFAEL MERCHÁN GONZÁLEZ, toda vez que solo se desempeño como contratista a través de la celebración de varios contratos y órdenes de prestación de servicio, los cuales no generan relación de carácter laboral sino tan solo el pago de los honorarios pactados y por tal razón resulta totalmente improcedente el pago de prestaciones, las que solo surgen de la relación laboral legal y/o reglamentaria.

Señaló que el acto administrativo demandado se expidió conforme al ordenamiento jurídico siendo este legal y ajustado a derecho, pues a través del mismo se declararon improcedentes los reconocimientos solicitados por el demandante en tanto que no le asiste ninguno de los presuntos derechos laborales reclamados reiterando que el demandante tuvo la calidad de contratista y no de servidor público vinculado por contrato de trabajo.

Indicó que la Sección Segunda del Consejo de Estado aclaró en reiterada jurisprudencia que no necesariamente implica subordinación el cumplimiento de horario, el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores o tener que reportar informes sobre sus resultados, pues la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada (fls. 163 a 166).

Finalmente, la apoderada propuso las excepciones denominadas "*inexistencia del derecho*" señalando que el acto administrativo se encuentra ajustado al ordenamiento jurídico y "*prescripción parcial del derecho*", aduciendo que los derechos laborales correspondientes a los periodos anteriores al mes de Agosto de 2011 prescribieron, pues el demandante presentó el medio de control en el mes de Agosto de 2015 (fls. 167 y 168).

6. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue radicada ante la Oficina de Apoyo Judicial de Duitama el 13 de Agosto de 2015 (fl. 118), siendo asignada por reparto al Juzgado Tercero Mixto de Descongestión del Circuito de Duitama y admitida por auto del 24 de Septiembre de 2015 (fls. 122 y 123).

Posteriormente por auto del 3 de Diciembre de 2015 el Juzgado Administrativo 751 Mixto de Descongestión del Circuito Judicial de Duitama, avoco conocimiento del proceso de la referencia en virtud de la extinción del Juzgado Tercero Mixto de Descongestión del Circuito de Duitama.

Finalmente, mediante providencia del 14 de marzo de 2016 este Juzgado avocó conocimiento del medio de control de la referencia (fl. 218); el 25 de Agosto de 2016 se llevó a cabo la audiencia inicial (fls. 236 a 238); el 20 de Septiembre de 2016 se celebró la audiencia de pruebas (fls. 269 a 272); en la cual se dispuso prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto (fl. 269 reverso).

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante y la entidad demandada presentaron alegatos de conclusión reiterando los argumentos de la demanda y de la contestación, sin realizar cambios sustanciales en sus exposiciones, tal como consta a folios 273 a 293 del expediente.

8. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se contrae a determinar si entre el Señor LUIS RAFAEL MERCHÁN GONZÁLEZ y el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA Regional Boyacá, se configuró un vínculo laboral, que desnaturalizó los contratos de prestación de servicios suscritos por ambas partes y por lo tanto, hay lugar al reconocimiento de las prestaciones sociales y demás derechos salariales causados durante el tiempo en que se desempeñó como instructor en el área de electromecánica de la entidad demandada.

Para llegar a una decisión respecto del conflicto planteado el Despacho considera necesario realizar un análisis frente a los siguientes temas, a saber: i) Del principio de la primacía de la realidad sobre las formas y el contrato realidad; ii) caso concreto.

9. PRINCIPIO DE LA PRIMACIA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS Y EL CONTRATO REALIDAD

El artículo 53 de la Constitución Política establece el principio de primacía de la realidad sobre las formas como garantía de los derechos de los trabajadores más allá de las condiciones que formalmente se hayan pactado. En ese sentido, la Corte Constitucional¹ ha precisado que se puede hablar de la existencia de una relación jerárquica de trabajo cuando la realidad del contexto demuestre que una persona natural aparece prestando servicios personales bajo continuada subordinación o dependencia a otra persona natural o jurídica, de este modo nacen derechos y obligaciones entre las partes, que se ubican en el ámbito de la regulación laboral ordinaria.

¹ Sentencia T-287 del 14 de abril de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Ahora bien, la Sección Segunda del Consejo de Estado² ha sido constante en la aplicación del principio de prevalencia de la realidad sustancial sobre la forma y la eficacia del contrato realidad al resolver controversias que tienen que ver con relaciones laborales o legales y reglamentarias disfrazadas mediante contratos de prestación de servicios, las cuales se realizan con el principal propósito de evitar el pago de los beneficios prestacionales inherentes a las primeras.

Así mismo, el Alto Tribunal señaló³ que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, tiene plena operancia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal 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.

Ahora bien, tal como lo ha decantado la jurisprudencia de la Alta Corporación, se constituye en requisito para acreditar la existencia de una relación laboral, que el interesado pruebe en forma incontrovertible la subordinación y dependencia, y que de hecho desplegó funciones públicas, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor, siempre y cuando la aludida subordinación no enmarque simplemente una relación de coordinación entre las partes contractuales para el desarrollo de la labor encomendada, de acuerdo a las particularidades de la función a desempeñar.

La viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad, depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte demandante, dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación sucinta y la presencia real dentro de la actividad desplegada de los elementos anteriormente señalados, especialmente el de subordinación o dependencia respecto del empleador, que es el que fundamentalmente desentraña la existencia de una relación laboral encubierta, lo que obliga al estudio del conjunto probatorio que acompaña el expediente en aras de establecer las condiciones reales de prestación del servicio.

No sobra precisar que además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte demandante demostrar la permanencia, es decir que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral.

10. CASO CONCRETO

La carga probatoria de los elementos del contrato laboral bajo la tesis jurídica del contrato realidad, corresponde exclusivamente a quien alega la figura o espera ser cobijado por la protección que brinda el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, esto es, la persona vinculada mediante el contrato de prestación de servicios y que acude en sede judicial a solicitar la protección de sus derechos.

² Sentencia del 26 de mayo de 2016, Radicación número: 81001-23-33-000-2013-00034-01(1536-14), Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.

³ *Ibidem*.

