



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

Sogamoso, junio veinte (20) de dos mil diecisiete (2017)

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho.
Radicación: 152383339751-2015-00236-00
Demandante: pJosé Iván González Martínez
Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA.

1. ASUNTO

El asunto se contrae a decidir de fondo el asunto mediante 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 JOSE IVAN GONZALEZ por intermedio de apoderado, solicita se declare probada la existencia de una relación laboral entre el demandante y el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, argumentando que concurren los 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.

Solicita que se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en los documentos abajo relacionados, sustentado en que el acto acusado está viciado de ilegalidad por violación directa del ordenamiento jurídico y falsa motivación.

- Oficio número 2-2015-005063 del 13 de febrero de 2015 (fl.30-36), expedido por el SENA a través de la Coordinadora del Grupo de Apoyo Administrativo Mixto Regional Distrito Capital, el cual que negó el reconocimiento y pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones a cargo del empleador
- Oficio número 2-2015-000529 del 26 de marzo de 2015 (fl.43-44), expedido por el Director del SENA – Regional Boyacá, que negó el reconocimiento y pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones.
- Oficio número 2-2015-001495 del 13 de abril de 2015 (fl.45-52), expedido por el Director Regional del SENA Manizales – Regional Caldas, el cual negó el reconocimiento y pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones.

Solicita que se condene al SENA a título de restablecimiento al pago de las prestaciones sociales a cargo del empleador, a saber: *cesantías, e intereses sobre las cesantías, subsidio de alimentación, subsidio educativo, auxilio de transporte, prima de localización, prima de navegación, prima de quinquenal, prima semestral, prima de navidad, recargo nocturno, prima de vacaciones, prima de dirección, prima de recreación, prima de traslado, recargo nocturno, trabajo de dominicales y festivos, atención médica y subsidio o crédito de vivienda, sumas que dejo de pagar durante la relación de trabajo, por concepto de aportes a salud, pensión y riesgos laborales, sumas correspondientes al subsidio familiar y caja de compensación familiar, retención de fuente, indemnización moratoria y sanción por no consignación de cesantías, derivados de la ejecución de cada uno de los contratos, pago de las cotizaciones pensionales que se causaron durante todo el tiempo laborado.*

Solicita que se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido de conformidad con los artículos 192, 194 y 195 CPACA.

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los supuestos fácticos que respaldan las pretensiones de la demanda se sintetizan que el señor JOSE IVAN GONZALEZ MARTINEZ celebró órdenes y contratos de prestación de servicios profesionales regulados por la Ley 80 de 1993, con el Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA" durante el periodo comprendido entre el **16 de abril de 2001 al 16 de junio de 2012 (S/C)** (11 años aproximadamente) corroborado con las certificación expedida por la entidad (fl.53 a 56).

Señala la demanda que los objetos de las órdenes y contratos firmados, giraban en torno a la prestación personal de los servicios profesionales del demandante como **instructor** en el área de Joyería en los programas de formación profesional integral que atiende el SENA, Regional Boyacá durante el periodo 2001-2005 (fl.56) y en la Regional Caldas durante el periodo 2006-2011 (fl.53-55), indicando que durante la vigencia de esos contratos, recibió pagos por concepto de honorarios, es decir que no devengó salario, ni la entidad demandada realizó cotizaciones a favor del demandante al sistema general de seguridad social.

Agrega que mediante petición radicada el 26 de enero de 2015 (fl.24 a 29), el demandante solicitó al SENA el reconocimiento de la relación laboral durante el periodo que fue vinculado por contrato de prestación de servicios y el pago de acreencias laborales, la cual fue resuelta de manera negativa por la Coordinadora de Grupo del Apoyo Administrativo Mixto del SENA con sede en Bogotá mediante **Oficio N° 2-2015-005063 del 13 de febrero del 2015.**(fl. 30 a 36) el cual constituye al primer acto administrativo demandado.

Así mismo, el demandante radico nuevamente derecho de petición ante el SENA radicado 1-2015-008137 el 13 de marzo de 2015 (37-42) con el mismo contenido anterior, la cual fue resuelta en el mismo sentido negativo por el Director de la Regional Boyacá mediante el oficio No. **2-2015-000529 del 26 de marzo de 2015.** (fls. 43 a 44) el cual constituye al segundo acto demandado.

Finalmente mediante acto administrativo **N° 2-2015-001495 del 13 de abril de 2015 (45 -52)** el SENA nuevamente niega el reconocimiento y pago de los derechos pretendidos por el accionante, en su derecho de petición radicado el 13 de marzo de 2015, el cual constituye al tercer acto administrativo demandado.

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, a saber: Artículos 2, 6,13, 25 y 53 de la Constitución Política; Ley 6 de 1945, artículo 1° de la Ley 33 de 1985, Ley 71 de 1988, Ley 91 de 1989, Art 32 de la Ley 80 de 1993, Ley 100 de 1993, Art 105 y 115 de la Ley 115 de 1994, Decreto 1848 de 1969, Decreto 3135 de 1998, Art 7 del Decreto 1950 de 1973, Decreto 1045 de 1978, Art 36 del Decreto 2277 de 1979, Art 163 del Decreto 222 de 1983.

Cita el contenido de la sentencia del 24 de octubre de 1994 proferida por la Corte Suprema de Justicia, del MP Hugo Suescun Pujols, Rad. 6933, entre otros, donde señala que el estatuto 222 de 1983, en su artículo 163, autoriza la celebración de los contratos de prestación de servicios, para desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallen a cargo de la entidad contratante, exigiendo la norma para su celebración, que para el oficio a contratar no exista o no puedan cumplirse con personal de planta.

Refiere que el Art. 7 del Decreto 1950 de 1973 que señala que en ningún caso podrá celebrarse contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones permanentes, en cuyo caso de crearan los empleos correspondientes, según la definición del Art. 2 del Decreto 2503 de 1998 y Art. 19 de la Ley 909 de 2004, situación que constituye falta gravísima al tenor del Art. 48 numeral 29 de la Ley 734 de 2002.

Manifestó que como lo advirtió la Corte Constitucional en Sentencia C-154 de 1997, al estudiar apartes del Art. 32 de la Ley 80 de 1993, norma que se cita también como violada, 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.

Cita el contenido de la sentencia del 23 de mayo de 2013 proferida el Honorable Tribunal Administrativo de Magdalena Rad. 47-001-2333-000-2012-00016-00 MP María Victoria Quiñones Triana, demandante ESTEBAN PETERNOSTRO ANDRADE, que señala los tres elementos de prestación personal del servicio remuneración, la subordinación y dependencia.

Agrega que el SENA, mediante la contratación de servicios desconoce una relación laboral, con el fin de no reconocer y pagar derechos laborales que son ciertos, indiscutibles e irrenunciables, toda vez que en los contratos ejecutados por el accionante concurren tres elementos: *la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación* este último derivado del cumplimiento de objetivos del SENA, la supervisión por el Coordinador Académico, cumplimiento de horario y la ejecución de programas académicos impuestos por la disciplina, la colaboración con la disciplina al interior de la institución, evaluar estudiantes y subir la información.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

EL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA por intermedio de apoderado judicial, en escrito (*fls. 184-192*) contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas por el demandante, indicando que no existió relación laboral entre el demandante y la entidad, toda vez que solo se desempeñó 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 los actos administrativos demandados, fueron expedidos 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 señaló que no necesariamente implica subordinación, el cumplimiento de horario, ni el hecho de recibir 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. 189-190*).

Finalmente, además de la *genérica*, propuso las siguientes *excepciones*:

- “*Inexistencia del derecho*” señalando que los actos administrativos se encuentra ajustado al ordenamiento jurídico”
- “*Buena fe*” mencionando que las ordenes y los contratos de prestación de servicio se hizo bajo el entendido de que el mencionado lo ejecuta de buena fe y por consiguiente obligaba el cumplimiento de lo pactado en sus cláusulas, por lo que no existió un vínculo de carácter laboral, cuando el mismo demandante manifestó haber prestado el servicio mediante unos contratos, contratos que no fueron continuos lo que se lleva a concluir que no existió una relación laboral
- “*Prescripción parcial del derecho*” aduce que los derechos laborales correspondientes a los periodos anteriores al **22 de junio de 2012** prescribieron, con forme a la fecha de presentación de la demanda que data de noviembre de 2015

6. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue radicada ante la Oficina de Apoyo Judicial de Duitama, siendo asignada por reparto al Juzgado Administrativo 751 Mixto de Descongestión de Duitama y admitida por auto del 10 de diciembre de 2015 (*fl. 162-163*).

Mediante providencia del 14 de marzo de 2016 este Juzgado avocó conocimiento del medio de control de la referencia (*fl. 173*); el 29 de noviembre de 2016 se llevó a cabo la audiencia inicial (*fl. 269-272*); el 7 de marzo de 2017 se celebró la audiencia de pruebas (*fls. 306-307*) 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.

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante presenta sus alegatos de conclusión (*fls. 310 -313*) inicia refiriéndose al recurso de apelación interpuesto en contra del auto que niega la recepción de testimonio, respecto de los cuales solicita reabrir el debate probatorio y que no se dicte sentencia hasta que se resuelva este aspecto.

Respecto del fondo del asunto señala que el demandante prestó sus servicios personalmente al SENA desde el año 2001 hasta el 2012 y que la certificación emitida prueba el desconocimiento de la temporalidad de los contratos, los cuales no pueden celebrarse cuando haya personal de planta, ni para desempeñar funciones permanentes, sin embargo en este caso esos contratos fueron suscritos desnaturalizando la relación laboral.

Señala que se acreditó la permanencia de la actividad dirigida a atender el objeto social de la entidad de enseñanza mediante la ejecución de actividades por el demandante impartiendo educación e instrucción, la cual no se desarrolló de forma independiente, sino personal y subordinada cumpliendo los reglamentos del servicio público de la actividad docente.

Indica que los actos demandados violan la ley y están falsamente motivados, dado que no se materializaron los elementos propios de los contratos de prestación de servicio, sin que deba patrocinarse la sustitución del contrato de trabajo ignorando la CP y el CST, pues el SENA en contrata como regla y no como excepción para impartir enseñanza a alumnos inscritos de forma permanente y se demostró la remuneración y no se desvirtuó la presunción de que toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo para eludir el pago de prestaciones sociales.

El apoderado de la **entidad demandada** en sus alegatos finales (fl.314-317), señala que de las pruebas incorporadas no demuestran los elementos de una relación legal y reglamentaria sino que se limita a demostrar una relación contractual, que no se probó un horario para desarrollar actividades en igual de condiciones de un funcionario de planta, ni la subordinación y dependencia, resalta que la documentación incorporada como prueba constituyen elementos propios de una relación contractual establecida en la Ley 80 de 1993, sin que creen una presunción legal que permita considerar como laboral toda relación contractual bajo la modalidad de prestación de servicios.

Agrega que la carga probatoria de la parte demandante no fue acreditada, especialmente el componente de subordinación para diferenciar el contrato laboral del contrato de prestación de servicios, este desarrollado por la parte demandante.

Finaliza señalando que conforme a las fechas de respuesta a la reclamación ante las Regionales y las fechas de respuesta en febrero 13, marzo 26 y abril 13 de 2015, considera que está caduco el derecho a la reclamación judicial, la cual fue interrumpida por el trámite de la conciliación prejudicial en el periodo comprendido entre el 15 de mayo al 3 de Julio de 2015, puesto que la demanda fue presentada el 14 de diciembre de 2016.

De contera, se advierte que el **Agente del Ministerio Público** no rindió concepto dentro de este proceso.

8. PRESUPUESTO DE VALIDEZ

Previo a resolver de fondo, en aras de prevenir decisión que no resuelva el fondo del asunto, y advirtiendo que en el desarrollo se surte en debida forma la oportunidad para resolver excepciones previas propuestas por la parte demandada y sin que se hubiese avizorado alguna de oficio y que además se agotaron las etapas de saneamiento del proceso de que trata el Art. 207 del CPACA, sin que en las mismas, las partes hubiesen advertido causal alguna que impidiera el trámite del proceso, en aras de prevenir irregularidades que lleven a decisiones inhibitorias, el Despacho se pronuncia sobre el argumento final de los alegatos de conclusión presentado por el apoderado de parte demandada relacionado con la caducidad del medio de control que nos ocupa, aduciendo que desde la fechas de los actos administrativos acusados de nulidad y la fecha de presentación dela demanda se excede el término previsto en la ley para el ejercicio del derecho de acción.