Por lo anterior, se analizarán las pruebas allegadas al proceso, así se observa que en el expediente se encuentra acreditado que el Señor LUIS RAFAEL MERCHÁN GONZÁLEZ, prestó sus servicios como Instructor- Contratista al servicio del SENA, durante los siguientes periodos:

No.	Contrato y/o Orden de Trabajo	Termino de ejecución	Valor contrato
1	Contrato Sin Número del 17 de Abril de 1995 (fl. 11)	Del 2 de Mayo de 1995 al 23 de Junio de 1995 (1 mes y 21 días)	\$950.000 por 190 horas, cada hora por valor de \$5.000.
2	Orden de Trabajo No. 0150 del 23 de Enero de 1996 (fl. 12)	Desde la fecha de legalización de la orden hasta el 29 de Marzo de 1996 (2 meses y 6 días)	\$1.468.750 por 235 horas, cada hora por valor de \$6.250.
3	Orden de trabajo No. 0615 del 1 de Abril de 1996 (fl. 13)	Desde la fecha de legalización de la orden hasta el 18 de diciembre de 1996 (8 meses y 17 días)	\$5.406.250 por 865 horas, cada hora por valor de \$6.250.
4	Contrato de prestación de servicios 157 del 3 de febrero de 1997 (fls. 176 a 178 adicionado mediante otrosí No. 80029 del 30 de julio de 1997 (fl. 298).	6 meses del 3 febrero de 1997 a 30 de Julio de 1997 + 3 meses adición en plazo del 01 de Agosto de 1997 al 2 de Noviembre de 1997.	\$5.100.000 por 600 horas, cada hora por valor de \$8.500, adición en valor por la suma de \$1.632.000.
5	Orden de Trabajo No. 00942 del 24 de octubre de 1997 (fl. 14)	Desde la fecha de legalización de la orden hasta el 19 de diciembre de 1997 (1 mes y 25 días).	\$935.000 por 110 horas, cada hora por valor de \$8.500.
6	Orden de Trabajo No. 00120 del 22 de enero de 1998 (fl. 15)	Desde la fecha de legalización de la orden hasta el 30 de junio de 1998 (5 meses y 8 días).	\$5.232.300 por 535 horas, cada hora por valor de \$9.780.
7	Orden de Trabajo No. 00716 del 6 de julio de 1998 (fl. 16)	Desde la fecha de legalización de la orden hasta el 18 de septiembre de 1998 (2 meses y 12 días).	\$2.934.000 por 300 horas, cada hora por valor de \$9.780.
8	Orden de Trabajo No. 1032 del 25 de septiembre de 1998 (fl. 17).	Desde la fecha de legalización hasta el 11 de diciembre de 1998 (2 meses y 16 días).	\$2.934.000 por 300 horas, cada hora por valor de \$9.780.
9		Enero de 1999 a 31 de diciembre de 1999.	Obra certificación de pagos mayo, junio, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 1999 por valor de \$6.867.333 (648 horas) (fl. 64 y 361).
10	Orden de Trabajo No. 01463 no es clara la fecha (fl. 182).	Desde la fecha de legalización hasta el 10 de diciembre de 1999.	\$1.527.520 por 142 horas, cada hora por valor de \$10.760.
11	Orden de Trabajo No. 0095 del 04 de agosto de 2000 (fl. 18)	Desde la fecha de legalización hasta el 13 de diciembre de 2000 (4 meses y 9 días).	\$2.904.000 por 264 horas, cada hora por valor de \$11.000.
12	Orden de Trabajo No. 298 del 21 de marzo de 2001 (fl. 19)	Desde la fecha de legalización hasta el 22 de junio de 2001 (3 meses y 1 día).	\$3.000.000 por 250 horas, cada hora por valor de \$12.000.
13	Orden de Trabajo No. 953 del 27 de diciembre de 2001 (fl. 20). Acta de liquidación Orden de Servicio No. 953 (fl. 309).	Desde la legalización de la orden hasta el 22 de marzo de 2002 (2 meses y 5 días) suspensión entre el 30 de diciembre de 2001 al 16 de enero de 2002 por vacaciones colectivas de la entidad.	\$2.750.000 por 220 horas, cada hora por valor de \$12.500.
14	Orden de Trabajo No. 291 del 5 de abril de 2002 (fl. 21). Acta de liquidación Orden de Servicio No. 291 (fl. 311).	Desde la legalización de la orden hasta el 28 de junio de 2002 (2 meses y 23 días).	\$4.050.000 por 324 horas, cada hora por valor de \$12.150.

15	Orden de Trabajo No. 582 del 15 de julio de 2002 (fl. 22) Acta de liquidación anticipada de la Orden de Servicio No. 582 (fl. 313).	Desde la legalización de la orden hasta el 13 de diciembre de 2002 en virtud de la liquidación anticipada se termina el 30 de noviembre de 2002 (4 meses y 15 días).	\$5.500.000 por 440 horas, cada hora por valor de \$12.500.
16	Orden de Trabajo No. 004 del 20 de enero de 2003 (fl. 23) Acta de liquidación de la Orden de Servicio No. 004 (fl. 316).	Desde la legalización de la orden hasta el 27 de junio de 2003 (5 meses y 7 días).	\$5.446.875 por 415 horas, cada hora por valor de \$13.125.
17	Orden de Trabajo No. 321 del 11 de julio de 2003 (fl. 24) Acta de liquidación de la Orden de Servicio No. 321 (fl. 319).	Desde la legalización de la orden hasta el 12 de diciembre de 2003 (5 meses y 1 día).	\$6.103.125 por 465 horas, cada hora por valor de \$13.125.
18	Orden de Trabajo No. 861 del 15 de diciembre de 2003 (fl. 25). Acta de liquidación de la Orden de Servicio No. 861 (fl. 322).	Desde la legalización de la orden hasta el 14 de abril de 2004 (3 meses y 29 días).	\$4.212.600 por 300 horas, cada hora por valor de \$14.000.
19	Orden de Trabajo No. 0067 del 29 de abril de 2004 (fl. 26). Acta de liquidación de la Orden de Servicio No. 0067 (fl. 325).	Desde la legalización de la orden hasta el 10 de diciembre de 2004 (7 meses y 11 días).	\$10.457.664 por 744 horas, cada hora por valor de \$14.000.
20	Orden de Prestación de Servicios No. 816 del 23 de diciembre de 2004 (fl. 27). Acta de liquidación de la Orden de Servicio No. 816 (fl. 328).	Desde la fecha de aprobación de la póliza hasta el 8 de abril de 2005 (3 meses y 11 días).	\$2.786.100 por 185 horas, cada hora por valor de \$15.000.
21	Orden de Prestación de Servicios No. 0067 del 20 de abril de 2005 (fl. 28) Acta de liquidación de la Orden de Servicio No. 0067 (fl. 325).	Desde la fecha de aprobación de la póliza hasta el 24 de junio de 2005 (2 meses y 4 días).	\$4.030.458 por 260 horas, cada hora por valor de \$16.058.
22	Orden de Prestación de Servicios No. 133 del 7 de julio de 2005 (fl. 29) Acta de liquidación de la Orden de Servicio No. 133 (fl. 332).	Desde la fecha de aprobación de la póliza hasta el 12 de diciembre de 2005 (5 meses y 5 días).	\$6.820.774 por 440 horas, cada hora por valor de \$15.440.
23	Orden de Prestación de Servicios No. 020 del 16 de enero de 2006 (fl. 30) Acta de liquidación de la Orden de Servicio No. 020 (fl. 335).	Desde la fecha de aprobación de la póliza hasta el 16 de diciembre de 2006 (aprox. 1 año).	\$16.365.200 por 1000 horas, cada hora por valor de \$16.300.
24	Orden de Prestación de Servicios No. 050 del 30 de marzo de 2007 (fl. 31) Acta de liquidación de la Orden de Servicio No. 050 (fl. 338).	Desde la fecha de aprobación de la póliza hasta el 17 de diciembre de 2007 (8 meses).	\$15.087.078 por 878 horas, cada hora por valor de \$17.115.
25	Orden de Prestación de Servicios No. 0039 del 20 de febrero de 2008 (fls. 32 a 34). Acta de liquidación de la Orden de Servicio No. 0039 (fl. 335).	Desde la fecha de aprobación de la garantía hasta el 3 de julio de 2008 (4 meses y 11 días).	\$7.758.008 por 430 horas, cada hora por valor de \$17.970.
26	Contrato de prestación de servicios No. 155 del 23 de julio de 2008 (fls. 35 a 37). Acta de liquidación de la Orden de Servicio No. 155 (fl. 338).	El término de duración es de 410 horas contadas a partir de la aprobación de la póliza.	\$7.758.008 por 410 horas, cada hora por valor de \$17.970.
27	Contrato de prestación de servicios No. 092 del 17 de febrero de 2009 (fls. 38 a 40). Acta de liquidación de la Orden de Servicio No. 092 (fl. 338).	El término de duración es de 9 meses y 24 días contados a partir de la aprobación de la póliza.	\$22.630.160, pagos mensuales de \$2.300.000.