Al respecto se advierte de los actos demandados fueron expedidos por la entidad demandada en las fechas del 13 de Febrero, 26 de marzo y 13 de Abril de 2015, a partir de las cuales, sin considerar que en seguida a esta corrieron los términos de notificación, ejecutoria y firmeza de tales actos y que además el termino se vio suspendido durante 19 días calendario (*Desde el 15 de mayo al 3 de Julio de 2015*) mientras duró el trámite de la conciliación administrativa prejudicial ante la Agencia del Ministerio Público (fl.151), hechas las cuentas por el Despacho, se establece que desde las mismas hasta la fecha de presentación de la demanda no transcurrió el termino de cuatro meses señalado en el literal d) del numeral 2 del Art. 164 del CPACA.

Valga resaltar que esta conclusión se aviene porque la demanda fue presentada el 21 de Julio de 2015, como registra el acta individual de reparto, (fl.153) y no del 14 de Diciembre de 2016 como equivocadamente se señaló.

9. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se contrae a determinar si entre el señor JOSE IVAN GONZALEZ MARTINEZ GONAZALEZ y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA, se configuró un vínculo laboral, que desnaturalizó los contratos de prestación de servicios suscritos por ambas partes, para así establecer si hay lugar al reconocimiento de las prestaciones sociales y demás derechos laborales reclamados y que pudieron causarse durante el tiempo en que el demandante se desempeñó como **Instructor** al servicio 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.

10. 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.

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 vigencia 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.

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

²Corte Constitucional Sentencia del 26 de mayo de 2016, Radicación número: 81001-23-33-000-2013-00034-01(1586-14), Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.

³ *Ibidem*.

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.

11. DE LO PROBADO EN EL PROCESO

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.

Por lo anterior, se analizarán las pruebas allegadas al proceso, así se observa que en el expediente se encuentra acreditado que el señor **JOSE IVAN GONZALEZ MARTINEZ** prestó sus servicios como **Instructor** impartiendo formación profesional como *técnico profesional en el área de diseño y fabricación de joyas*, durante la ejecución de los siguientes contratos, datos que se corroboran en la certificaciones que expide el SENA, Regional Caldas el 7 de diciembre de 2011 (fl.53-55) y la Regional Boyacá de fecha 12 de Mayo de 2005 (fl.56)

La información relevante del respectivo contrato, se verifica en el respectivo acto jurídico suscrito por el demandante con la entidad demandada SENA y en las actas de liquidación en algunos casos, en un primer periodo al servicio de la Regional Boyacá, en el periodo comprendido desde el 16 de Abril de 2001 hasta el 8 de Abril de 2005 y desde el 11 de Septiembre de 2006 al servicio de la Regional Caldas de la misma entidad hasta el 29 de noviembre de 2011, retornando nuevamente a la primera Regional para ejecutar un último contrato en el año 2012. Veamos el siguiente cuadro resumen.

Tabla 1 – Periodo: 16 de abril de 2001 al 22 de junio de 2012

No.	Orden de trabajo y/o Contrato de Prestación de Servicios	Termino de ejecución	Valor contrato
1	Orden de trabajo o servicio No. 319 del 16 de abril de 2001 (fl.198-199)	Hasta el 31 de julio de 2001 (3 mes y 16 días)	\$5.416.200 Por 600 horas a \$9.000
2	Orden de Trabajo o servicio No. 650 del 31 de julio 2001 (fl.200-201)	Hasta el 14 de diciembre de 2001 (5 meses y 16 días)	\$5.416.200 Por 600 horas a \$9.000
3	Orden de Trabajo o servicio No. 0 915 del 19 de diciembre de 2001 (fl.202-203)	Hasta el 8 de Marzo de 2002, según acta de terminación anticipada (fl.203) (2 meses y 18 días)	\$2.708.100 Por 270 horas a \$10.000

Radicado 2015-00236
 Nulidad y Restablecimiento del Derecho
 Demandante: José Iván González Martínez
 Demandado: SENA

4	Orden de Trabajo o Servicio No. 162 del 14 de marzo de 2002 (fl.204)	Hasta el 30 de agosto de 2002 (05 meses y 16 días)	\$8.816.370 Por 879 horas a \$10.000
5	Orden de Trabajo o Servicio No. 123 del 03 de febrero de 2003 (fl.205-206)	Hasta el 04 de abril de 2003 (2 meses y 01 días)	\$2.527.560 Por 240 horas a \$10.500
6	Orden de Trabajo o Servicio No. 123 del 28 de abril de 2003 (fl. 207-208)	Hasta 04 de julio de 2003 (02 meses y 6 días)	\$3.317.423 Por 315 horas a \$10.500
7	Orden de Trabajo o Servicio No. 426 del 06 de agosto de 2003 (fl.209-211)	Hasta 12 de diciembre de 2003 (04 meses y 6 días)	\$6.318.900 Por 600 horas a \$10.500
8	Orden de Trabajo o Servicio No. 759 del 23 de diciembre de 2003 (fl.211-212)	Hasta 30 de junio de 2004 (06 meses y 8 días)	\$7.913.670 Por 660 horas a \$11.500
9	Orden de Trabajo o Servicio No. 350 del 14 de julio de 2004 (fl. 213-214)	Hasta 11 de diciembre de 2004 (04 meses y 27 días)	\$8.152.480 Por 680 horas a \$11.500
10	Orden de Trabajo o Servicio No. 996 del 11 de enero de 2005 (fl.215)	Hasta 08 de abril de 2005 (2 meses y 17 días)	\$ 3.012.000 Por 250 horas a \$12.000
11	Contrato Prestación de Servicios N° 76 del 11 de septiembre de 2006 (fl. 90-92)	Hasta 22 de diciembre de 2006 (3 meses y 12 días)	\$9.819.120 Por 600 horas a \$16.300
12	Contrato prestación de servicios No.129 del 28 de diciembre de 2006 (fl.87-89 y 246-248)	Hasta 31 de marzo de 2007 (3 meses y 4 días)	\$5.769.032 Por 371 horas a \$15.488
13	Contrato Prestación de Servicios N° 22 del 15 de marzo de 2007 (fl.249 -251)	Hasta 15 de octubre de 2007 (7 meses)	\$9.329.971 Por 600 horas a \$15.488
14	Contrato prestación de servicios N° 59 del 29 de agosto de 2007 (fl. 83-85 y 252-254) Adicionado en valor el Octubre 24 de 2007 (fl.86)	Hasta 17 de diciembre de 2007 (3 meses y 20 días)	\$9.329.971 Por 600 horas a \$15.488 Adicional \$1.306.196
15	Contrato Prestación de Servicios N° 30 del 04 de febrero de 2008 (fl.261-264)	Hasta 15 de diciembre de 2008 (10 meses y 13 días)	\$16.390.340 Por 1004 horas a \$16.260
16	Contrato Prestación de Servicios N° 39 del 23 de julio de 2008 (fl.76-80) Adicionado en valor el 21 de Noviembre de 2008 (81-82)	Hasta 22 de diciembre de 2008 (5 meses)	\$8.978.772 Por 550 horas adicionado 175 horas por valor de \$2.856.882
17	Contrato Prestación de Servicios N° 10 del 26 de enero de 2009 (fl.232- 235)	Hasta 31 de agosto de 2009 (7 meses días) Adicionado hasta el 5 de septiembre de 2009 (fl.231)	\$17.519.800 Por 1000 horas a \$17.450
18	Contrato prestación de servicios N° 135 del 21 de septiembre de 2009 (fl. 236-239)	Hasta 15 de diciembre de 2009 (2 meses y 25 días)	\$7.396.275
19	Contrato Prestación de Servicios N° 33 del 25 de enero de 2010 (fl.227-230) Adicionado en valor y horas el 21 de Septiembre de 2010 (fl.226)	Hasta 15 de diciembre de 2010 (10 meses y 22 días)	\$21.867.120 Por 1200 horas a \$18.150 Adición \$6.195.684
20	Contrato Prestación de Servicios N° 16 del 01 de febrero de 2011 (fl. 67-71 y 221-225)	Hasta 02 de julio de 2011 (05 meses y 02 días)	\$12.487.150 Por 1200 horas a \$18.150
21	Contrato Prestación de Servicios N° 96 del 13 de julio de 2011 (fl. 62-66 y 216-220)	Hasta 29 de noviembre de 2011 (4 meses y 17 días)	\$11.806.203 Mensual \$2.575.000
22	Contrato prestación de servicios N° 108 del 31 de enero de 2012 (fl.58-61)	Hasta 22 de junio de 2012 (4 meses y 23 días)	\$9.466.600 Mensual \$2.000.000

De conformidad con el contenido de las ordenes de trabajo o servicio y los contratos de prestación de servicios antes relacionadas, el demandante se obligó a prestar sus

servicios profesionales como **Instructor** prestando sus servicios personales de carácter temporal para la orientación y desarrollo de los programas de formación presencial y/o virtual, mediante la formulación de proyectos en los diferentes programas de formación regular en el área de joyería que desarrolla el SENA, inicialmente en la Regional Boyacá a través de los programas desarrollados en el Centro Nacional Minero (fl.56) y posteriormente en la Regional Caldas a través del Centro de Procesos Industriales (fls 53-55) y finalmente retornando en el año 2012 al Centro Minero Regional Boyacá (58-61).

Se destaca que en la denominadas "*Orden de Trabajo o Servicio*", desde el inicio de la relación contractual pactada entre las hoy partes de esta *litis*, su contenido fue demasiado laxo, puesto que se limita a determinar escasamente los requisitos esenciales de todo acuerdo de voluntades, que son el objeto, que corresponde al señalado en el inciso que antecede, el precio y su duración, incluso ese mismo documento tenía la característica de servir como cuenta de cobro y comprobante de pago. Esta situación permite colegir que la verdadera voluntad de la entidad demandada, al suscribir esas órdenes de trabajo, era el de encubrir las condiciones reales en que se iba a desarrollar las actividades contratadas, para lo cual acude a un formato de contrato exiguo, del que no puede precisarse siquiera obligación alguna para las partes bajo los parámetros del estatuto contractual, por el contrario se establece que mediante una forma escrita, se escondió la realidad material respecto de la vinculación del demandante.

Se resalta que en dicho formato los Directivos de la entidad demandada SENA (*Subdirector del Centro y Coordinador Académico*), solicitan al contratista prestar sus servicios, pero en realidad se imprime una verdadera orden de impartir formación profesional en las área de Joyería, dirigida a los diferentes grupos programados, actividad que debió desarrollar el contratista para cumplir con el objeto de la orden de trabajo o servicios, como se observa en los respectivos actos jurídicos firmados por las partes de la relación, desde el año 2001 al 2005 (fl.198-215)

Ahora bien, a partir de los contratos suscritos desde el **2006 al 2012** (fls.58-92 y 216-264) estas mismas partes del contrato extienden un documento más elaborado en el que se incluye de manera expresa, obligaciones y actividades para ser cumplidas por cada una de las partes, de las cuales se destaca que el contratista debía cumplir con las siguientes:

- *Prestar servicios de formación profesional, sin sujeción a horario especial, pero dedicando el tiempo que sea necesario (fl.58,) o el horario que la entidad indique (fl.58, 62, 67,72, 76, 83, 87, 90, 216, 227, 236, 242, 246, 249, 252, 255, 261)*
- *Avisar al SENA los hechos o circunstancias que incidan en la ejecución del objeto contratado (fl.63, 216, 232, 236, 243,)*
- *Cumplir el reglamento, procedimientos, metodología de aprendizaje o programas internos propios del SENA (fls:58,62,67,72,76,87, 90, 216, 232, 236, 246, 249, 252, 255, 258,)*
- *Reportar información a través de la plataforma indicada por la entidad y demás herramientas TIC (fl.59, 216, 221, 228, 233, 237, 243,)*
- *Usar overol, uniforme o carnet entregado por el SENA (fls: 62,67,72,76,83,87, 90, 217, 228, 233, 236, 243, 246, 249, 252, 255, 258,)*
- *Cumplir las tareas asignadas por el Coordinador académico, directivos o rendir informes al supervisor, cumplir con el pensum y contenidos mínimos, sean ordinarias o adicionales (fl. 59, 62, 83, 87, 90, 216, 221, 227, 236, 242, 252, 255, 258,)*

- *Cumplir estrictamente con las tareas y responsabilidades que impone el desarrollo de los programas y proyectos del SENA y en el lugar y fechas previstas por la entidad (fls: 62,76,83,87, 90, 216,261)*
- *Adelantar todas las gestiones necesarias para le ejecución del contrato en condiciones de eficiencia y calidad, de acuerdo a las especificaciones exigidas por el SENA. (fl. 62, 67, 72, 76, 216, 221, 227, 232, 236, 242, 261)*
- *Cumplir con el sistema de gestión de calidad y demás procesos que implemente la entidad (fls 67,72,76,83, 87, 252, 255, 258)*
- *Mantener los actualizados los pagos seguridad social (fls. 62,67,72,76, 83,87, 90,217, 228, 233, 237, 246, 252, 255, 258, 261)*
- *Responder por los bienes y valores de la entidad (fls 62,72,76, 83, 87, 216, 221, 227, 232, 242, 246, 255, 258, 261)*
- *Participar en comités de evaluación – certificación, formación virtual y en la formulación de proyectos, entre otras. (fls 216, 58, 62, 67)*

Teniendo en cuenta que en la relación anterior, de conformidad con el Art. 165 y 240 al 242 del CGP, nuestro sistema jurídico probatorio, admite entre otros medios, la acreditación de indicios, los cuales define la doctrina⁴ como aquella “*construcción lógico-jurídica que parte de la verificación plena de un hecho, para, a partir de él, concluir la ocurrencia de otro*”.