28	Contrato de prestación de servicios No. 151 del 28 de enero de 2010 (fls.41 a 44). Acta de liquidación del Contrato de prestación de servicios No. 151 (fls. 351 y 352).	El término de duración es de 10,5 meses contados a partir de la aprobación de la póliza.	\$26.250.000, pagos por mensualidades vencidas.
29	Contrato de prestación de servicios No. 073 del 31 de enero de 2011 (fls.45 a 49). Acta de liquidación del Contrato de prestación de servicios No. 073 (fls. 349 y 350).	El término de duración es de 5 meses, desde el 01 de febrero al 30 de junio de 2011 previa aprobación de la póliza.	\$13.000.000, pagos por mensualidades vencidas.
30	Contrato de prestación de servicios No. 274 del 8 de julio de 2011 (fls.50 a 53). Adición No. 001 del 3 de Octubre de 2011 (fls. 54 y 55). Acta de liquidación del Contrato de prestación de servicios No. 274 (fls. 353 y 354).	El término de duración es de 4 meses contados a partir de la aprobación de la póliza. Adición en tiempo de un mes para un total de 5 meses.	\$10.400.000, pagos mensuales de \$2.600.000. Adición en valor de \$2.600.000 para un total de \$13.000.000.
31	Contrato de prestación de servicios No. 055 del 23 de enero de 2012 (fls.56 a 59). Informe final de supervisión del 4 de julio de 2012 del Contrato No. 055 del 23 de enero de 2012.	Plazo de ejecución 5,3 meses sin exceder del 4 de julio de 2012 contados a partir del cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento del contrato fijados en la cláusula décima segunda.	\$13.780.000, Pagos mensuales de \$2.600.000.

Que el Señor LUIS RAFAEL MERCHÁN GONZÁLEZ, ostenta título profesional de Ingeniero electromecánico según consta en la hoja de vida y demás documentos allegados por la entidad demandada (fls. 254 a 272).

Así mismo, en los contratos y ordenes de trabajo, antes relacionadas se obligaba a prestar sus servicios profesionales como Instructor en el área de electricidad, electrónica, mecánica básica y automotriz de forma directa y personal en actividades que desarrollara el SENA Regional Boyacá a través del Centro Industrial de Mantenimiento y Manufactura, impartiendo formación profesional en los diferentes aprendizajes y cursos especiales programados en los diversos municipios del Departamento de Boyacá, aportando en forma permanente y exclusiva sus conocimientos y experiencias en el desarrollo del objeto contractual.

De igual manera se advierte que el demandante, en el cargo de Instructor-Contratista debía cumplir las obligaciones señaladas en los contratos, que en general se destacan las siguientes:

- *Cumplir con el objeto contractual pactado, bajo las condiciones económicas y técnicas descritas en los horarios y lugares que el SENA indique. (fl.33, 36)*
- *Prestar los servicios con seriedad, responsabilidad, profesionalidad y eficiencia. (fl.33, 36,)*
- *Acatar las instrucciones que durante el desarrollo del contrato imparta el SENA por conducto del funcionario que ejercerá la supervisión. (fl. 33, 36)*
- *Atender oportunamente los requerimientos que haga el supervisor del contrato y presentar informes mensuales de la ejecución del contrato. (fl.56)*
- *Conformar los equipos de desarrollo curricular interdisciplinarios por programa o conjunto de programas, por redes tecnológicas, para garantizar integralidad en la formulación de proyectos formativos, el diseño de actividades de aprendizaje, el diseño de talleres e ítems que alimentaran los bancos de prueba para la selección de aprendices, entre otras. (fl.46)*

- *Participar en la programación y ejecución del proceso de inducción de aprendices de formación titulada y el reconocimiento de aprendizajes previos. (fl.46)*
- *Reportar en el sistema Sofia Plus en un plazo máximo de 3 días 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.(fl.46)*
- *Diseñar, actualizar y fortalecer el banco de actividades de los programas de formación. (fl.46)*
- *Presentar planillas de asistencia, reporte de notas, guías de planeación de sesiones de enseñanza, de aprendizaje y fotocopia de recibos de pago de aportes a seguridad (fl.24, 25, 26, 27, 28,29, 30)*
- *Responder por los bienes y elementos puestos a su disposición para el cumplimiento del objeto contratado. (fl.33, 36, 39)*