En este caso, se parte del hecho conocido y acreditado que refiere al listado de obligaciones señaladas en precedencia a las que estuvo vinculado el demandante durante algunos periodos contractuales, acontecimiento al que luego de aplicar el método de *inferencia lógica inductiva*, se llega a otra premisa, en sentido de afirmar que las actividades realizadas por el hoy demandante, en el desarrollo de los distintos contratos ejecutados, estuvo sometido en general a las obligaciones, deberes, normas, programas, reglamentos, horarios, exigencias impuestas por el SENA e incluso adicionales a la labor misional de instrucción o formación, tiendo que utilizar las herramientas tecnologías y aplicar las metodología de aprendizaje, usar elementos distintivos de la entidad, durante todo el periodo en que fue contratado por ésta, que en general permiten inferir el **sometimiento** del contratista a las reglas de la entidad, concepto que es el equivalente a la **subordinación** para la configuración de una verdadera relación laboral.

Ahora bien, el Manual Especifico 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 2004⁵ 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*

⁴ Derecho Probatorio, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá 2014. Nattan NISIMBLAT, Pag. 500

⁵ http://www.sindesena.org/descargas/doc_details/415-resolucion-0081-de-2004-manual-funciones.html

- *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.*

12. PRUEBAS NEGADAS SIN DECISION EN FIRME

De contera, se advierte que en desarrollo de la audiencia inicial celebrada 29 de noviembre de 2016 (fl.271) realizada en este proceso, se dispuso negar la práctica de la prueba testimonial de los señores JOSE WILLIAM FRANCO ARBELAEZ, GUILLERMO ANTONIO VALENCIA VELAZQUES, JOSE ALFREDO LUGO CELIS, ENRIQUE DE JESUS ALBARRACIN ESTUPIÑAN solicitados en la demanda (fl.20) por cuanto el libelo introductorio no se señaló el objeto que pretendía el recaudo de dicha prueba y por ende no se pudo establecer la *pertinencia* del medio probatorio solicitado, ni los fines demostrativos perseguidos, es decir que nada se dijo que relación guardan las personas relacionadas con los hechos que son materia de esta litis, sin que sea dable suponer tales aspiraciones.

Decisión que fue impugnada dentro de la oportunidad procesal, los cuales a la fecha de esta providencia, no ha sido notificado de la decisión de alzada enviada en efecto devolutivo ante el Honorable Tribunal Administrativo de Boyacá, situación que no es óbice para que se dicte la sentencia, conforme al Art 323 del C.G.P *que establece, que el efecto devolutivo, en este caso no se suspenderá el cumplimiento de la providencia apelada, ni el curso del proceso*, es así que de no haberse resuelto por el superior el recurso de apelación en el efecto devolutivo, no impedirá que se dicte la sentencia.

13. CASO CONCRETO

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

Este tercer elemento, le corresponde a la parte actora 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.

El Despacho observa que del mismo objeto contractual, previsto en las distintas ordenes de trabajo o servicio y contratos de prestación de servicios aportados al proceso, resulta evidente que el demandante prestó sus servicios al SENA Regional Caldas y Boyacá en calidad de instructor y formación profesional como técnico profesional en el área de Joyería, quien cumplió en forma directa y cotidiana con la intensidad horaria que le fue encomendada, tarea que le correspondía vigilar al Coordinador Académico o jefe de centro, como supervisor del contrato.

Además de las exigencias legales citada, le corresponde a la parte actora 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 empleado de planta, requisitos necesarios establecido por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral, todo con el propósito de realizar el principio de constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral.

En efecto, las probanzas evidencian que la función desplegada por la 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, como lo demuestran los diversos (24) contratos y órdenes celebradas entre ambas partes desde **16 de abril de 2001 al 22 de junio de 2012** fecha en la que se dieron por terminadas las actividades previstas en el último de los contratos de prestación de servicios celebrados entre las partes, que permiten entrever que la contratación se produjo con el ánimo de emplearlo de modo permanente, pero, en franco desconocimiento de sus derechos salariales y prestacionales de carácter irrenunciable y en abierta pugna, no sólo con la ley y con la jurisprudencia sino también con el principio constitucional de igualdad.

De los elementos probatorios, relacionados en líneas anteriores, se advierte que el demandante **prestó sus servicios de manera personal y directa como instructor** al servicio del SENA Regional Caldas y Regional Boyacá, pues de ello da cuenta los contratos suscritos arriba relacionados en la tabla 1, las certificaciones expedidas por estas mismas dependencias, en la que constan los servicios prestados durante el periodo antes señalado y el contenido o clausulado de las diferentes órdenes de trabajo para impartir formación profesional.

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 y las certificaciones allegadas por la entidad demandada.

Así mismo, se configuró el elemento **subordinación y dependencia**, comprobado en la intertemporalidad 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 (22) contratos y ordenes de prestación de servicios celebrados por las partes.

En este caso, la intermitencia de los plazos pactados se explica en el modelo de aprendizaje y enseñanza de la institución, pero no en que las actividades se contratan por ser esporádicas y además como lo señala la demanda, algunos periodos cesantes corresponderían a los periodos de vacaciones académicas de los aprendices para la época de diciembre y enero siguiente especialmente, como reflejan los datos registrados en la tabla elaborada en esta providencia.

Respecto de periodos más largos en que se observa que el demandante estuvo desvinculado de la entidad demandada, el Despacho no encuentra prueba alguna que indique cual era el procedimiento señalado para la selección objetiva del contratista, pues por tratarse de contratación directa, se deduce que dicha vinculación bien sea prolongada en algunos casos y en otros intermitente, obedece al arbitrio y discreción de la entidad contratante y no al contratista, pues es ésta la que dispone del presupuesto destinado con tales fines, que por su propia normativa interna de funcionamiento, le corresponde diseñar, establecer y ejecutar los programas de formación profesional que se propone impartir en cada periodo lectivo.