Ahora bien, el Manual Específico de Funciones y Requisitos para el cargo de Instructor del SENA, adoptado por la Resolución No. 01732 de 1989, 0081 del 30 de enero de 2004⁴ y 986 de 2007 detalla las labores y competencias que se deben desempeñar en dicho empleo, normas que por su carácter nacional, son de consulta pública, dentro de las cuales se enuncian las siguientes:

- *Orientar procesos de enseñanza y aprendizaje en cualquiera de las modalidades establecidas en la entidad*
- *Efectuar el seguimiento y evaluación de los procesos de enseñanza y aprendizaje*
- *Participar en programas y acciones del centro o programa al cual este asignado, así como en la capacitación o actualización técnica o pedagógica de docentes, como cursos, cuando se requiera*
- *Rendir oportunamente los informes requeridos sobre las acciones encomendadas y los productos resultantes de procesos de aprendizaje realizados por los alumnos a quienes imparte formación profesional, entre otras.*
- *Trabajar con otros de forma conjunta y de manera participativa, integrando esfuerzos para la consecución de metas institucionales de la formación profesional integral del talento humano.*
- *Adquirir y desarrollar permanentemente conocimientos, destrezas y habilidades, con el fin de mantener altos estándares de eficacia organizacional.*

Por otro lado en la audiencia de pruebas celebrada el 20 de septiembre 2016, se practicaron los **testimonios** del Señor JOSE FRANCISCO RODRIGUEZ quien labora en el Centro de Servicios Empresariales y Turísticos del SENA en Bucaramanga como Instructor de conducción y seguridad vial y la Señora IRMA ESPERANZA ZANBRANO SILVA, quien se desempeña como instructora de ética en planta desde el año 2012 hasta la fecha en el Centro Agropecuario del SENA en Duitama, declarantes que manifestaron conocer al Señor LUIS RAFAEL MERCHAN GONZALEZ como contratista - instructor de electricidad del SENA del Centro Industrial de Mantenimiento y Manufactura.

El Señor **JOSE FRANCISCO RODRIGUEZ** al ser interrogado sobre los hechos de la demanda señaló que conocía al demandante desde hace unos 20 años en razón a que fueron contratistas del SENA en el Centro Multisectorial de la Regional Boyacá en Sogamoso, lo conoció como instructor en el área de electricidad, indico que se

⁴ http://www.sindesena.org/descargas/doc_details/415-resolucion-0081-de-2004-manual-funciones.html

encontraban en varias reuniones de carácter laboral a las cuales eran convocados por los supervisores de contratos y la Subdirección de Centro, así como en los transportes que tomaban para llegar a su lugar de trabajo. (Minuto 00:09:40 al minuto 00:10:40 del CD a folio 272 del expediente).

En lo que respecta a la *subordinación* precisó:

(...) **"Teníamos una supervisión directa de una persona que nos revisaba la parte de desempeño académico y teníamos a otro supervisor que era el supervisor de contratistas que era la persona que nos controlaba la parte de cumplimiento de los horarios y las disposiciones que el SENA tenía para efectos del pago mensual al que teníamos derecho por el contrato".** (Minuto 00:14:56 a 00:15:25 del CD a folio 272 del expediente)

"Tenía que entregar unas incapacidades médicas para justificar su ausencia en las clases que él tenía que cumplir con sus compromisos adquiridos por el SENA, no había ningún descuento pero esas horas las tenía que recuperar después aumentando horario o trabajando los sábados." (Minuto 00:17:55 a 00:18:40 del CD a folio 272 del expediente)

"Teníamos que cumplir con la parte misional del SENA en el sentido de orientar los procesos formativos acordes a todos los programas de diseño curricular en la parte de igualdad desde el punto de vista de misión del SENA, ya en la parte salarial si teníamos bastantes conflictos" (Minuto 00:20:33 a 00:21:17 del CD a folio 272 del expediente)

"En ningún momento el Señor LUIS RAFAEL MERCHAN, tenía autonomía para orientar un proceso formativo de acuerdo a sus criterios sino que él dependía de unos programas de formación establecidos por diseño curricular desde Bogotá o en muchos casos por equipos de diseño curricular en los que él tenía que someterse a lo establecido en esos programas de formación que el SENA nos imponía o le imponía a él." (Minuto 00:26:39 a 00:27:09 del CD a folio 272 del expediente)

En cuanto al *horario*, afirmó:

"Habitualmente ingresábamos a las 7 de la mañana y terminábamos a las 5 de la tarde, en algunos horarios o para él le disponían horarios en la noche, me consta porque yo fui instructor de bus formando conductores y en algunas oportunidades llegábamos de viaje a las 9 o 10 de la noche, y ahí nos encontrábamos con el trabajando, es más en algunas oportunidades lo espere que él saliera para salir juntos a coger bus para ir a Duitama. El horario normal en que fundamentalmente nos encontrábamos y teníamos que ingresar 7 de la mañana y salíamos a las 5 de la tarde". (Minuto 00:15:42 a 00:16:27 del CD a folio 272 del expediente)

"Nosotros teníamos que cumplir con un horario independientemente de si teníamos o no ese día alguna actividad académica, teníamos que estar allá a las 7 de la mañana todos los días, había un supervisor que ingresaba por los salones viendo que ya hubiéramos llegado, él tenía que cumplir con su programación, nos daban unos horarios de los grupos que teníamos que atender y teníamos que cumplir con esos horarios que nos daban desde la jefatura de centro." (Minuto 00:19:24 a 00:20:16 del CD a folio 272 del expediente)

A su turno, la Señora **IRMA ESPERANZA ZANBRANO SILVA**, señaló que conoció al demandante desde el año 1996 en el SENA como instructor de electricidad, que compartían formación con algunos grupos, porque también trabajaba en ese lugar como Instructora de ética y todos los grupos reciben formación en ética, entonces coincidían en algunos horarios en Sogamoso o en otros municipios a donde el SENA programará, horarios que a veces eran de noche de 6 a 10 de la noche, compartían horarios, a veces desplazamientos a Duitama de Sogamoso, porque también vivía en Duitama y trabajaba en ese tiempo en el Centro Industrial de Mantenimiento y Manufactura, indicó que tenían que cumplir horarios y suministrarse a ellos mismos los elementos para desarrollar la formación, además que compartían en reuniones y comités (Minuto 00:33:49 al minuto 00:36:43 del CD a folio 272 del expediente).

Así mismo sobre el elemento de la *subordinación*, indicó:

"Un jefe inmediato, el supervisor de contratistas al que debía cumplirle con el horario que le entregaba, entregar los informes mensuales de trabajo, los recibos de pago y salud y pensión, era mi mismo supervisor a fin de mes nos encontrábamos en la reunión mensual con todos los demás funcionarios del centro y teníamos que entregar pues el material del mes, las guías de aprendizaje, todo el desarrollo curricular que nos asignaban como orden de trabajo para el mes, los dos debíamos entregar los mismos documentos". (Minuto 00:41:34 a minuto 00:42:33 del CD a folio 272 del expediente)

"Su salud nunca fue la mejor y a veces cuando teníamos trabajo en la noche tenía que pedir permiso al supervisor de contratistas o a la persona que hacía las funciones de coordinador académico, entonces tenía que pedir permiso por alguna afectación sobre todo de clima, cansancio o de salud". (Minuto 00:44:20 a minuto 00:45:05 del CD a folio 272 del expediente)

"En cuanto a la cantidad de trabajo que tocaba hacer y a las funciones como tal había igualdad con los funcionarios de planta, pero en cuanto a las condiciones de retribución de la entidad para él pues no, porque para el desplazamiento no habían las condiciones que tenía el personal de planta, porque nosotros nos desplazábamos con nuestros propios recursos, pero la cantidad de trabajo y las funciones las mismas que el personal de planta." (Minuto 00:44:20 a minuto 00:45:05 del CD a folio 272 del expediente)

"Él no podía ser autónomo ahí porque el SENA hace una programación con un resultado de aprendizaje, con una competencia, con un horario y pues él tenía en base con esa programación que elaborar pues ya su material personal, sus guías, evaluaciones o cuestionario, pero ahí él no podía ser autónomo en lo que iba a desarrollar, desarrollaba lo que el SENA le programaba". (Minuto 00:51:02 a minuto 00:51:29 del CD a folio 272 del expediente)

Frente al *horario* que cumplía el Señor Luis Rafael Merchán Rodríguez, señaló:

"Debía cumplir un horario porque el horario incluye varios instructores en la jornada si es de 6 de la mañana a doce del día incluye una franja para los instructores de ética y pues me consta que en el horario aparecía el nombre de él y aparecía mi nombre junto con el nombre de otros instructores de las demás materias que debían desarrollar (minuto 00:42:44 a minuto 00:43:13 del CD a folio 272 del expediente)

De los elementos probatorios, relacionados en líneas anteriores, se advierte que el demandante **prestó sus servicios de manera personal y directa como instructor** en el Centro Industrial de Mantenimiento y Manufactura del SENA – Regional Boyacá, pues de ello da cuenta lo dicho por los testigos, la certificación expedida por la Profesional del Sena Regional Boyacá, en la que constan los servicios prestados del 2 de Mayo de 1995 al 12 de Diciembre de 2005 mediante las diferentes órdenes de trabajo como Ingeniero electromecánico, impartiendo formación profesional en los bloques modulares de máquinas eléctricas y rotativas, transformadores de baja potencia y controles eléctricos, en los cursos del Centro Multisectorial de la entidad (fls. 290 y 291) y los contratos de prestación de servicios y órdenes de trabajo ejecutados por el demandante durante el 2 de Mayo de 1995 al 4 de Julio de 2012, los cuales fueron allegados por la parte demandante (fls. 11 a 59) y por la entidad demandada (fls. 170 a 205 y 292 a 356).

De igual modo, percibió una **remuneración o contraprestación económica** por la labor personal que realizó al servicio del SENA, según lo estipulado en cada contrato y orden de prestación de servicios allegados al plenario.

Así mismo, se configuró el elemento **subordinación y dependencia**, comprobado en la intemporalidad de la relación, pues las pruebas obrantes en el proceso evidencian que las funciones desempeñadas por el demandante no fueron de carácter transitorio o esporádico, característica propia del contrato de prestación de servicios, sino que por el contrario, se trató de una relación prolongada en el tiempo como lo demuestran los **31 contratos** y ordenes de trabajo celebrados por las partes entre el **2 de mayo de 1995 y el 4 de julio de 2012**.

En este punto, es importante señalar que si bien es cierto en algunos periodos que incluso superan el año, la entidad demandada y el demandante suscribieron órdenes de servicio cuya duración en algunos casos no fue superior a seis meses; también lo es que revisando las fechas de inicio y de terminación de las mismas, se observa que en dichos años se daba por terminado un vínculo contractual y se suscribía otro para seguir ejecutando el mismo objeto contractual, por tanto durante el periodo comprendido entre el **2 de mayo de 1995 al 4 de julio de 2012**, se celebraron diferentes contratos de prestación de servicios de manera sucesiva, situación que por ese solo hecho, no desvirtúa la existencia del contrato realidad en la medida que las condiciones de desempeño se mantienen durante la ejecución de cada uno de los contratos relacionados en la tabla elaborada en esta providencia.

Ahora bien, no sobra precisar que las funciones que ejecutó el demandante como contratista - instructor guarda similitud con las establecidas para los instructores de planta del Centro Industrial de Mantenimiento y Manufactura del SENA – Regional Boyacá, tan es así que los programas que elaboraba el Coordinador Académico de la entidad eran preestablecidos como los horarios que tenía que cumplir uno u otro instructor – contratista y planta -, dentro de la formación profesional, a tal punto que todos los instructores, sin distinción por la modalidad de vinculación, concurrían o interactuaban en un mismo grupo cuando eran requeridos por los Coordinadores en calidad de Jefes inmediatos de los mismos, tal como lo reiteraron los dos testigos que declararon en la audiencia de pruebas llevada a cabo dentro del proceso de la referencia, quienes fueron contundentes en señalar que en el SENA no existía ninguna diferencia entre los formadores contratistas y los de planta, porque prestaban los mismos servicios y cumplían las mismas funciones, cumpliendo horarios de más de 8 horas, debiendo todos obedecer tanto las instrucciones como las órdenes de los Coordinadores Académicos, que implicaban incluso no sólo la entrega mensual de reportes de cumplimiento de actividades sino además la necesidad de solicitar el permiso correspondiente para ausentarse de la labor.

En este sentido, se infiere que las labores desempeñadas por el demandante no fueron de carácter temporal u ocasional, particularidad propia del contrato de prestación de servicios, sino que por el contrario, se trató de una relación prolongada en el tiempo como lo demuestran los 31 contratos y órdenes de prestación de servicios que fueron celebrados entre la demandante y el Sena Regional Boyacá – Sede Centro Industrial de Mantenimiento y Manufactura, los cuales fueron ejecutados por lapsos ocurridos entre el **2 de mayo de 1995** y el **4 de julio de 2012**.