Esa intermitencia no puede confundirse con la necesidad de la entidad para contratar la prestación de servicios, la cual obedece a situaciones esporádicas, sin embargo en este caso se observa que las actividades contratadas y desarrolladas por el demandante, corresponden al cumplimiento de las funciones y áreas misionales propias de la entidad contratante, que no es otra que la de impartir formación profesional integral a los trabajadores colombianos, vinculados en calidad de aprendices, para lo cual es menester la participación de *instructores* con perfiles profesionales en distintas áreas, como la que nos ocupa en el presente caso.

En este punto, es importante señalar que la entidad demandada y el demandante suscribieron órdenes de servicio con plazo de ejecución fue pactada por tres, seis u once meses, es decir que en ningún caso supera un año, también es cierto que revisadas los extremos temporales de los mismos, en algunos casos se daba por terminado un vínculo contractual, empero de forma sucesiva, recurrente se suscribía otro contrato, para seguirse ejecutando con el mismo objeto, por tanto se deduce que durante el periodo señalado fueron celebrados diferentes contratos y ordenes de servicios o 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

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 contratos y órdenes de prestación de servicios suscritos entre el demandante y el SENA, los cuales fueron ejecutados por lapsos ocurridos entre el **16 de abril de 2001 al 22 de junio 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 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 de el señor JOSE IVAN GONZALEZ MARTINEZ, se produjo con el ánimo de emplearlo de modo permanente en la entidad, pero desconociendo sus derechos salariales y prestacionales de carácter irrenunciable, 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 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 independencia para ejecutar la actividad contratada. Mal podría sostenerse entonces, que existió una relación de coordinación, cuando la actividad desarrollada por el demandante 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 ley⁶ 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 equívocamente la figura contractual para encubrir la naturaleza 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 SENA, de manera subordinada en las mismas condiciones que los demás empleados públicos.

Bajo estas condiciones, el Consejo de Estado⁷ 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.

14. APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL

⁶ 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**”. (Negritas originales de la cita)

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). Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

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 que en materia pensional durante la ejecución de un contrato laboral, de la tasa de cotización, el empleador cubre el 75% y el trabajador el 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 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 a la cual se encuentre afiliado el demandante, teniendo en cuenta las siguientes reglas:

- a) La entidad demandada deberá pagar al demandante la cuota parte patronal correspondiente, en tanto acredite haberla sufragado.
- b) La entidad demandada deberá girar al Fondo de Pensiones escogida por el demandante, las sumas a que haya lugar, luego de hacer la liquidación de la diferencia que surja entre lo cotizado por la contratista y lo que debió cotizarse.
- c) La entidad demandada deberá tomar como base de liquidación (IBL), el precio mensual pactado por honorarios en las órdenes de trabajo o servicio y contratos de prestación de servicios.

15. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (Parámetros)

Conforme a la tesis del contrato realidad y la jurisprudencia del Consejo de Estado⁸ 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 JOSE IVAN GONZALEZ MARTINEZ, el valor de las prestaciones sociales por el desarrollo de su labor en el periodo comprendido entre el **16 de abril de 2001 al 22 de junio de 2012**, exceptuando los periodos durante los cuales, no existió vinculación contractual.

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 como la que tienen asignada generalidad de empleados públicos de orden nacional, como se refleja en la **Tabla 1** elaborada en esta providencia, por lo que se colige 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

⁸ 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.

los periodos de tiempo en los que no estuvo vigente contrato alguno, ni tampoco 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 por cuanto no puede reconocerse como ingreso base de liquidación de las prestaciones sociales y los aportes, el **salario** devengado por los empleados de planta de la entidad, por ausencia de criterio objetivo para equiparar con una determinada escala o grado salarial y además porque no se cumple con la intensidad horaria asignada a la generalidad de los empleados públicos de carácter nacional y específicamente de la entidad demandada.

Se anticipa que los siguientes parámetros se aplican únicamente para efectos de liquidar los aportes al sistema de seguridad social en pensión durante todo el tiempo de vigencia de la vinculación contractual del demandante con la entidad demandada, por lo tanto las prestaciones sociales a liquidar se atienen a las reglas de prescripción parcial de derecho, como adelante se explica en capítulo separado.

- a) El ingreso base de liquidación de los aportes a seguridad social en pensión, corresponde al valor pactado en cada uno de los contratos de prestación de servicios suscritos por el demandante
- b) Los extremos temporales que se deben liquidar las prestaciones sociales y aportes corresponde a cada uno de los plazos pactados en los contratos y ordenes 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) 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.
- d) 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.

Al quedar establecido que se trató de una verdadera relación laboral, resulta procedente declarar que el tiempo laborado por el demandante durante la vigencia de las órdenes y contratos de prestación de servicios, sea útil para efectos pensionales, toda vez que no se realizaron aportes por el periodo de tiempo durante el cual el demandante prestó efectivamente sus servicios a la entidad demandada, el cual corresponde a los plazos pactados en los contratos suscritos entre la demandante y la entidad demandada.

16. PRESTACIONES SOCIALES RECLAMADAS, QUE NO SE RECONOCEN

De contera si bien es cierto la tesis que se sostiene en esta providencia apunta al reconocimiento prestacional en favor del demandante, había consideración que en las pretensiones se solicita la condena *in extenso* de un gran número de ellas, sin que a la postre se haya señalado el fundamento normativo que la genera, es menester clarificar y separar aquellas prestaciones que no harán parte del reconocimiento y liquidación que se ordena, puesto que se itera al demandante no puede darse la misma categoría y tratamiento que a los funcionarios de planta, en razón a la intensidad horaria durante la cual se desarrolla el objeto contractual, la intermitencia en la vinculación del contratista y la ausencia de criterio objetivo de

comparación con los empleados de planta de la entidad acorde con sus normas internas, por lo que el reconocimiento prestacional está limitado por las reglas generales que aplica a una relación legal y reglamentaria enmascarada bajo la forma de un contrato de prestación de servicios.