Este amplio periodo de vinculación, constituye un indicio claro de que bajo la figura de contratos y órdenes de prestación de servicios, se dio en realidad una relación de tipo laboral.

En efecto, esta desproporción en la utilización de la figura prevista en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, evidencia que la contratación del Señor **LUIS RAFAEL MERCHAN GONZALEZ**, se produjo con el ánimo de emplearlo de modo permanente en la entidad, pero desconociendo sus derechos salariales y prestacionales de carácter irrenunciable y en abierta pugna con el principio constitucional de igualdad.

Por consiguiente, pese a que en las órdenes de trabajo y en los contratos de prestación de servicios se estableció que el contratista cumpliría con el objeto contractual en forma independiente, es decir, sin subordinación alguna, por lo cual en principio no se configuraría relación laboral entre ésta y la administración, lo cierto es que las pruebas recaudadas desvirtúan la cláusula contractual relacionada con este aspecto, pues de acuerdo con la forma como se ejecutaron las actividades, se observa la **subordinación**, elemento propio de una relación laboral.

De otro lado es del caso señalar, que la función legal y misional prestada por el SENA a través de los instructores se orienta a una formación integral, profesional y laboral certificando a sus estudiantes, es decir que por estas características y su naturaleza se clasifica dentro de un sistema de educación no formal, motivo por el cual, no puede ser otra su categoría, pues no hace parte de los niveles propios de educación formal establecidos en el artículo 11 de la Ley 115 de 1994 (preescolar, educación básica y educación media), ni se cataloga dentro de la definición de educación informal, regulándose en lo concerniente por las normas generales del Servicio Público de Educación.

Por consiguiente la labor de formación en el SENA no es independiente, sino que el servicio se presta en forma personal y de manera subordinada al cumplimiento de los reglamentos, fines y principios del Servicio Público de la Educación, cumpliendo su actividad conforme a las directrices impartidas, no sólo por el SENA, sino por las autoridades educativas y sin gozar de independencia con respecto a la actividad desarrollada. Mal podría sostenerse entonces, que existió una relación de coordinación, cuando la actividad desarrollada por el Señor LUIS RAFAEL MERCHAN GONZALEZ se cumplió de conformidad con las orientaciones emanadas por el SENA, prestando sus servicios de manera subordinada y no bajo su propia dirección y gobierno.

En casos similares al debatido en el presente asunto, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 27 de abril de 2016, Radicación número: 66001-23-31-000-2012-00241-01(2525-14), con Ponente del Consejero Gabriel Valbuena Hernández, señaló:

"En efecto, las probanzas evidencian que la función desplegada por el accionante no fue de carácter transitorio o esporádico -característica propia del contrato de prestación de servicios-, sino que por el contrario, se trató de una relación prolongada en el tiempo, en la que laboró en calidad de Instructor brindando capacitación a los beneficiarios de esos programas, que a su turno le eran expresamente asignados por los Coordinadores Académicos y los Jefes del Centro Agropecuario, según los planes docentes previamente definidos por la entidad. Y en cumplimiento del horario de labores que le fue encomendado en forma directa por dichos funcionarios, que comprendía impartir la formación durante determinadas horas por día según las áreas de instrucción que previamente le fueron definidas; situación que de todos modos implicó la ejecución de la labor asignada, con constancia y cotidianidad en los tiempos que explícitamente le fueron estipulados, teniendo en cuenta el programa a desarrollar y las metas a cumplir, además, de la entrega de reportes a su superior, referidos al cumplimiento del trabajo conferido. Todo ello, en franco desconocimiento de sus derechos salariales y prestacionales de carácter irrenunciable y en abierta pugna, no sólo con la ley⁵ y con la jurisprudencia sino también con el principio constitucional de igualdad."

En suma, desvirtuadas como se encuentran tanto la autonomía e independencia en la prestación del servicio por parte del demandante como la transitoriedad u ocasionalidad propia de un verdadero contrato de prestación de servicios y probados todos los elementos característicos de la relación laboral, se concluye que en el presente asunto, se configuró el contrato realidad, porque evidentemente la administración utilizó equivocadamente la figura contractual para encubrir la naturaleza

⁵ El artículo 2º del Decreto 2400 de 1968, modificado por el Decreto 3074 del mismo año, norma que se encuentra vigente, dispuso: "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". (Negrillas originales de la cita)

real de la labor desempeñada, por lo que se configura en este caso el contrato realidad en aplicación de los principios consagrados en el artículo 13 y 53 de la Carta Política, en tanto el demandante prestó sus servicios como instructor en el Centro Industrial de Mantenimiento y Manufactura del SENA – Regional Boyacá de manera subordinada en las mismas condiciones que los demás empleados públicos.

Bajo estas condiciones, el Consejo de Estado⁶ ha advertido que las diferentes situaciones administrativas y necesidades del servicio, no pueden convertirse en evasivas para vincular precaria e ilegalmente personal para el desempeño permanente de funciones públicas desconociendo las formas sustanciales de derecho público, las modalidades previstas en la Constitución y la Ley para el ingreso al servicio público y aun las garantías laborales y derechos fundamentales de quienes así resultan vinculados.

En suma, no se encuentra acreditada la excepción denominada *inexistencia del derecho*, por el contrario se accederá a las pretensiones de la demanda, en el sentido de declarar la nulidad del acto administrativo número 2-2015-001302 del 26 de Junio de 2015, expedido por el Director Regional del Servicio Nacional de Aprendizaje – Regional Boyacá, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y las cotizaciones a la seguridad social y demás derechos producto de la relación laboral existente con el demandante durante todo el tiempo laborado y en consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, la entidad demandada deberá cancelar en favor del Señor LUIS RAFAEL MERCHAN GONZALEZ, las prestaciones sociales que devenga cualquier docente o instructor al servicio de la entidad demandada, liquidados durante los períodos en los cuales se demostró la existencia de la relación laboral, es decir, durante los plazos pactados en los 31 contratos y ordenes de prestación de servicios que se desarrollaron en el periodo comprendido entre el **2 de mayo de 1995 y el 4 de julio de 2012**, exceptuando los periodos durante los cuales, no existió vinculación del demandante con la entidad.

11. APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL

Resulta aplicable el Sistema de Seguridad Social Integral previsto en la Ley 100 de 1993, el cual garantiza el cubrimiento de las contingencias de pensión y salud, por eso nuestro ordenamiento jurídico señala que dichas prestaciones sociales son cubiertas por las partes que integran la relación laboral, así por ejemplo, en materia pensional durante la ejecución de un contrato laboral se destinaba el equivalente al 13.5% de la tasa de cotización, monto cubierto por el empleador con un 75% y el trabajador con un 25% (artículo 20 de Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003), y en materia de salud la base de cotización de las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, afiliados obligatorios al Sistema General de Seguridad Social en Salud, es la misma contemplada en el sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 (parágrafo 1º art. 204).

Por tanto, al liquidar el valor de las condenas no se podrá tener en cuenta la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que el SENA – Regional Boyacá no trasladó al respectivo Fondo de Pensiones y a la Empresa Prestadora de Salud, a la cual se encuentre afiliado el demandante, teniendo en cuenta las siguientes reglas:

- a) La entidad demandada deberá pagar al actor la cuota parte correspondiente en tanto acredite haberla sufragado.

⁶ Sección Segunda del Consejo de Estado, providencia del 29 de enero de 2015, Radicación número: 25000-23-25-000-2008-00732-02(4149-13), Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

- b) La entidad accionada deberá girar al Fondo de Pensiones y a la Empresa Prestadora de Salud escogidos por el interesado las sumas a que haya lugar, luego de hacer la liquidación de la diferencia que surja entre los cotizado y lo que debió cotizarse, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.
- c) La entidad demandada deberá tomar como base de liquidación, el precio mensual pactado por honorarios en dichos contratos y ordenes de prestación de servicios.

12. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (Parámetros)

Conforme a la tesis del contrato realidad y la jurisprudencia del Consejo de Estado⁷ en consideración a que se encuentra acreditada la existencia de una relación laboral entre las partes de la litis, en consecuencia debe ordenarse el restablecimiento del derecho para lo cual la entidad demandada Servicio Nacional de Aprendizaje SENA deberá cancelar a favor del demandante LUIS RAFAEL MERCHAN GONZALEZ el valor de las prestaciones sociales a que tiene derecho por el desarrollo de su labor desarrollada en el periodo comprendido entre el **2 de mayo de 1995 y el 4 de julio de 2012**, exceptuando los periodos durante los cuales, no existió vinculación del demandante.

Un aspecto que surge de bulto es que la labor desempeñada por el demandante al servicio del SENA se realiza con intermitencia, cuyos periodos de ejecución señalan distinta intensidad horaria mensual, pero que en la mayoría de los casos no se alcanza las 40 horas semanales de trabajo que la generalidad de empleados públicos de orden nacional tiene asignada de actividad como instructor, como se refleja en la Tabla 1 elaborada en esta providencia, razón que permite colegir que la escala salarial establecida para el personal de planta de la entidad, no le es aplicable al personal vinculado mediante la enmascarada forma de contrato de prestación de servicios, sino que la carga prestacional debe liquidarse con base en el valor pactado en cada uno de los contratos, lo cual no obsta para que se ordene el reconocimiento prestacional analizado en esta Sentencia.

De contera al demandante le asiste el derecho al cómputo del tiempo en que estuvo vinculado a la Entidad para efectos pensionales, lo cual conlleva al pago de las cotizaciones legales que se debían efectuar por dicho concepto, con excepción de los interregnos en los que no hubo contrato vigente, así como de aquellos en los cuales fue suspendida la ejecución del objeto contractual.

La demanda señala que el valor pactado en los contratos debe asimilarse al salario devengado por el demandante, criterio que se admite en este caso pro cuanto no puede reconocerse como ingreso base de liquidación de las prestaciones el **salario** devengado por los demás empleados de planta, por ausencia de criterio objetivo para equiparar con una determinada escala o grado salarial y además porque no se cumple con la intensidad de horario asignada a la generalidad de los empleados públicos de carácter nacional.

En suma la liquidación de la la carga prestacional en favor del demandante deberá seguir los siguientes parámetros:

- a) El ingreso base de liquidación de las prestaciones sociales de la demandante, corresponde al valor pactado en cada uno de los contratos de prestación de servicios suscritos

⁷ Sección Segunda del Consejo de Estado, providencia del 29 de enero de 2015, Radicación número: 25000-23-25-000-2008-00782-02(4149-13), Consejero Ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez.

- b) Los extremos temporales que se deben liquidar las prestaciones sociales corresponde al a cada uno de los plazos pactados en los contratos de prestación de servicios, es decir durante los periodos en que efectivamente el demandante prestó sus servicios, conforme con la relación contenida en la tabla 1 de esta providencia
- c) El demandante tiene derecho a la liquidación y pago de las prestaciones sociales comunes o legales devengadas por los empleados vinculados a la entidad demandada, entre otros: *cesantías, intereses de cesantías, vacaciones, prima de servicios, de navidad y de vacaciones, bonificaciones.*
- d) La entidad demandada deberá **reintegrar** al demandante la cuota parte que no trasladó al respectivo Fondo de **Pensiones** a la que se encontraba afiliado el demandante, en los valores que asumió en condición de contratista (Artículos 15 y 157 de la Ley 100 de 1993) que por norma equivale al 40% del valor del contrato, durante los periodos en que suscribió directamente contrato de prestación de servicios, es decir durante los intervalos y plazos pactados en los contratos de prestación de servicios.
- e) De igual manera la entidad demandada deberá trasladar al fondo de pensiones al que se encuentre afiliado el demandante, la **diferencia** que resulte entre lo reintegrado al contratista y el monto que debía pagar por concepto de aportes a pensión, con base en el ingreso base de liquidación señalado en el literal a) de este capítulo.

13. PRESCRIPCIÓN EN EL CONTRATO REALIDAD

Al respecto, debe señalarse que tratándose de la prescripción de derechos laborales derivados de la existencia de una relación laboral oculta dentro de un contrato de prestación de servicios, su interpretación no ha sido pacífica.

Es así, que el Consejo de Estado a partir de la sentencia de fecha 6 de marzo de 2008, radicada con número interno 2152-06, siendo ponente el Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, indicó que no hay lugar a la prescripción de las prestaciones causadas con ocasión del contrato realidad, como quiera que la exigibilidad de los derechos prestacionales que emergen de la relación laboral develada, es literalmente imposible con anterioridad a la sentencia que declara la existencia de la relación laboral, dado su carácter constitutivo, de manera pues, que es a partir de tal decisión que nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado y por tanto, no podría operar en estos casos el fenómeno procesal extintivo.