En consecuencia, la liquidación de prestaciones sociales reconocidas al demandante debe incluir las siguientes prestaciones sociales: *cesantías, e intereses sobre las cesantías, prima de navidad, prima de vacaciones.*

No se reconocen las siguientes prestaciones sociales por cuanto los honorarios pactados en el contrato, superan los topes señalados en la norma que los regula y además, se itera, son propios de los empleados públicos de la planta de personal del SENA, categoría que ésta providencia no otorga al demandante, a saber: *subsidio de alimentación, subsidio educativo, auxilio de transporte, prima de localización, prima de navegación.*

Además del argumento sentado en el párrafo que precede, para desestimar su reconocimiento, se advierte que las siguientes prestaciones reclamadas están sujetas a la continuidad ininterrumpida en la prestación del servicio, exigible sin distingo incluso para los empleados de planta de la entidad, veamos: *prima de quinquenal, prima semestral.*

Las siguientes prestaciones reclamadas, además debió probarse el supuesto factico que las genera y no de forma automática por la mera prestación del servicio, situación que se echa de menos en este caso concreto, por lo tanto no debe incluirse en la liquidación las siguientes: *recargo nocturno, prima de dirección, prima de traslado, trabajo de dominicales y festivos, subsidio o crédito de vivienda.*

En cuanto a la *atención médica*, no se acredita ningún evento que deba ser compensado, caso en el cual en todo caso, en esta providencia se da la orden dirigida a la reposición en favor del demandante de los aportes patronales en que hubiere incurrido y destinados al sistema de seguridad en salud, siempre que sean acreditados por el demandante.

La *prima de recreación* no corresponde a una retribución directa del servicio, sino un emolumento que se paga en caso que el empleado haga uso del disfrute de vacaciones, hecho que en este caso no se acredita.

Respecto a los aportes con destino a *salud, pensión y riesgos laborales*, se reitera que deben ser acreditados por el demandante, para su reintegro en el porcentaje que corresponde al patrono.

En relación con el *subsidio familiar y caja de compensación familiar*, corresponde a cargas patronales impuestas por la Ley, sin embargo no le corresponde al demandante exigir las, puesto que la legitimidad en la causa recae en la entidad destinataria de los mismos, quien goza de amplias facultades para el recaudo o recobro; además téngase en cuenta que este aspecto desborda el objeto de esta litis.

Las sumas reclamados por concepto de *retención de fuente*, y que el demandante señala le fueron descontadas, no podrá ordenarse no solo porque no cumple con su deber de acreditarla, sino porque en materia tributaria no pueden desconocerse una realidad fáctica que tuvo ocurrencia con la firma y ejecución de contratos estatales, de la cual a su vez surge la relación tributaria entre el contratista como sujeto pasivo y el estado como sujeto activo de la misma, cuyo un hecho generador e imponible para la causación del tributo está determinado por la ley. Se itera que en esta sentencia la

carga prestacional reconocida al demandante se realiza a título de restablecimiento del derecho derivado de una enmascarada relación laboral y no a título reparatorio de los daños como plantea la demanda, por lo tanto el reconocimiento se limita a aspectos propios de la relación laboral, dejando de lado los rezagos de la relación contractual.

No se reconoce *indemnización moratoria* por no pago oportuno de las prestaciones y la *sanción por no consignación de cesantías a un fondo*, puesto que ésta sentencia es constitutiva del derecho reclamado, razón por la cual antes de su expedición y firmeza, no se genera obligación de pago de prestaciones, ni de indemnización o sanción, ni menos aún se puede constituir en mora a la entidad demandada.

17. PRONUNCIAMIENTO SOBRE EXCEPCIONES

El Despacho no encuentra plenamente fundada la excepción denominada *inexistencia del derecho* puesto que a partir del reconocimiento del contrato realidad, se deben prestaciones sociales al demandante, sin embargo pese a la exigua sustentación de la excepción, se acude a los fundamentos y razones de defensa que sostiene que la relación del demandante en calidad de contratista no puede equipararse con un empleado público de la entidad, y conforme a los lineamientos fijados en el capítulo anterior de esta providencia a partir de los cuales no se reconocen algunas prestaciones por las razones allí expresadas, se colige entonces la prosperidad parcial de la excepción de inexistencia del derecho frente a estas.

Los basamentos anteriores, no arrastran a la excepción propuesta y denominada *buena fe* en las actuaciones de la entidad, puesto que se trata de una presunción legal con rango constitucional que se presume, empero la tesis sostenida en la demanda sobre contrato realidad no la desvirtúa *per se* y el hecho que no se acceda plenamente a la totalidad de las pretensiones, no devine de dicha presunción.

En suma, se debe declarar la nulidad parcial de los actos administrativos acusados, respecto de la negativa a reconocer y pagar las prestaciones sociales generales aplicables a los empleados públicos de orden nacional y de los aportes a la seguridad social, producto de la relación laboral que se declara existe entre la entidad demandada y el demandante durante todo el tiempo laborado.

18. 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.

El Consejo de Estado a partir de la sentencia de fecha 6 de marzo de 2008, radicado 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 en sentencia de unificación determinó⁹, 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 años, contados desde la terminación del vínculo, posición que ya se había expresado en un caso particular relacionado con los servicios que prestan los docentes a la educación¹⁰.

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.

De manera específica, el Honorable Tribunal Administrativo de Boyacá, en providencia del 26 de Febrero de 2016, al resolver un recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la decisión que declaró probada de oficio la *prescripción extintiva* y dio por terminado, se ocupó de desarrollar el tema de la imprescriptibilidad de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, por ello indicó que

"(...) no solo se torna imprescriptible las acciones judiciales en procura de obtener el reconocimiento del derecho pensional como tal, sino además, son imprescriptibles las acciones judiciales que de cualquier forma puedan afectar los elementos centrales del derecho: la edad, el capital, el tiempo de servicio, los aportes, etc.. A juicio de la Sala, la imprescriptibilidad de tales asuntos emerge de la estrecha relación indisoluble y necesaria con el derecho mismo."

Por otra parte la Sección Segunda del Consejo de Estado¹¹, prohija la aplicación del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, respecto de una reparación integral de los daños causados por la Administración al momento de celebrar el contrato realidad, indicando que es apenas lógico que la condena ordene producir plenos efectos, esto es, que el tiempo laborado sea útil para efectos de reconocimiento de la pensión de jubilación como se ordenó en sentencia de 17 de abril de 2008¹² en la que se dijo:

"Por lo anterior, los derechos que por este fallo habrán de reconocerse, se ordenarán no a título de indemnización, como ha venido otorgándose de tiempo atrás, sino como lo que son: el conjunto de prestaciones generadas con ocasión de la prestación del servicio, y el consecuente cómputo de ese tiempo para efectos pensionales junto con el pago de las cotizaciones correspondientes, aspectos éstos que no requieren de petición específica, pues constituyen una consecuencia obligada de la declaración de la existencia de tal relación..." (Negrilla y subrayado por el Tribunal).

En caso concreto, el último contrato celebrado por el demandante corresponde al No. 018 del 31 de enero de 2012, el cual se ejecutó hasta el **22 de junio de 2012** (fl.58-61) y la reclamación administrativa base de esta litis, fue presentada el **26 de enero de 2015** (fl.24-29), por lo tanto no se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción, pues en el presente caso, la sentencia tiene carácter constitutivo del derecho sustancial y el demandante elevó oportunamente la reclamación ante la administración dentro de los tres años siguientes a la finalización del vínculo contractual.

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 23 de Agosto de 2016. Expediente (0088-15) CE-SUJ2-005-16 M.P. Carmelo Perdomo Cuéter

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 9 de abril de 2014. Expediente No. 131-13. Consejero Ponente Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

¹¹ Consejo de Estado, Sentencia de 19 de febrero de 2009, Exp. No 730012331000200003449-01 (3074-2005), Actora: Ana Reinalda Triana Viuchi

¹² Consejo de Estado, Radicación No 54001-23310002000002001 (2776-05).

Nótese que en los lapsos cesantes, es decir en aquellas intermitencias de tiempo en las que no se ejecutó ninguna actividad contractual por parte del contratista en favor de la entidad demandada, no trascurren más de tres años, por lo tanto la relación material laboral, se realizó de manera continuada durante todo el periodo demandado, lo cual impide declarar la prescripción invocada por la defensa de la entidad.

Lo anterior no implica que no haya solución de continuidad entre un contrato y otro, sino que no es predicable la *prescripción extintiva* en este caso, por cuanto ya se señaló que para la liquidación del derecho aquí reconocido, se aplican las reglas antes expuestas, únicamente a plazos pactados en los respectivos contratos.

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

19. 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 el demandante.

20. CONDENA EN COSTAS

Teniendo en cuenta que las pretensiones prosperan de forma parcial el Despacho **no impondrá** condena en costas de conformidad con el numeral 5 del Art. 365 CGP, suerte que siguen también las agencias en derecho, por cuanto se reconocen parcialmente las pretensiones de una parte porque si bien es cierto se declara la nulidad de los actos enjuiciados y se ordena el restablecimiento del derecho respecto de los aportes pensionales, también lo es que prospera la *excepción de prescripción parcial del derecho* respecto del reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir, por cuanto que no fueron reclamadas por el demandante dentro de los tres años siguientes a la fecha del último vínculo contractual.

21. 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 no fundadas las excepciones de “*prescripción parcial del derecho*” y de “*buena fe*” propuestas por la entidad demandada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

Segundo.- Declarar fundada parcialmente la excepción denominada: “*inexistencia del derecho*” en relación con las prestaciones sociales reclamadas y que no se reconocen en esta providencia, por las razones expuestas.

Tercero.- Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, declarar la **nulidad parcial** de los actos administrativos contenido en los siguientes documentos, expedidos por el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, en los cuales se niega al demandante el reconocimiento y pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones a cargo del empleador, a saber:

- Oficio número 2-2015-005063 del 13 de febrero de 2015 (fl.30-36), expedido por el SENA a través de la Coordinadora del Grupo de Apoyo Administrativo Mixto Regional Distrito Capital
- Oficio número 2-2015-000529 del 26 de marzo de 2015 (fl.43-44), expedido por el Director del SENA – Regional Boyacá.
- Oficio número 2-2015-001495 del 13 de abril de 2015 (fl.45-52), expedido por el Director Regional del SENA Manizales – Regional Caldas.

Cuarto.- Declarar la existencia de relación laboral entre el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA y JOSE IVAN GONZALES MARTINEZ durante los lapsos de ejecución de **22** órdenes de trabajo o servicios y contratos de prestación de servicios, suscritos y ejecutados durante los plazos comprendidos en el periodo del **16 de abril de 2001 al 22 de junio de 2012**, de conformidad con lo expuesto en la presente providencia.

Quinto.- Condenar al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA a pagar a título de restablecimiento del derecho, a **pagar** a favor de JOSE IVAN GONZALEZ MARTINEZ identificado con cédula de ciudadanía No 79.532.626, el equivalente a las prestaciones sociales ordinarias o comunes, 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 e incluyendo en la liquidación aquellas prestaciones ordenas y excluyendo las pedidas no reconocidas.

Sexto.- Declarar que el tiempo laborado por el señor JOSE IVAN GONZALEZ MARTINEZ identificado con cédula de ciudadanía No 79.532.626, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios y órdenes de trabajo, computa para efectos pensionales.

Séptimo.- Condenar al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA a pagar a título de restablecimiento del derecho a favor del señor JOSE IVAN GONZALEZ MARTINEZ identificado con cédula de ciudadanía No 79.532.626, los porcentajes de cotización correspondientes a salud y pensiones en la cuota parte patronal en favor del respectivo Fondo de Pensiones y a la Empresa Prestadora de Salud, en la forma señalada en la parte motiva de esta providencia, previa deducción de los valores a reintegrar que se señalan en el siguiente numeral, conforme a la parte motiva de esta Sentencia.

Radicado 2015-00236
Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: José Iván González Martínez
Demandado: SENA

Octavo.- Condenar al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA a **reintegrar** a favor del señor a favor del señor JOSE IVAN GONZALEZ MARTINEZ identificado con cédula de ciudadanía No 79.532.626, los porcentajes de aportes de cotización patronal al sistema de seguridad social en pensiones, en los que el demandante acredite que pagó en favor del fondo de pensiones.

Noveno.- Negar las demás pretensiones.

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

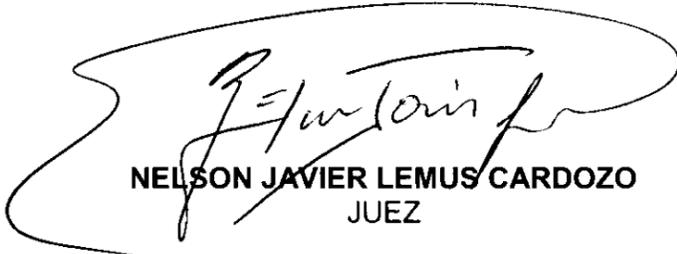
Décimo primero.- Sin condenar en costas en esta instancia.

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

Décimo tercero.- Reconocer personería al Abogado **JUAN PABLO BARRETO GONZALEZ** como apoderado sustituto del SENA, en los términos y para los efectos del poder de sustitución otorgado (fl.309)

Décimo cuarto.- 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

YPSC