Recientemente determinó, que aunque es cierto, que es desde la sentencia que se hacen exigibles las prestaciones derivadas del contrato realidad, también lo es que el particular debe reclamar el reconocimiento de su relación laboral dentro de un término prudencial, que no exceda la prescripción de los derechos que pretende, lo que significa, que debe solicitar la declaratoria de la existencia de esa relación en un término no mayor a tres años⁸.

Esto en razón a que el juez no puede obviar o premiar el hecho de que las personas con posibles derechos surgidos como consecuencia de un contrato de prestación de servicios, esperen un desmesurado paso del tiempo, para acudir a la administración de justicia a fin de que con fundamento en la línea jurisprudencial sostenida en el asunto, se acceda al reconocimiento deprecado.

Así las cosas, en el presente caso, el último contrato celebrado entre el Señor LUIS RAFAEL MERCHÁN GONZÁLEZ y el Centro Industrial de Mantenimiento y Manufactura del SENA – Regional Boyacá, que corresponde al No. 055 del 23 de enero de 2012 se ejecutó hasta el **4 de julio de 2012** (fl.57 y 355) y la reclamación administrativa se elevó el **16 de junio de 2015** (fl.7), es claro que se no se configuró

⁸ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 9 de abril de 2014. Expediente No. 131-13. Consejero Ponente Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

el fenómeno jurídico de la prescripción, pues en el presente caso la sentencia tiene carácter constitutivo del derecho sustancial y la demandante elevó oportunamente la reclamación ante la administración dentro de los 3 años siguientes a la finalización del vínculo contractual.

Por lo anterior la excepción de "*prescripción parcial del derecho*" propuesta por la entidad demandada no está llamada a prosperar.

14. INDEXACION

Los valores reconocidos se ajustarán de conformidad con el artículo 187 del CPACA, desde el momento en que se hicieron exigibles hasta la fecha de ejecutoria de la presente providencia, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

El valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la diferencia resultante, 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 Sentencia, entre el índice inicial vigente a la fecha en que debió realizarse el pago.

Por tratarse de pagos periódicos aplicables a los plazos contractuales en que el demandante prestó sus servicios al SENA, la fórmula se aplicará separadamente por cada periodo en que efectivamente se prestó el servicio por el demandante, conforme a los contratos y convenios suscritos por la demandante.

15. CONDENA EN COSTAS

Atendiendo lo dispuesto en los artículos 188 del C.P.A.C.A y 365 del C.G.P., el Despacho impone condenar en costas y de conformidad con el Acuerdo 1887 de 2003, se fija como agencias en derecho la suma correspondiente al cuatro por ciento (4%) del valor de las pretensiones concedidas en la presente providencia.

16. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso, "*administrando Justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley*"

FALLA:

Primero.- Declarar infundadas las excepciones de *inexistencia del derecho* y *prescripción parcial del derecho*, por las razones expuestas en esta sentencia.

Segundo.- Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio número 2-2015-001302 del 26 de Junio de 2015, expedido por el Director Regional del Servicio Nacional de Aprendizaje – Regional Boyacá, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y las cotizaciones a la seguridad social y demás derechos producto de la relación laboral existente con el demandante durante todo el tiempo que se desempeñó como instructor vinculado bajo órdenes de trabajo y contratos de prestación de servicios.

Tercero.- Declarar la existencia de relación laboral entre el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA – Regional Boyacá y el Señor LUIS RAFAEL MERCHAN GONZALEZ durante los lapsos de ejecución de 31 contratos y ordenes de prestación de servicios suscritos por el demandante con el SENA en el periodo comprendido entre el **2 de mayo de 1995 y el 4 de julio de 2012**, de conformidad con lo expuesto en la presente providencia.

Cuarto.- Condenar al Servicio Nacional de Aprendizaje – Regional Boyacá a pagar en favor del Señor LUIS RAFAEL MERCHAN GONZALEZ identificado con cédula de ciudadanía No. 7.216.199 de Duitama, las prestaciones sociales ordinarias o comunes que percibe un instructor de planta en el SENA – Regional Boyacá, liquidados de conformidad con los parámetros señalados en la parte motiva de esta providencia, tomando como base de liquidación el valor mensual pactado como precio de contrato por concepto de honorarios.

Quinto.- Condenar al Servicio Nacional de Aprendizaje – Regional Boyacá a pagar a título de restablecimiento del derecho a favor del señor LUIS RAFAEL MERCHAN GONZALEZ identificado con cédula de ciudadanía No. 7.216.199 de Duitama, de una parte a **reintegrar** al demandante los porcentajes de cotización a **pensión** en que incurrió y en favor del fondo de pensiones al que se encuentra afiliado, a trasladar la diferencia que resulta respecto del ingreso base de liquidación de esa cuota parte que no trasladó al respectivo Fondo en la forma señalada en la parte motiva de esta providencia.

Sexto.- Declarar que el tiempo laborado por el Señor Luis Rafael Merchán González, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios y órdenes de trabajo, computa para efectos pensionales.

Séptimo.- Las sumas resultantes a favor de la demandante, se ajustarán en su valor con base en el ICP certificado por el DANE, en aplicación de la fórmula indicada en la parte considerativa de la presente providencia.

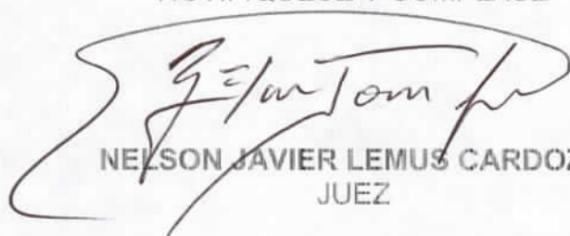
Octavo.- La entidad demandada deberá cumplir la presente sentencia dentro de los términos y previsiones de los artículos 189, 192 y 195 del CPACA.

Noveno.- Condenar en costas a la entidad demandada Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, parte vencida en el proceso, las cuales se liquidarán por Secretaría aplicando el procedimiento establecido en el artículo 366 del CGP.

Décimo.- Se fijan como agencias en derecho la suma correspondiente al cuatro por ciento (4%) del valor de las pretensiones concedidas en la presente providencia.

Décimo Primero.- En firme esta providencia, archivar el expediente, previa liquidación de gastos y devolución de excedentes, si a ello hubiere lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


NELSON JAVIER LEMUS CARDOZO
JUEZ

KETC